

UNIVERSITATEA LIBERĂ INTERNAȚIONALĂ DIN MOLDOVA
FREE INTERNATIONAL UNIVERSITY OF MOLDOVA

FACULTATEA DREPT
FACULTY OF LAW

*Politiae legibus,
non leges politis adaptandae*

————— REVISTA —————
**STUDII JURIDICE
UNIVERSITARE**

ANUL VII

NR. 1-2

2014

UNIVERSITATEA LIBERĂ INTERNAȚIONALĂ DIN MOLDOVA (ULIM)
FREE INTERNATIONAL UNIVERSITY OF MOLDOVA

FACULTATEA DREPT
FACULTY OF LAW

STUDII JURIDICE UNIVERSITARE

Publicație științifică de profil Categoria C

Apare de 4 ori pe an

2014, Anul VII, Nr. 1—2 (25—26)

Volumul a fost recomandat spre publicare de Senatul ULIM (Proces verbal № 10 din 01.07.2014)

FONDATOR / FOUNDER: Academician, Prof. univ., Dr. hab., Andrei GALBEN

REDACTOR-ȘEF / EDITOR-IN CHIEF: Conf. univ., Dr., Vitalie GAMURARI

SECRETAR DE REDACȚIE / EDITORIAL SECRETARY: Ms., Alexandru BOSTAN

REDACTOR / EDITOR: Ms., Olesia GUȘAN

COLEGIUL DE REDACȚIE / BOARD OF EDITORS:

Prof. univ., Dr. hab., Victor POPA (*judcător, Curtea Constituțională a Republicii Moldova*)

Prof. univ., Dr. hab., Alexei BARBĂNEAGRĂ (*Consilier al Președintelui Republicii Moldova în domeniul securității și apărării naționale, Secretar al Consiliului Suprem de Securitate*)

Prof. univ., Dr. hab., Andrei SMOCHINĂ (*ULIM*)

Prof. univ., Dr. hab., Dumitru BALTAG (*ULIM*)

Prof. univ., Dr. hab., Olexandr ZADOROJNÏI (*Institutul de Relații Internaționale, Universitatea Națională „Taras Shevchenko” Kiev, Ucraina (КИМО)*)

Prof. univ., Dr., Nicolae OSMOCHESCU (*USM*)

Prof. univ., Dr., Xavier PHILIPPE (*Universitatea Paul Cézanne-Aix-Marseille III, Aix-en-Provence, Franța*)

Prof. univ., Dr., Nicolae PAVEL (*Universitatea „Spiru Haret”, București, România*)

Conf. univ., Dr. hab., Olena GRINENKO (*Institutul de Relații Internaționale, Universitatea Națională „Taras Shevchenko” Kiev, Ucraina (КИМО)*)

Conf. univ., Dr., Mykola GNATOVSKI (*Institutul de Relații Internaționale, Universitatea Națională „Taras Shevchenko” Kiev, Ucraina (КИМО)*)

Conf. univ., Dr. hab., Natalia SOCOLOVA (*Academia de Drept, Moscova, Rusia (МГЮА)*)

Conf. univ., Dr., Serghei ȚURCAN (*ULIM*)

Conf. univ., Dr., Andrey KOZIK (*Universitatea Internațională MITSO, Minsk, Belarusi*)

Conf. univ., Dr., Oxana ROTARI (*ULIM*)

Conf. univ., Dr., Vladimir GROSU (*Ministerul Justiției, Republica Moldova*)

Conf. univ., Dr., Vladimir VARDANEAN (*Universitatea Erevan, Armenia*)

Dr., Natalia OSOIANU (*ULIM*)

Dr., Alexandru CAUIA (*ULIM*)

Revista STUDII JURIDICE UNIVERSITARE reprezintă o publicație periodică științifico-teoretică și informațional-practică editată de Institutul Cercetări în Domeniul Protecției Drepturilor Omului al Universității Libere Internaționale din Moldova. Articolele științifice sunt recenzate. Revista nu-și asumă responsabilitatea pentru conținutul materialelor publicate și opiniile expuse de autori.

Adresa: str. Vlaicu-Pârcălab, 52, Chișinău, Republica Moldova, MD 2012,

tel./fax: (+373 22) 22.99.74; e-mail: vgamurari@gmail.com; alex_cauia@yahoo.com;

revistasju@gmail.com; www.studiijuridice.md

Tiraj: 150 ex.

ISSN 1857-4122

© Universitatea Liberă Internațională din Moldova

CUPRINS

ARGUMENT	5
FOREWORD	7

DREPT INTERNAȚIONAL / INTERNATIONAL LAW

Виталий ГАМУРАПЬ. Судебная практика международных уголовных трибуналов и ее роль в процессе унификации норм применяемых к вооруженным конфликтам международного и немеждународного характера	11
Olga BENEȘ. Competența consultativă a Curții Europene a Drepturilor Omului conform protocolului 16 al CEDO	26

DREPT PUBLIC / PUBLIC LAW

Serghei ȚURCAN, Anatolie ȘIȘIANU. Limitarea libertății de exprimare în interesul înfăptuirii justiției	35
Dumitru BALTAG, George TRAGONE. Abuzul de drept în dreptul civil	45
Valeriu ZUBCO. Contenciosul constituțional — subramură a dreptului constituțional	59
Mariana ODAINIC. Unele instrumente de politică monetară și valutară ale băncii centrale	68
Евгений ПОЦЕЛУЕВ, Ольга КУЗЬМИНА. Реформирование и модернизация высшего юридического образования в Российской Федерации	75
P.M. НАСИРОВ, Основные направления реформирования Украинского налогового законодательства согласно нормам и принципам Европейского Союза	94
Valeriu BAEȘU. Originea și evoluția istorică a drepturilor fundamentale ale omului. ...	105

DREPT PRIVAT / PRIVATE LAW

Oleg HALABUDENKO. Legal constructions in the focus of intertemporal and interlocal comparison methods: methodological aspect	119
Иван Юрьевич КАРЛЯВИН. О генеральной отсылке (оговорке) и контроле содержания договоров в европейском частном праве	131

ȘTIINȚE PENALE / CRIMINAL SCIENCES

Oxana ROTARI. Psihiatria criminală — ramură distinctă a psihologiei criminologice ..	145
Ecaterina BALTAGA. Aspecte teoretice și procesuale cu privire la constatările tehnco-științifice și medico-legale	154

Vitalie SÎLI, Ludmila BĂLĂNUȚĂ. Noțiuni generale despre activitatea specială de investigații	163
Ольга Владимировна КУЗЬМИНА. Современные тенденции развития уголовно-процессуальной политики России.	174

TRIBUNA DOCTORANDULUI /
TRIBUNE OF THE POST-GRADUATE STUDENTS

Abdelaziz MUKHTAR. Parteneriatul dintre Uniunea Europeană și statele maghreb în contextul provocărilor ce stau în fața unei integrări regionale aprofundate (<i>partea I</i>).	185
Dumitru MUNTEANU. Principiile care guvernează activitatea de urbanism în cadrul administrației publice.	195
Elena DUDA. Studiu privind prevenirea și combaterea criminalității violente.	204
Igor CRISTAL. Abordări științifico-practice privind interferențe între autorități publice în realizarea competențelor sale constituționale.	218
Nicolae FALĂ. Incursiune scurtă în originea, fundamentul, efectele și natura juridică a acțiunii pauliene.	239
Nina GARȘTEA. Contingența expeditorului la transportarea auto a mărfurilor, cu organele vamale și răspunderea juridică a acestora	249
Pavel TAMACIUC. Organizarea și funcționarea oficiilor cadastrale în Republica Moldova.	259
Radu Cătălin PAVEL. Dreptul la bună administrare — un drept garanție împotriva deciziilor administrative arbitrare în spațiul Uniunii Europene	270
Silvia CAPCELEA. Lupta împotriva crimei organizate: mecanisme de cooperare judiciară și instrumente de informare, aplicabile în statele membre și nemembre ale Uniunii Europene	281
Sorin ADAM. Particularități de recoltare și interpretare a urmelor de sânge uman la fața locului	294
Adrian CRASNOBAEV. Îndatorirea fundamentală de a proteja mediul înconjurător sănătos	304
Uliana SÎRBU. Aspecte teoretico-practice privind procesul achizițiilor publice.	311

ANIVERSĂRI / ANNIVERSARY

Vitalie GAMURARI. Profesorul <i>Nicolae OSMOCHESCU</i> la 70 de ani.	316
--	-----

RECENZII / REVIEWS

Vitalie GAMURARI. Recenzie la monografia „ <i>Extraterritorialitatea Convenției Europene a Drepturilor Omului: obligații pozitive și jurisdicție</i> “, autori Mihai POALELUNGI, dr., Stas SPLAVNIC, ms. univ. Chișinău. Î.S. F.E.-P. „Tipografia Centrală”, 2014, 300 p.	318
--	-----

DATE DESPRE AUTORI	320
INFORMATION ABOUT THE AUTORS	321

CERINȚE FAȚĂ DE MANUSCRISE.	322
REQUIREMENTS FOR MANUSCRIPTS.	323

ARGUMENT

Paci sunt maxime contraria, vis et enjuria

Publicația periodică științifico-teoretică și informațional-practică „*Studii Juridice Universitare*“ a fost fondată de Institutul Cercetări în Domeniul Protecției Drepturilor Omului (ICDPDO) și Facultatea Drept a Universității Libere Internaționale din Moldova. În urma revizuirii conceptului, revista a suferit unele modificări. Facultatea Drept rămâne în calitate de unic „succesor“ al publicației în cauză, proces dictat de unele schimbări de ordin organizatoric. Înaltul grad de cercetare este garantat și de componența solidă a Colegiului de redacție, compus din experți de talie națională și internațională.

Atenționăm că revista și în continuare are drept scop publicarea unor lucrări de valoare, ce reflectă rezultatele cercetărilor curente în care sunt antrenați reprezentanți ai mediului academic, inclusiv cadrele didactice ale facultății, reprezentanți ale instituțiilor din Republica Moldova și din alte state.

Revista este structurată pe secții ce reflectă probleme actuale ale diverselor domenii, după cum urmează: *Drept Internațional, Drept Public, Drept Privat și Științe Penale*. Revista continue să promoveze elementul novator implementat în numerele precedente — în cadrul secțiilor respective sunt admiși doctoranzi, criteriul fiind finalizarea studiilor de doctorat și definitivarea tezei, inclusiv începerea procedurii de susținere a acestora. Excepția în cauză vine să confirme nivelul înalt de cercetare al doctoranzilor. În egală măsură această regulă este aplicată și experților, studiile cărora prezintă interes, în special pentru practicieni.

Promovând ideea susținerii tinerilor cercetători științifici, revista conține o rubrică specială *Tribuna doctorandului*, în cadrul căreia aceștia au posibilitate să-și publice rezultatele cercetărilor, lucrările fiind recenzate de experți în domeniu.

Una din rubricile tradiționale este prezentarea noilor lucrări științifice apărute în perioada respectivă. Prezentul număr este dedicat monografiei „*Extraterritorialitatea Convenției Europene a Drepturilor Omului: obligații pozitive și jurisdicție*“, autori Mihai POALELUNGI, dr., Stas SPLAVNIC, ms. Chișinău. Î.S. F.E.-P. „Tipografia Centrală”, 2014, 300 p.

Prezentul număr are și o dedicație specială – omagiile aduse profesorului *Nicolae OSMOCHESCU* cu ocazia aniversării a 70 de ani.

Revista vine și-n continuare să confirme înalta apreciere dată de Consiliul Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică, fiind acreditată la categoria C, eveniment ce a fost apreciat destul de înalt atât de experții din țară, cât și de partenerii din străinătate.

Atenționăm că materialele publicate sunt plasate și pe site-ul revistei, fapt ce contribuie la sporirea calității lucrărilor prezentate.

Sperăm că această practică ulterior va duce la promovarea imaginii științei juridice autohtone în diverse state europene, iar revista „*Studii Juridice Universitare*“ va rămâne și în continuare un promotor real al valorilor științifice și al tradițiilor educaționale juridice europene.

Conf. univ., dr. Vitalie GAMURARI
Redactor-șef

FOREWORD

Paci sunt maxime contraria, vis et enjuria

The theoretical–practical publication “Studii Juridice Universitare” was founded by the Research Institute for the protection of Human Rights (ICDPDO) and Law Faculty of the Free International University of Moldova. Following the review of the concept, the journal has undergone some changes. The Faculty of Law remains as the only “successor” of the publication in the goal–driven process undergoing organizational changes. The high level research is warranted and solid composition of the Editorial Board, composed of experts of national and international.

However the journal still aims to publish works of value that reflects current research findings are trained academics, including professors of the faculty, representatives of education institutions from Moldova and other countries.

The journal is structured in sections that reflect the current issues of various fields as follows: *International Law*, *Public Law*, *Private Law* and *Criminal Sciences*. The journal continue to promote innovative element implemented in previous issues — doctoral works in these sections are admitted on the criterion of graduation and completion of doctoral thesis, including the commencement of its defense. The exception in question confirms the high level of doctoral research. Equally this rule is applied to the studies which are of interest for experts, especially for practitioners.

Promoting the idea of supporting young scientists, the journal contains a special section the Tribune of the doctoral student in which they have the opportunity to publish their research findings, their work being reviewed by experts.

One of the traditional sections is presenting new scientific papers published during the period. This number is dedicated to the work “*Extrateritorialitatea Convenției Europene a Drepturilor Omului: obligații pozitive și jurisdicție*”, authors Mihai POALELUNGI and Stas SPLAVNIC, 2014, 300 p.

The *Anniversary* section has a special dedication to the anniversary of 70 years of Professor Nicolae Osmochescu.

The journal continues to be grateful for the high appreciation given by the Supreme Council for Science and Technological Development, which has accredited it under Category C, an event that was considered rightful by the experts from the country and foreign partners.

In the same time, the materials published in the journal are published on the site, which contributes to increased quality of work presented.

We hope that this practice will lead to further promoting the image of the local legal science in various European countries and the magazine “*Studii Juridice Universitare*” will continue to be a real promoter of scientific values and traditions of European legal education.

*Vitalie GAMURARI, PhD, associate professor,
Editor-in-chief*

DREPT INTERNAȚIONAL
INTERNATIONAL LAW

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА МЕЖДУНАРОДНЫХ УГОЛОВНЫХ ТРИБУНАЛОВ И ЕЕ РОЛЬ В ПРОЦЕССЕ УНИФИКАЦИИ НОРМ ПРИМЕНЯЕМЫХ К ВООРУЖЕННЫМ КОНФЛИКТАМ МЕЖДУНАРОДНОГО И НЕМЕЖДУНАРОДНОГО ХАРАКТЕРА



Виталий ГАМУРАРЬ, доктор права (к.ю.н.), конференциар университетар (доцент)

Objective of this research consideration of a question concerning influence of jurisprudence of the international criminal tribunals on process of unification of the norms of international humanitarian law applied to armed conflicts of the international character and armed conflicts of not international character. Thus we will note also a position of the states on the matter, having taken process of implementation of the principle of universal jurisdiction as a basis.

Key words: international tribunal, international crime, armed conflict, jurisdiction.

Целью данного исследования рассмотрение вопроса относительно влияния судебной практики международных уголовных трибуналов на процесс унификации норм международного гуманитарного права применяемых к вооруженным конфликтам международного характера и вооруженным конфликтам немеждународного характера. При этом отметим и позицию государств по данному вопросу, взяв за основу процесс имплементации принципа универсальной юрисдикции.

Ключевые слова: международный трибунал, международное преступление, вооруженный конфликт, юрисдикция, ответственность.

С распадом бывшего СССР и как результат исчезновение биполярного мира, мировое сообщество оказалось перед сложным выбором — как реагировать на целый ряд вооруженных конфликтов, возникших в различных концах света — в Европе, Африке, Азии. В качестве примера для разных континентов можно привести конфликты на территории вывшей Югославии, Руанды, Сьерра Леоне, в рамках, которых были совершены массовые преступления, в том числе квалифицированные как военные преступления, преступления против человечности и геноцид. Ответом на эти серьезные вызовы международному сообществу было создание Советом Безопасности ООН Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (МУТЮ) и Международного уголовного трибунала по Руанде (МУТР) — соответственно резолюциями 841 (1993) и 955 (1994), а также создание Специального суда по Сьерра-Леоне (СССЛ)¹ в 2002 году.

¹ Специальный Суд по Сьерра-Леоне учрежден на основании соглашения между ООН и Сьерра-Леоне, подписанном 16 января 2002 года и являющимся приложением к

1. Вопросы, связанные с юрисдикцией МУТЮ, МУТР и СССЛ

С самого начала отметим то, что могут возникнуть некоторые возражения по поводу того, что характер МУТЮ и МУТР отличается от СССЛ — первые два были созданы при отсутствии согласия государств, на чьей территории были совершены международные преступления — они были созданы по решению Совета Безопасности ООН, тогда как СССЛ относится к категории так называемых интернационализированных (*hibrid*) трибуналов, созданных при участии ООН, с включением в их состав местных судей. Данные отличия не являются единственными между названными структурами, однако субъектом нашего исследования является определение уровня влияния судебной практики вышеназванных инстанций на процесс унификации норм международного права, применяемых к вооруженным конфликтам международного и немеждународного характера.

Другим аргументом включения этих судебных инстанций в единую группу при рассмотрении предложенного вопроса является то, что практика названных трибуналов непосредственно связана с проблемой применения права Женевы в рамках вооруженных конфликтов немеждународного характера. Если в случае МУТЮ и МУТР в принципе вопросы не возникают, то в случае СССЛ, данный аргумент менее весом. В свою очередь, приведем пример позиции СССЛ в случае с Ломейским соглашением об амнистии лиц участников многолетней кровопролитной гражданской войны на территории Сьерра-Леоне, представляющего собой вооруженный конфликт немеждународного характера. В данном случае возникает вопрос — вправе ли Суд отклонить Соглашение об амнистии по отношению к лицам, совершившим военные преступления во время вооруженного конфликта немеждународного характера? Решение по амнистиям, вынесенное на основе Ломейского соглашения, имеет принципиальное значение для развития международного гуманитарного права, поскольку это первое решение международного уголовного суда, в котором прямо сказано, что амнистия не препятствует преследованию за международные преступления международными и иностранными судами. Вопрос о законной (законности амнистий или юридической силе амнистий) силе амнистий с точки зрения международного права рассматривался МУТЮ в решении по делу *Furundzija*. Трибунал пришел к заключению, что лицо может привлекаться к ответственности за пытки международным трибуналом, иностранным государством и при смене режима в стране, даже если лицу, совершившему соответствующее деяние, ранее была предоставлена амнистия.² Однако судебное

документу Report of the Planning Mission on the Establishment of the Special Court for Sierra Leone Transmitted by the Secretary-General to the President of the Security Council by Letter Dated 6 March 2002 of 8 March 2002, UN Doc. S/2002/246.

2 Jugement, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T (TPIR, chambre de premier instance, 10 décembre 1998), para.155 <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/fr/fur-tj981210f.pdf> (последнее посещение 10.07.2013).

решение ограничивается констатацией незаконности амнистий в случае преступления пытки и не содержит аналогичных выводов относительно других международных преступлений. По мнению некоторых экспертов, решение по амнистиям, предоставленные на основании Ломейского соглашения, выходит за рамки обычной международной судебной практики.³

Однозначным является тот факт, что распространение международных судебных и квазисудебных органов стало характерной чертой современного международного сообщества. Возникновение различных международных и интернационализованных уголовных трибуналов это лишь один из важнейших аспектов данного явления, которое, в свою очередь составляет часть общей тенденции, которую Комиссия по международному праву называет раздроблением, или, чтобы придать ей нейтральное звучание, диверсификацией международного права.⁴

Характеризуя влияние вышеназванных судебных инстанций на процесс унификации норм, применяемых к вооруженным конфликтам международного и немеждународного характера, необходимо сказать о двух других трибуналах, оказавших существенное влияние на процесс кодификации права войны в целом. Речь идет о Нюрнбергском и Токийском военных трибуналах.

Принятие Уставов Нюрнбергского и Токийского трибуналов придало мощный импульс кодификации международного гуманитарного права: впервые договорными нормами был определен круг преступных деяний, влекущих за собой привлечение к ответственности в индивидуальном порядке, и в то же время были учреждены суды, которые приняли ряд практических решений и выработали принципы, получившие всеобщее признание. Так, например 11.12.1946 г. Генеральная Ассамблея ООН единогласно приняла Резолюцию № 95 (I) «Подтверждение принципов международного права признанных Уставом Нюрнбергского Трибунала».⁵

Развитие международного гуманитарного права определяется необходимостью обнаружения непосредственной взаимосвязи между предметом и целью самого международного гуманитарного права, и созданием указанных трибуналов. В реальности, не будучи самостоятельным законотворческим процессом, их юриспруденция, несомненно, является важным дополнительным средством, позволяющим установить, существует ли та или иная норма права, и определить ее значение и объем действия.

3 Simon M. Meisenberg. *Legality of amnesties in international humanitarian law The Lomé Amnesty Decision of the Special Court for Sierra Leone*. International Review of the Red Cross. Number 856. December 2004, p.843 [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/692F82/\\$File/irrc_856_Meisenberg.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/692F82/$File/irrc_856_Meisenberg.pdf) (последнее посещение 10.07.2013).

4 Commission du droit international de l'ONU <http://www.un.org/fr/aboutun/structure/ilc.shtml> (последнее посещение 10.07.2013).

5 Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/46/IMG/NR003346.pdf?OpenElement> (последнее посещение 10.07.2013).

Среди разного рода проблем возникших перед международными трибуналами отметим то, что им было необходимо найти аргументы в пользу применения норм МГП вооруженным конфликтам немеждународного характера. В связи с этим отметим, что МУТЮ, в соответствии с положениями Устава в рамках какого-либо разбираемого дела, имеет полное право квалифицировать конфликт на основании критериев ст.1.⁶ Его решение могло бы стать и обязывающим для государственного деятеля, оспаривающего такую квалификацию⁷.

Заслуживает внимания тот факт, что такие страны как США, Великобритания, Франция, при принятии Советом Безопасности ООН резолюции 827 (1993) в которой был одобрен Устав МУТЮ, выразили мнение, что положения Устава ООН, предоставившее ему юрисдикцию в отношении нарушений законов и обычаев войны, охватывает и обязанности, установленные на территории бывшей Югославии международным гуманитарным правом, действовавшим в момент совершения указанных деяний, в том числе статьи 3, общей для всех четырех Женевских конвенций, и обоими Дополнительными протоколами 1977 г.

Таким образом, Устав наделил МУТЮ юрисдикцией не только в отношении права войны в классическом понимании, но также и в отношении нарушений общей статьи 3. Такое положение основывается на том, что установленные в ней запреты представляют собой обязательный минимум для всех сторон в конфликте немеждународного характера, означающий, что данный минимум должен применяться в конфликтах любого вида. Другим подтверждением вышесказанного является положение статьи 3 Устава МУТР, в соответствии с которой Трибунал уполномочен подвергать судебному преследованию лиц, нарушающих законы и обычаи войны. В качестве аргумента можно привести также судебную практику Трибунала.⁸

При определении обычного характера содержания статьи 3, Трибунал косвенно сослался на практику Международного Суда⁹ и МУТР.¹⁰

В решении Апелляционной палаты по делу Тадича¹¹ Трибунал отметил, что Совет Безопасности ООН в принятой резолюции № 808 (1993)¹² дал квали-

6 Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_fr.pdf (последнее посещение 12.07.2013).

7 Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов. Москва. 2000. С. 100.

8 L'Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Le Procureur c. Dusko Tadic, affaire IT-94-1-AR72 (TPIY, chambre d'appel, 2 octobre 1995) <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/fr/51002JN3.htm> (последнее посещение 12.07.2013).

9 CIJ. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contr celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986 <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6502.pdf> (последнее посещение 13.07.2013).

10 Jugement, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, IT-96-4-T (TPIR, chambre de premier instance, 2 septembre 1998) <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm> (последнее посещение 13.07.2013).

11 *Le Procureur c. Dusko Tadic*, op. cit.

12 Резолюция Совета Безопасности ООН от 22 февраля 1993 г. [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/808\(1993\)](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/808(1993)) (последнее посещение 13.07.2013).

фикацию вооруженных конфликтов на территории бывшей Югославии и одновременно наделил Суд компетенцией квалифицировать данные ситуации.

Определяя юрисдикцию МУТЮ и МУТР, Совет Безопасности ООН пошел на принципиальное нововведение, строго ограничив ее конфликтом, который с 1991 г. происходил на территории бывшей Югославии (МУТЮ) и геноцидом в Руанде (МУТР). Таким образом, Совет Безопасности неявным образом наделил себя полномочиями Обвинителя, став единственным органом, принимающим решения о целесообразности создания специальных трибуналов.¹³

Практика специальных судов отличается от общепринятого принципа, применяемого при оказании судебной помощи в целях борьбы с международными преступлениями — *aut dedere, aut judicare*. Его значение в основном заключается в том, что, если запрашиваемое государство отказывает по определенным причинам в экстрадиции, оно должно передать дело своим компетентным властям для судебного преследования в соответствии с запросом запрашивающего государства. МУТЮ и МУТР, обладая параллельной юрисдикцией с национальными судами, обладает и приоритетом в отношении юрисдикций национальных инстанций. Так, например, законы Боснии и Герцеговины о сотрудничестве с МУТЮ прямо устанавливают, что независимо от стадии судебного расследования уголовного дела в национальных судах Боснии и Герцеговины, если МУТЮ направляет просьбу относительно подсудимого, Верховный суд Боснии и Герцеговины должен прекратить судебный процесс и передать этого подсудимого Трибуналу.¹⁴ В Германии существуют аналогичные положения, и Душко Тадич, обвиняемый по первому делу МУТЮ, был, соответственно, передан в Гаагу по просьбе МУТЮ в ходе судебного процесса, осуществляемого национальным судом Германии.¹⁵

Мы исходим из того, что деяния, совершенные в непосредственной связи с международным или немеждународным вооруженным конфликтом, имеющие серьезные последствия для жертвы, подпадающие под категорию военных преступлений, считаются тяжкими нарушениями международного договорного и обычного права. Таким образом, мы даем частичный ответ на вопрос о юрисдикции МУТЮ по отношению к конфликту на территории бывшей Югославии. При этом отметим, что применение норм международного гуманитарного права зависит не от воли заинтересованных сторон, а от объективного факта наличия вооруженного конфликта. Таким образом, по мнению МУТЮ, законы войны применяются на всей территории сторон в конфликте или, в случае вооруженного конфликта немеждународного характера, на всей территории, контролируемой

13 P. Hazan. *La justice face à la guerre*. Stock. Paris. 2000, p.69.

14 Zhu Wenqi. *On co-operation by states not party to the International Criminal Court*. International Review of the Red Cross. Volume 88. Number 861. March 2006, p.99 [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-861-p87/\\$File/irrc_861_Wenqi.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-861-p87/$File/irrc_861_Wenqi.pdf) (последнее посещение 14.07.2013).

15 Idem.

одной из сторон, до восстановления мира или — во втором случае — до мирного решения проблемы, ставшей причиной противоборства сторон.¹⁶

2. Судебная практика МУТЮ и МУТР через призму ее влияния на процесс унификации норм применяемых к вооруженным конфликтам международного и немеждународного характера

Практика Нюрнбергского и Токийского военных трибуналов, учрежденных после Второй мировой войны, утвердила двухъярусную концепцию преступления, распространённую в странах общего права.¹⁷ В качестве отправной точки она проводит различие между деяниями, влекущими уголовную ответственность, состоящими из материального элемента (*actus reus*) и ментального элемента (*mens rea*), с одной стороны, и обстоятельствами, исключающими уголовную ответственность, с другой — тенденции особенно проявляющееся в организации уголовного процесса. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность, включают не только материальные основания для исключения уголовной ответственности, но и процессуальные препятствия к осуществлению уголовного преследования.

Посмотрим, как на практике МУТЮ и МУТР решает вопросы, связанные с унификацией норм, применяемых во время вооруженных конфликтов международного и немеждународного характера. Напомним, что при определении индивидуальной уголовной ответственности, Нюрнбергский и Токийский трибуналы определили, что уголовной ответственности за военные преступления подлежат не только исполнители, но и те, кто приказывает их совершить, независимо от их официального положения. Уставы МУТЮ и МУТР явным образом упоминают, что обе формы ответственности отражают обычное право и определяют объем этой ответственности, считая виновными и тех, кто планирует военные преступления и склоняет к их совершению, а также в любой форме помогает в их планировании, подготовке и осуществлении. Наличие связи между действиями тех, кто ответственен в первую очередь, и тех лиц, кто им пособничал, является обязательным для обвинения кого-либо в пособничестве совершению противоправного деяния. Данное правило нашло свое отражение и в практике Трибунала.¹⁸

При этом индивидуальная уголовная ответственность наступает не только в результате действия, но и в случаях, когда лицо преднамеренно или по небрежности проигнорировало норму, четко и ясно предусматривающую обязанность совершить определенные действия. Такого рода ответственность при-

16 *Le Procureur c. Dusko Tadic*, op. cit., para 70.

17 Ionel Cloșcă, Ion Suceavă. *Dreptul internațional umanitar*. București: Șansa. 1992, p.472-473.

18 Arrêt, *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, affaire IT-95-14/1-A (TPIY, chambre d'appel, 24 mars 2000) <http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/fr/ale-asj000324f.pdf> (последнее посещение 14.07.2013).

меняется в отношении командиров и других начальников, не принявших необходимых мер для предотвращения или пресечения совершения противоправных действий лицами, находящимися в их подчинении. Практика МУТЮ и МУТР подтверждает правило о том, что данное положение применяется в отношении командира¹⁹ в условиях существования более или менее организованной структуры при наличии одного или более подчиненных,²⁰ тем самым подтвердив обычный характер данной нормы.

Нельзя не огласиться с теми, кто считает, что распространение такого рода ответственности на других начальников, которые не являются военными командирами, вытекает, в том числе и из обычного права.²¹ Кстати такая позиция подтверждается и практикой МУТЮ и МУТР. Автор, на которого мы ссылаемся, отмечает, что в своих решениях оба трибунала пришли к заключению, что должностное лицо, действующее от имени государства и наделенное соответствующими полномочиями или *de facto* представляющее правительство и осуществляющее фактический контроль над своими подчиненными, может быть привлечено к ответственности за неприятие мер, хотя в этом случае требуется, чтобы соответствующее лицо знало о предпринимаемых действиях, а не просто не проявляло должной бдительности и не предотвратило совершение указанных действий, как в случае военного командира.²² Трибуналы сославшись на некоторые процессы проходивших в судах различных государств после Второй мировой войны, пришли к заключению, что этому виду ответственности могут подлежать как военные командиры, так и гражданские лица, если последние использовали свое влияние и приказали совершить преступление либо не использовали своего влияния в целях предупреждения этого преступления.²³

Указанные трибуналы в свою очередь разработали двухъязычную концепцию уголовной ответственности более детально. Они пришли к выводу, что

19 Jugement, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic alias «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzo alias «Zenga»*, affaire IT-96-21-T (TPIY, chambre de premier instance, 16 novembre 1998), para.383 <http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/fr/981116.pdf> (последнее посещение 14.07.2013);

Jugement, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, affaire IT-95-14-T (TPIY, chambre de premier instance, 03 mars 2000), para.290 <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/fr/bla-tj000303f.pdf> (последнее посещение 15.07.2013).

20 Jugement, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarak, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, affaire IT-96-23-T et IT-96-23/1-T (TPIY, chambre de premier instance, 22 février 2001), para.399 <http://www.icty.org/x/cases/kunarak/tjug/fr/kun-010222.pdf> (последнее посещение 15.07.2013).

21 Hortensia D.T. Gutierrez Posse. *The relationship between international humanitarian law and the international criminal tribunals*. International Review of the Red Cross. Volume 88. Number 861. March 2006, p.71 [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-861-p65/\\$File/irrc_861_Gutierrez.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-861-p65/$File/irrc_861_Gutierrez.pdf) (последнее посещение 15.07.2013).

22 Idem.

23 Jugement, *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, affaire IT-95-14/1-T (TPIY, chambre de premier instance, 25 juin 1999), paras.66-81 <http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/tjug/fr/ale-tj990625f.pdf> (последнее посещение 16.07.2013); *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, op. cit. (TPIR).

состав международного преступления должен подразделяться на три составных элемента, в отношении каждого из них должен устанавливаться и материальный и ментальный элементы. Первым шагом должно было стать установление наличия вооруженного конфликта или нападения на гражданское население, включая ответа на вопрос о том, были ли обвиняемому известно о нападении. Вторым шагом являлось установление наличия в деянии элементов одного или нескольких преступлений предусмотренных Уставами трибуналов, а также имелся ли у обвиняемого соответствующий ментальный элемент. И наконец, на третьем этапе определяется степень индивидуальной уголовной ответственности обвиняемого. Данный вопрос был детально рассмотрен в одной из статей известными международными экспертами Марко Сассоли и Лора Олсон.²⁴

Судебная палата МУТЮ в деле Тадича применила концепцию вооруженного конфликта, использованную Апелляционной палатой. Таким образом, судебная палата положила в основу своих доводов толкование определения, выработанную Апелляционной палатой: «Критерий, примененный Апелляционной палатой для определения существования вооруженного конфликта для целей общей ст. 3, концентрируется на двух аспектах конфликта: его интенсивности и организации сторон конфликта. В вооруженном конфликте внутреннего или смешанного характера эти тесно связанные критерии употребляются исключительно с целью, как минимум, проведения различия между вооруженным конфликтом и бандитизмом, неорганизованными и скоротечными восстаниями или террористической деятельностью, которые не являются предметом международного гуманитарного права».²⁵

Два аспекта внутреннего вооруженного конфликта, сформулированные Судебной палатой в деле Тадича, — интенсивность конфликта и организация его сторон, — предоставляют основания для признания вооруженного конфликта *de facto*. Судебная палата в деле Делалича поддержала эту интерпретацию немеждународного вооруженного конфликта, утверждая, что для различения случаев гражданского неповиновения или террористической деятельности внимание следует акцентировать на продолжительности вооруженного насилия и степени организации участвующих сторон.

В связи с этим отметим, что концепция внутреннего вооруженного конфликта, закрепленная в решении по делу Тадича, в равной мере, как и ее адаптация в ст.8 (2) (f) Римского Статута Международного Уголовного Суда, представляет прогрессивное развитие международного гуманитарного права.

Данная концепция характеризуется двумя критериями. Во-первых, она

24 Марко Сассоли и Лора Олсон. Решение Апелляционной камеры МУТЮ по существу дела Тадича. Новые горизонты для международного гуманитарного и уголовного права? (из личного архива автора).

25 Jugement, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, affaire IT-94-1-T (TPIY, chambre de premier instance, 7 mai 1997), par.562 <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/fr/tad-tj970507f.pdf> (последнее посещение 16.07.2013).

обеспечивает основу для применения общей ст.3 для Женевских конвенций, а во-вторых, эта концепция характеризует условия для определения существования вооруженного конфликта, указывая на отличия от ситуаций внутренних беспорядков. В связи с этим отметим, что до вынесения решения в деле Тадича по вопросу юрисдикции единственным критерием, разграничивающим ситуацию внутреннего вооруженного конфликта, был критерий, содержащийся в ст.1 (1) Дополнительного протокола II. Снижение порога, требуемого указанной статьей, имело следствием расширение концепции внутреннего вооруженного конфликта путем включения ситуаций мятежа, которые до сих пор не требовали применения международного гуманитарного права. Общая ст.3 сейчас признана применимой нормой в ситуациях партизанской войны, где военные действия происходят между организованными вооруженными группами без участия правительственной власти.

Решив, что является компетентным рассматривать дела о предположительном совершении серьезных нарушений общей статьи 3, независимо от характера конфликта — международный или немеждународный, Трибунал заключил, что в соответствии с обычным правом, данная норма, несомненно, применима к любым видам конфликтов, поскольку она охватывает минимальные обязанности, которые должны соблюдать все противоборствующие стороны.²⁶

Относительно МУТР необходимо отметить, что именно данный Суд впервые применил международное право в случае немеждународного вооруженного конфликта. То обстоятельство, что геноцид был совершен гражданами Руанды против граждан Руанды, было безотносительным к назначению наказания за преступления против человечности или геноцид, совершавшиеся во время конфликта, поскольку составы этих преступлений более не предполагали обязательной связи с международным вооруженным конфликтом. Устав МУТР предоставляет юрисдикцию в отношении нарушения статьи 3, общей для Женевских конвенций (статья 4 Устава МУТР), а также статьи 4 (2) Дополнительного протокола II. Так, по мнению немецкого профессора Герхарда Верле, это было решающим шагом в направлении формирования международно-правового института ответственности за преступления, совершенные во время гражданских войн.²⁷

3. Применение норм международного гуманитарного права в практике СССА

Изначально отметим, что юрисдикция Специального Суда по Сьерра-Леоне распространяется на преступления против человечности, военные преступления

²⁶ *Le Procureur c. Zejnir Delalic et al*, op. cit., para.143.

²⁷ Герхард Верле. Принципы международного уголовного права. Москва: Транслит. 2011. — С. 487.

и серьезные преступления по законодательству Сьерра-Леоне, совершенные на территории этой западноафриканской страны в период с 30 ноября 1996 года.²⁸ В состав Суда входят судьи, назначенные Генеральным Секретарем ООН и правительством Сьерра-Леоне. Однако во всех палатах Суда большинство составляют «международные» судьи. С точки зрения судебной практики Суда и ее влияния на применимость и толкование международного гуманитарного права, на наш взгляд наибольший интерес вызывает решение Апелляционной камеры от 13 марта 2004 г., которое отклонила предварительные ходатайства за отсутствием оснований.²⁹ По ее мнению, Ломейское соглашение не является договором или соглашением, имеющим договорную природу, и независимо от его обязательности для правительства Сьерра-Леоне, оно не влияет на ответственность физических лиц, подлежащих преследованию международным трибуналом за международные преступления, указанные в статьях 2-4 Устава СССЛ. Ссылаясь на судебную практику и приводя теоретические аргументы, Апелляционная камера заявила: «Разумеется, государство не может предать забвению такие преступления, в отношении которых другие государства имеют юрисдикцию, позволяющую подвергать виновных в их совершении судебному преследованию в силу того, что обязательство защищать человеческое достоинство является императивной нормой и получило характер обязательства *erga omnes*».³⁰

Третьим пунктом в схеме аргументов Апелляционной камеры было определение пределов предоставления амнистий с точки зрения международного права. В дальнейшем рассмотрим доводы приведенные Судом, вызвавшие неоднозначную реакцию среди специалистов. Тем не менее, мы не можем игнорировать такое важное решение, тем более что оно вызвало такую реакцию.

Рассматривая вопрос о пределах предоставления амнистий в международном праве,³¹ судьи в определяющей степени основывались на доктрине универсальной юрисдикции. Судьи пришли к выводу, что предоставление амнистии относится к компетенции государства, осуществляющего свои суверенные полномочия.³² В то же время, в случае универсальной юрисдикции одно государство не может лишить другое его юрисдикции в плане преследования лиц, совершивших преступления, посредством предоставления последним амнистии.³³ По мнению Суда, амнистия не может распространяться на пре-

28 См. Устав Специального Суда по Сьерра-Леоне, статьи 1-5.

29 *The Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Buzzy Kamara*, Special Court for Sierree Leone, SCSL-2004-15-AR72(E) and SCSL-2004-16-AR72(E), Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty (Appeals Chamber, 13 March 2004) (*Lomé Decision*). <http://www.sc-sl.org/Documents/SCSL-04-15-PT-060-I.pdf> (последнее посещение 17.07.2013).

30 *Ibidem*, para.71.

31 *Ibidem*, paras.66-74.

32 *Ibidem*, para.67.

33 *Idem*.

ступления по международному праву, поскольку к ним применяется универсальная юрисдикция и в силу того, что «обязанность защищать человеческое достоинство — императивная норма, принявшая характер *erga omnes*».³⁴

Несмотря на то, что решение Апелляционной камеры не показывает на основе предметного анализа материалов каждого из дел, рассматриваемых в Суде, в частности, дел о военных преступлениях, совершенных во время немеждународного вооруженного конфликта, почему к ним должна применяться универсальная юрисдикция, такого рода тенденция явно просматривается в доктрине современного международного права, что дает серьезные основания говорить о возможности включения серьезных нарушений статьи 3, общей для всех Женевских конвенций, и Дополнительного протокола II в общепризнанный перечень преступлений, к которым применима универсальная юрисдикция.³⁵

Другим аргументом является то, что по сути своей статья 6 (5) Дополнительного протокола II не оправдывает предоставление амнистий лицам, совершившим серьезные нарушения во время внутреннего вооруженного конфликта, поскольку такие нарушения являются международными преступлениями по обычному международному праву.³⁶ В связи с этим попытаемся предположить, что тем самым существует косвенная обязанность привлекать к ответственности лиц, совершивших преступления во время вооруженного конфликта немеждународного характера.

4. Уголовная ответственность за международные преступления на основе принципа универсальной юрисдикции

Общепринято, что преступления по международному праву направлены против интересов международного сообщества в целом. Таким образом, поскольку международные преступления обладают универсальным характером, позволим предположить, что международное сообщество правомочно осуществлять уголовное преследование, а также наказывать лиц совершивших таковые независимо от того, кто совершил их или против кого они были совершены. Современной тенденцией является тот факт, что преобладает концепция, в соответствии с которой нарушения международного гуманитарного права, применимого к немеждународным вооруженным конфликтам, могут повлечь уголовную ответственность в соответствии с международным обычным правом. Однако пределы преступного поведения в немеждународных вооруженных

34 Ibidem, para.71.

35 Thomas Graditzky. *La responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire applicable en situation de conflit armé non international*. Revue internationale de la Croix-Rouge no 829, mars 1998, p.29-57 <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/5fzgbw?opendocument> (последнее посещение 12.07.2013).

36 Жан-Мари Хенкергс и Луиза Досвальд-Бек. Обычное международное гуманитарное право. Том 1. Нормы. МККК. 2006, стр.781-785 (*норма 158*).

конфликтах в некоторой степени уже, чем в международных вооруженных конфликтах, поскольку не все нормы международного гуманитарного права применяются к немеждународным вооруженным конфликтам. Отметим, что принцип универсальной юрисдикции нашел свое отражение не только в международной судебной практике, но также в судебной практике многих государств. Позволим себе утвердить, что на сегодняшний день преобладающим является правило, по которому международные преступления не являются внутренними делами государств. Таким образом, преследования по международному праву за совершение международных преступлений не могут быть ограничены под предлогом вмешательства во внутренние дела государства. Как отмечает известный немецкий профессор Герхард Верле: «последствия деяний затрагивающих наиболее существенные интересы сообщества государств, по определению не ограничены национальной юрисдикцией государства, где было совершено соответствующее преступление».³⁷

Однако остановимся на вопросе применимости данного принципа в практике международных уголовных судов. Статут Международного уголовного суда подчеркивает независимость международного уголовного права и «выстраивает» его систему на собственном основании. Данная концепция содержит элементы доктрин, как общего, так и романо-германского права, и объединяет их в специальную концепцию преступлений по международному праву. Концепция военных преступлений распространяется не только на международные вооруженные конфликты, но также — и на внутренние вооруженные конфликты по мере достижения ими определенной степени интенсивности и продолжительности. Распространение международных законов войны на внутренние конфликты также означает и распространение на них права военных преступлений. Во многих правовых системах наказание за нарушения международного гуманитарного права назначается также за нарушения, совершенные в немеждународных вооруженных конфликтах. Заметим, что преступный характер сравнимых нарушений во время международных конфликтов является существенным аргументом в пользу их наказуемости также и в немеждународных вооруженных конфликтах. Отсюда можно сделать вывод, что субъект, совершающий серьезное нарушение международного гуманитарного права, подлежит уголовной ответственности в соответствии с международным правом.

Так, Статут МУС в статье 8 (2)(с) констатирует преступный характер нарушений статьи 3, общей для Женевских конвенций. В статье 8 (2)(е) эти положения дополняют другие нормы, направленные на защиту лиц и основанные, в первую очередь на положениях Дополнительного протокола II. Таким образом, можно определить, что основываясь на положениях Статута МУС и руководствуясь международным обычным правом, система защиты лиц в немеждународных конфликтах сравнивается с режимом предоставления защиты

³⁷ Герхард Верле, там же, стр.88.

лицам в международных вооруженных конфликтах. В то же время следует проводить различие между прочими правовыми последствиями, связанными с системой серьезных нарушений, и преступным характером деяний по международному праву, особенно по поводу применения принципа универсальной юрисдикции и принципа *aut dedere aut judicare*.

Принцип универсальной юрисдикции основывается на том, что преступление совершено не против какого-то отдельно взятого государства, а против человечества в целом. Подтверждением тому могут служить более ранние судебные решения Нюрнбергского трибунала и дело Эйхмана, рассмотренного судом Израиля, не говоря уже о современном подходе к данному вопросу. Так, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (ст.7, п.2) и Международный пакт о гражданских и политических правах (ст.15, п.2) содержат положения общего характера, согласно которому принцип отсутствия обратной силы у уголовных законов не препятствует преследованию и осуждению лиц, уличенных в совершении деяний, «которые в момент совершения являлись уголовным преступлением согласно общим принципам права, признанным международным сообществом». Думаем, что не вызывает сомнений тот факт, что данный принцип должен применяться ко всем военным преступлениям и преступлениям против человечности.

Правило, в соответствии с которым государства имеют право наделять свои национальные суды универсальной юрисдикцией в отношении военных преступлений, подтверждается не только доктриной международного права, но также и практикой государств. Более того, соответствующая норма считается нормой обычного международного права, применяемой в отношении военных преступлений, совершенных во время как международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов.³⁸

Право государств наделять свои суды универсальной юрисдикцией в отношении военных преступлений широко поддерживается национальным законодательством и судебной практикой государств. За последние два десятилетия национальные суды привлекли к ответственности достаточное количество лиц за военные преступления, совершенные во время немеждународных вооруженных конфликтов на основании универсальной юрисдикции,³⁹ что подтверждает тенденцию по унификации норм применяемых к вооруженным конфликтам международного характера и вооруженным конфликтам немеждународного характера.

5. Заключение

Мы затронули лишь некоторые аспекты деятельности международных

38 Жан-Мари Хенкерцс и Луиза Досвальд-Бек. Обычное международное гуманитарное право. Нормы. МККК. 2006 г., стр.776.

39 Там же, стр.777.

трибуналов, что никоим образом не уменьшает их значимость. Оказавшись в ситуации необходимости применения положений выработанных для «классических» вооруженных конфликтов, другими словами, войн, в условиях вызовов современных вооруженных конфликтов, трибуналы нашли выход из создавшейся ситуации в обычном характере международного гуманитарного права. При этом, естественно, они не являлись первопроходцами, что подтверждается ссылками на судебную практику Нюрнбергского и Токийского трибуналов, равно как и практику различных государств, однако их особая заслуга, по нашему мнению, в том, что они вывели вопрос о применимости традиционных положений международного гуманитарного права к вооруженным конфликтам немеждународного характера на новый качественный уровень. Изучение судебной практики вышеназванных судебных инстанций позволяет шире толковать большинство положений международного гуманитарного права, тем самым оказывая влияние, в том числе на законодательство и судебную практику государств, не говоря о уж том, что авторитет «обычного права войны» становится непоколебимым. Это в свою очередь, ведет к неизбежности уголовной ответственности лиц, совершивших военные преступления и преступления против человечности как в условиях вооруженных конфликтов международного, так и немеждународного характера.

В свою очередь, решение СССЛ по амнистиям, предоставленным на основании Ломейского соглашения, представляет собой шаг в направлении отмены общих амнистий в отношении лиц, ответственных за преступления по международному праву. Оно стало вехой в развитии международного гуманитарного права. Отметим, что Апелляционная камера не рассматривала обязанность Сьерра-Леоне привлекать к ответственности и проводить расследование, свои заключения, основывая исключительно на принципе универсальной юрисдикции, тем самым вызвав немалые споры относительно правомерности такого подхода. Тем не менее, как было уже отмечено, такой подход определил некоторые направления развития международного гуманитарного права, указав на то, что амнистии не являются препятствием для привлечения к ответственности международным или иностранным судом.

Подводя итог, необходимо отметить, что международная практика, несомненно, развивается в направлении уменьшения различия между правом, применимым к сторонам международного конфликта, и правом, применимым к сторонам внутреннего конфликта. Следуя этому курсу, международные органы не должны стремиться к полной унификации положений регулирующих эти два типа конфликтов. Предпочтительнее, чтобы были приняты те нормы и принципы, которые существенны для специфических обстоятельств, существующих во внутренних конфликтах, и для сторон таких конфликтов, в частности вооруженных оппозиционных группировок.

В заключении, в подтверждении вышесказанного, приведем выдержки из документа «Международное гуманитарное право и проблемы, выдвигаемые со-

временными вооруженными конфликтами», подготовленного Международным Комитетом Красного Креста и представленного в рамках XXX-ой международной конференции Красного Креста и Красного Полумесяца, проходившей в Женеве с 26 по 30 ноября 2007 г. В разделе озаглавленном «Повышение уровня соблюдения международного гуманитарного права во время вооруженных конфликтов немеждународного характера», возьмем на себя смелость предположить, что МККК принял во внимание судебную практику международных трибуналов, предложив некоторые рекомендации по обеспечению соблюдения положений международного гуманитарного права во время вооруженных конфликтов немеждународного характера. Среди таковых числятся:

- заключение специальных соглашений между сторонами в вооруженном конфликте немеждународного характера, в рамках которого они **стороны** (выделено нами — В.Г.) обязуются безоговорочно соблюдать положения гуманитарного права (статья 3 общая для Женевских конвенций);
- односторонние заявления либо заявления о намерениях сделанные вооруженными группировками участниками вооруженного конфликта немеждународного характера, в рамках которого они **стороны** (выделено нами — В.Г.) обязуются соблюдать положения гуманитарного права;
- включение положений гуманитарного права в кодексы поведения, предназначенных для вооруженных группировок;
- ссылки на положения гуманитарного права в соглашениях по прекращению огня или по перемирию;
- усмотрение возможности предоставления амнистий в случаях простого участия в военных действиях (т.е. в отсутствии доказательств совершения военных преступлений).

Остается только надеяться, что предложения и выводы, сделанные МККК, станут своеобразным сдерживающим фактором и той необходимой предпосылкой для тех, кто, будучи участником вооруженного конфликта немеждународного характера, совершает военные преступления, надеясь при этом избежать наказания. В равной мере эти пожелания относятся и к судебной практике международных трибуналов рассмотренной нами в данном исследовании.

COMPETENȚA CONSULTATIVĂ A CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI CONFORM PROTOCOLULUI 16 AL CEDO



Olga BENEȘ, master în drept, lector superior

Le but du Protocole nr.16 est de permettre un dialogue entre les plus hautes juridictions nationales et la Cour, qui, d'une part, entrainerait le renforcement de l'interaction entre la Cour et les autorités nationales, et, d'autre part, la mise en œuvre de la Convention conformément au principe de subsidiarité. Le Protocole n.16 élargit la compétence de la Cour européenne des Droits de l'Homme par les avis consultatifs rendus sur demande d'une juridiction nationale concernant l'interprétation ou l'application de la Convention ou de ses protocoles dans le cadre d'une affaire particulière au niveau national.

Mots-clés : avis consultatif, principe de subsidiarité, juridiction nationale.

Scopul Protocolului nr.16 este de a permite un dialog între cele mai înalte jurisdicții naționale și Curte, care, ar aduce la consolidarea interacțiunii între Curte și autoritățile naționale pe de o parte și la punerea în aplicare a Convenției în conformitate cu principiul subsidiarității. Protocolul nr.16 extinde jurisdicția Curții europene a Drepturilor Omului prin emiterea avizelor consultative la cererea unei instanțe naționale cu privire la interpretarea sau aplicarea Convenției sau a protocoalelor sale în contextul unei cauze particulare la nivel național.

Cuvinte cheie: avis consultativ, principiul subsidiarității, jurisdicție națională.

Propunerea referitoare la lărgirea competenței Curții Europene cu privire la avizele consultative a fost lansată în Raportul adresat Comitetului de Miniștri de către Comitetul Înțelepților, inițiat în cadrul Planului de acțiune adoptat la cel de-al treilea Summit al șefilor de state și guverne a statelor membre ale Consiliului European (Varșovia 16-17 mai 2005). Comitetul Înțelepților a concluzionat că „ar fi util de instaurat un regim în cadrul căruia jurisdicțiile naționale ar putea sesiza Curtea cu cereri de avize consultative pe probleme juridice vizând interpretarea Convenției și a protocoalelor sale astfel încât să se favorizeze dialogul între judecători și să se consolideze rolul „constituțional al Curții”¹. O atare cerere de aviz, depusă doar de instanțele de ultim grad și jurisdicțiile constituționale ar avea caracter facultativ și avizul pronunțat de Curte n-ar avea caracter obligatoriu. Propunerea Comitetului Înțelepților a fost examinată de Comitetul Director pentru Drepturile Omului.

1 CM(2006)203, paragraful 135 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM%282006%29203&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>

În continuare, Conferința la nivel înalt de la Izmir cu privirea la viitorul Curții (26-27 aprilie 2011) în declarația sa finală a invitat Comitetul de Miniștri să reflecteze asupra oportunității de introducere a unei proceduri care să permită instanțelor naționale de cel mai înalt nivel de a solicita avize consultative în fața Curții cu privire la interpretarea și aplicarea Convenției, care ar contribui la clarificarea dispozițiilor Convenției și a jurisprudenței Curții și astfel ar furniza niște orientări suplimentare care să permită asistență Statelor Părți pentru a evita alte noi încălcări².

Chestiunea cu privire la avizele consultative a fost îndelung discutată în cadrul pregătirilor Conferinței la nivel înalt cu privire la viitorul Curții care a avut loc la Brighton (19-20 aprilie 2012) și în cadrul căreia Curtea a prezentat detaliat un „Document de reflecție asupra propunerii cu privire la lărgirea competenței consultative a Curții”³.

Declarația finală a Conferinței de la Brighton „notând că interacțiunea între Curte și autoritățile naționale ar putea fi întărită prin introducerea în Convenție a unei împuterniciri suplimentare a Curții, pe care statele părți ar putea accepta cu titlu opțional, de a emite la cerere avize consultative cu privire la interpretarea Convenției, în contextul unei cauze particulare la nivel național, fără a atinge caracterul neconstrângător ale avizelor în raport cu celelalte state părți. Astfel, Comitetului de Miniștri i-a fost propus să redacteze textul unui protocol facultativ la Convenție până în 2013 și să decidă asupra oportunității adoptării lui.

Chestiunile cheie tratate în cursul lucrărilor asupra textului protocolului au vizat: natura autorității naționale care să poată cere un aviz consultativ în fața Curții; tipul chestiunilor asupra cărora Curtea ar putea emite un aviz consultativ; procedura de examinare a cererii, de deliberare asupra unei cereri admise și de emiterie a avizelor consultative; cât și efectele juridice ale avizelor consultative asupra diferitor categorii de cauze ulterioare.

La invitația Comitetului de Miniștri, Adunarea Parlamentară a adoptat Avizul nr.285 (2013) cu privire la Proiectul de Protocol la 28 iunie 2013. În cadrul celei de-a 1176 reuniuni, Delegații Miniștrilor au examinat și decis de a adopta proiectul ca fiind cel de-al 16 Protocol al Convenției (STCE nr.214). În același timp s-a luat act de raportul explicativ la Protocolul nr.16.

Raportul explicativ la Protocolul nr.16 enunță și clarifică problematica principală a dispozițiilor Protocolului nr.16 la CEDO.

Astfel, Raportul⁴ expune trei parametri cheie a noii proceduri. În primul rând, odată ce el dispune că jurisdicțiile pertinente „pot” adresa Curții o cerere de aviz

2 CM/Del/Dec(2011)1114/1.5. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=StatRep01&Language=la nFrench&Ver=2011&Site=CM&ShowBanner=no&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

3 Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour. http://www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/documents/Court-Advisory-opinions_fr.pdf

4 Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Rapport explicatif. http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_FRA.pdf

consultativ, este clar că el este facultativ și că nu este obligatoriu ca instanțele s-o facă. În acest scop, trebuie de subînțeles că jurisdicția care a depus cererea poate s-o retragă. În al doilea rând, articolul 1 enumeră autoritățile naționale care pot cere un aviz consultativ în fața Curții „în calitate de cele mai înalte jurisdicții...”, astfel desemnate de [Înalta Parte Contractantă] în conformitate cu articolul 10⁴. Termenii „cele mai înalte jurisdicții” fac trimitere la instanțele care se află în vârful sistemului judiciar național. Cerința ca Înalta Parte Contractantă să desemneze care anume din instanțele sale cele mai înalte pot cere un aviz aduce flexibilitatea necesară pentru a ține cont de particularitățile sistemelor judiciare naționale. În plus, Raportul relevă că în virtutea articolului 10, o Înalță Parte contractantă poate în orice moment modifica desemnarea jurisdicției sale care va putea cere un aviz consultativ. Al treilea parametru se referă la natura întrebărilor pentru care o jurisdicție internă poate cere un aviz consultativ în fața Curții. Definiția „întrebări de principiu cu privire la interpretarea sau aplicarea drepturilor și libertăților definite de Convenție sau Protocoalele sale”,⁵ este cea care a fost utilizată de Comitetul Înțelepților iar apoi fundamentată de Curte în documentul său de reflecție și care apoi s-a inspirat de articolul 43 paragraful 2 al Convenției cu privire la retrimiteră în fața Marii Camere.

Paragraful 2 al articolului 1 cere ca cererea de aviz consultativ să fie făcută în cadrul unei cauze pendente în fața jurisdicției care examinează cererea. Procedura nu este destinată să permită examinarea teoretică a legislației care n-a fost aplicată într-o cauza pendente. Paragraful 3 al articolului 1 enunță unele condiții procedurale care trebuie să fie satisfăcute de jurisdicția care va depune cererea. Ele reflectă obiectivul procedurii care nu este de a transfera litigiul la Curte, dar de a-i oferi jurisdicției care a depus cererea, mijloacele necesare pentru garantarea respectării drepturilor Convenției la judecarea litigiului în instanță. Aceste exigențe urmăresc două obiective. În primul rând, ele implică faptul că jurisdicția care depune cererea să fi examinat necesitatea și utilitatea de a cere un aviz consultativ în fața Curții cu scopul de a fi în măsură să explice motivele care întemeiază această cerere. În al doilea rând, ele implică că jurisdicția care depune cererea să fi definit contextul juridic și factologic, astfel permițând Curții să se concentreze asupra chestiunii (ilor) de principiu cu privire la interpretarea sau aplicarea Convenției sau a protocoalelor sale.

Expunând contextul juridic și factologic pertinent, jurisdicția care depune cererea va trebui să prezinte următoarele:

- Obiectul cauzei la nivel național și faptele relevante pentru procedura internă, sau cel puțin
- Un rezumat al problemelor factologice relevante;
- Dispozițiile juridice interne relevante;
- Chestiunile relevante cu privire la Convenție, în special drepturile și libertățile puse în discuție;

5 Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour. http://www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/documents/Court-Advisory-opinions_fr.pdf

- Dacă aceasta este relevant, un rezumat al argumentelor părților la procedura internă cu privire la problema dată;
- Dacă aceasta este posibil și oportun, o expunere a propriei poziții asupra chestiunilor în discuție cât și orice analiză făcută de ea la acest subiect⁶.

În Avizul⁷ exprimat de Curtea Europeană, ea menționează că Curtea nu trebuie să controleze faptele sau legislația națională în cadrul procedurii în cauză, cu atât mai mult ei nu-i revine rolul să rezolve cauza pendinte în fața jurisdicției care a depus cererea respectivă.

Cererile vor fi adresate Curții în una din limbile de lucru ale Curții sau în limba oficială a procedurii la nivel intern. La acest aspect Curtea s-a referit în Avizul său notând că această cerință nu este indicată expres în textul Protocolului și o atare atitudine ar impune cheltuieli suplimentare de traducere, astfel că ar trebui de pus la dispoziția sa resursele financiare adecvate în acest scop⁸.

În același timp, articolul doi dispune că Curtea va avea putere discreționară de admisibilitate a cererii și decizia va fi luată de un colegiu din cinci judecători ai Marii Camere, în conformitate cu articolul 43 al Convenției, doar că contrar procedurii prevăzute la acest articol, colegiul trebuie să motiveze orice refuz de acceptare a unei cereri de aviz consultativ a unei jurisdicții interne, Curtea a menționat la acest subiect că „aceasta va duce la stabilirea unui dialog constructiv cu jurisdicțiile naționale doar că o atare motivare nu va fi foarte detaliată⁹”. Curtea va trebui să informeze Înalta Parte Contractantă respectivă cu privire la acceptarea oricărei cereri formulată de jurisdicțiile sale. Același articol 2 prin paragraful 2 indică că anume Marea Cameră pronunță avizele consultative în urma acceptării unei cereri de aviz consultativ de către colegiul din cinci judecători. Aceasta se justifică prin natura chestiunilor pentru care un aviz consultativ poate fi solicitat, prin faptul că doar cele mai înalte jurisdicții pot cere un aviz consultativ cât și de faptul similitudinii recunoscute între prezenta procedură și procedura de retrimiteră în fața Marii Camere în conformitate cu articolul 43 al Convenției. Se menționează că datorită naturii chestiunilor care vor fi puse în discuție, procedura dată va avea cea mai înaltă prioritate. Această înaltă prioritate se impune la toate etapele procedurii și la toate părțile care sunt implicate în cadrul ei, și anume, jurisdicția care trebuie să formuleze cererea precisă și completă, toți cei care ar putea eventual să prezinte observații scrise cât și să participe la audieri cât și înseși Curtea.

Articolul 2 mai stipulează că din colegiul și Marea Cameră face parte cu drept deplin și judecătorul ales în numele Părții Contractante a cărei jurisdicție a formulat cererea de aviz consultativ.

6 Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Rapport explicatif. http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_FRA.pdf

7 Avis de la Cour sur le projet de Protocole no16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_FRA.pdf

8 Idem

9 Idem

În continuare, articolul 3 vine să autorizeze Comisarul pentru drepturile omului a Consiliului European, cât și Înalta Parte contractantă a cărei jurisdicție a formulat cererea de aviz consultativ să prezinte observații scrise și să participe la audieri în fața Marii Camere cu privire la cererea respectivă. Intenția este ca Comisarul să aibă un drept echivalent, în virtutea Protocolului, de a participa la procedura avizului consultativ cât și să participe la o terță intervenție în cadrul unei proceduri în fața camerei sau Marii Camere, conform articolului 36 paragraful 3 al Convenției. Dispoziția din Protocol va avea același efect. În măsura în care procedura de aviz consultativ nu este contradictorie, nu este obligatoriu ca Guvernul să participe la ea, dar el își păstrează dreptul de a o face, ca și în cazul oricărei Înalte Părți contractante în cadrul unei proceduri inițiate de către unul din cetățenii săi împotriva unei alte Înalte Părți contractante (art.36 paragraful 1 al Convenției cu privire la terța intervenție). În același timp, Președintele Curții poate invita orice altă Înalță Parte contractantă sau persoană să prezinte comentarii scrise sau să ia parte la orice audiere, dacă aceasta este în interesul unei bune administrări a justiției. Este posibil ca părțile în cauză în contextul cărei a fost solicitat avizul consultativ să fie invitate să participe la procedură. Este de competența Curții să decidă dacă este cazul de ține o audiere cu privire la un aviz consultativ acceptată.

Articolul 4 paragraful 1 al Protocolului nr.16 cere ca Curtea să-și motiveze avizele consultative pronunțate în virtutea prezentului protocol, iar paragraful 2 al articolului 4 permite judecătorilor Marii Camere să pronunțe o opinie separată.

Articolul 4 mai cere ca Curtea să comunice avizele sale consultative atât jurisdicției care a formulat cererea cât și Părții Contractante cărei această jurisdicție aparține. Se poate întâmpla ca avizul să fie comunicat oricărei alte părți contractante care a luat parte la procedură conform articolului 3. Revenind asupra limbii de procedură se stabilește că în majoritatea cazurilor avizele consultative vor trebui admise în cadrul procedurilor care se desfășoară într-o limbă oficială a Înaltei Părți Contractante respective, care nu este nici engleza, nici franceza limbile oficiale ale Curții. Respectând faptul că nu există decât două limbi oficiale ale Curții, este important de subliniat sensibilitatea întrebării cu privire la limba avizelor consultative. Se cuvine de notat de asemenea că procedura internă care a fost suspendată nu poate fi, în mai multe sisteme juridice, continuată decât doar după traducerea avizului consultativ în limba jurisdicției care a formulat-o. La acest aspect Curtea ar putea coopera cu autoritățile naționale pentru elaborarea traducerii în timp util. În afară de aceasta, paragraful 4 al articolului 4 se referă la publicarea avizelor consultative care va fi efectuată de Curte conform practicii în cazuri similare și cu respectarea strictă a regulilor des confidențialitate aplicabile.â

În continuare, articolul 5 prevede că avizele n-au caracter de constrângere menționând că ele intervin în cadrul dialogului judiciar între Curte și jurisdicțiile interne și că jurisdicția care a formulat cererea de aviz decide asupra efectelor avizului consultativ în cadrul procedurii interne.

Faptul că Curtea a emis un aviz consultativ asupra unei chestiuni ridicate în cadrul unei cauze pendinte în fața unei jurisdicții a unei Înalte Părți contractante nu împiedică o parte în cauza dată să exercite în continuare, dreptul său de recurs individual în virtutea articolului 34 al Convenției, aceasta însemnând că ea poate depune oricând o cerere în fața Curții, Cu toate acestea, dacă o cerere este depusă în urma unei proceduri în cadrul căreia un aviz consultativ al Curții a fost urmat în mod efectiv este posibil ca elementele cauzei în legătură cu chestiunile tratate în avizul consultativ să fie declarate inadmisibile sau radiate de pe rol.

Avizele consultative pronunțate în conformitate cu prezentul protocol n-au nici un efect direct asupra altor cereri ulterioare. Totuși, ele sunt inserate în jurisprudența Curții alături de hotărârile și deciziile sale. Interpretarea Convenției și a protocoalelor sale conținută în aceste avize consultative este analogă în efectele sale elementelor interpretative stabilite de Curte în hotărârile și deciziile sale.

Mai apoi, articolul 6 reflectă faptul că acceptarea Protocolului este facultativă pentru Înaltele Părți contractante la Convenție. Prin urmare, el nu introduce noi dispoziții în Convenție a cărui text rămâne neschimbat. Dispozițiile sale nu sunt considerate articole adiționale ale Convenției decât pentru Înaltele Părți contractante care acceptă Protocolul a cărei aplicare este condiționată de toate celelalte articole ale Convenției. Se înțelege că această dispoziție, combinată cu articolul 58 din Convenție permite unei Înalte Părți contractante să denunțe Protocolul fără a denunța Convenția. Următoarele articole 7,8,9,10 și 11 se referă la modalitățile prin care o Înalță Parte poate fi legată prin prezentul Protocol a cărei intrare în vigoare este condiționată de 10 instrumente de ratificare fără însă a avea posibilitatea de a depune rezerve.

DREPT PUBLIC

PUBLIC LAW

LIMITAREA LIBERTĂȚII DE EXPRIMARE ÎN INTERESUL ÎNFĂPTUIRII JUSTIȚIEI



Serghei ȚURCAN, doctor în drept, conferențiar
universitar

Anatolie ȚIȘIANU, doctorand, ULIM

The study is devoted to the analysis of the exercise of freedom of expression in relation to the provision of justice. The circumstances in which freedom of expression can be limited in order to guarantee the independence and impartiality of judges are examined. In this context, the relevant jurisprudence of the European Court of Human Rights and important international documents regulating this area have been analyzed.

Keywords: freedom of expression, justice, judge, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, lawyer, prosecutor.

Studiul este dedicat analizei exercitării libertății de exprimare în raport cu asigurarea înfăptuirii justiției. Sunt examinate circumstanțele în care poate fi limitată libertatea de exprimare în vederea garantării independenței și imparțialității judecătorilor. În acest context a fost analizată jurisprudența relevantă a Curții Europene a Drepturilor Omului și importante documente internaționale care reglementează acest domeniu.

Cuvinte-cheie: libertatea exprimării, justiție, judecător, Convenția Europeană a Drepturilor Omului, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, avocat.

În sistemul separației și colaborării ramurilor puterii în stat în calitate de mecanism de „excludere a exercitării arbitrare a puterii“, de „protejare a poporului împotriva autocrației“¹ și condiție sine qua non a unui stat de drept în sensul art.1, alin. (3) al Constituției Republicii Moldova din 29.07.1994², autorității judecătorești îi revine un rol esențial în garantarea bunei funcționări a organelor statului, a respectării principiului legalității, a protecției drepturilor și libertăților fundamentale ale omului. Acționând ca un factor de echilibru între autoritatea legislativă și cea executivă, puterea judecătorească este chemată să repare orice eventuale disfuncționalități în sistemul separației ramurilor puterii, să permită prin mijloacele sale specifice, repararea unor nedreptăți, eliminarea oricăror abuzuri de putere, garantând

1 Garner B. A., Black's Law Dictionary, Seventh Edition, West Group, St. Paul, 1999, p. 1370.

2 Hotărârea Curții Constituționale nr. 22 din 05.09.2013 privind controlul constituționalității unor prevederi referitoare la imunitatea judecătorului, publicată în Monitorul Oficial, nr. 276-280 din 29.11.2013, §42-44, 51.

supremația legii și contribuind la făurirea unei imagini cu adevărat convingătoare cu privire la valorile democrației³.

Justiția este unul dintre pilonii care susține orice societate democratică, dar în același timp, este și un serviciu public al cărui principală misiune este aceea de a satisface interesele membrilor societății privind înfăptuirea justiției.

Buna funcționare a justiției în virtutea misiunii specifice pe care este chemată s-o îndeplinească trebuie să se bucure inter alia și de încredere publică — condiție necesară exercitării cu succes a atribuțiilor sale. Potrivit jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului (CtEDO), protecția acestei încrederi împotriva atacurilor distrugătoare, în esență nefondate, se dovedește a fi necesară și datorită obligației care le revine magistraților criticați, de a fi rezervați, fapt care-i împiedică de a reacționa⁴.

Libertatea presei într-o societate democratică este în asemenea grad importantă, încât aceasta poate justifica, într-o oarecare măsură, punerea în discuție a autorității și imparțialității justiției pe un ton polemic, chiar agresiv⁵. Or, această libertate nu poate afecta buna funcționare a justiției și nu poate fi exercitată în detrimentul dreptului terților la un proces echitabil.

Libertatea de exprimare nu este un drept absolut, „ea este însoțită de excepții care cer o interpretare restrânsă și nevoia de restrânge această libertate trebuie să fie stabilită de manieră convingătoare”⁶.

Adjectivul „necesar” în sensul art. 10, alin. (2) din Convenția Europeană pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale din 04.11.1950⁷ implică o „nevoie socială imperioasă”. Or, libertatea de exprimare în raport cu puterea judecătorească în partea ce ține de „imperativul păstrării încrederii societății în justiție, necesară exercitării prerogativelor de putere judecătorească”, poate fi supusă unor restrângeri, justificate de interesul general al unei bune funcționări a justiției în virtutea misiunii specifice a puterii judecătorești și importanța acesteia pentru edificarea unei societăți democratice⁸.

Necesită a fi reținut că orice persoană, fie chiar și jurnalist care-și exercită liber-

3 Duculescu V., Călinoiu C., Duculescu G., Constituția României comentată și adnotată, București: Lumina Lex, 1997, p. 376.

4 Curtea Europeană a Drepturilor Omului: Prager si Oberschlick c. Austriei, nr. 15974/90 din 26.04.1995, §34. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57926-#{“itemid“:\[“001-57926“\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57926-#{“itemid“:[“001-57926“]}).

5 Renucci J.-F., Tratat de drept european al drepturilor omului, București: Hamangiu, 2009, p. 201.

6 Sudre F., Marguenaud J.-P., Marile hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului, București: Rosetti Educational, 2009, p. 482; CtEDO: Stoll c. Elveției, nr. 69698/01 din 10.12.2007, §101, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83870>.

7 Convenția Europeană pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale din 04.11.1950. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E7126929-2E4A-43FB-ROU_CONV.pdf

8 Marile hotărâri ale CtEDO, p. 482; Stoll c. Elveției, §101.

tatea de exprimare, își asumă „datoriile și responsabilitățile“ care depind de utilizarea acestei libertăți și de procedeele tehnice folosite. Astfel, în ciuda rolului esențial care revine mass-mediei într-o societate democratică, jurnaliștii nu ar putea, în principiu, să fie excluși prin protecția pe care o oferă art. 10 din Convenția Europeană, de la obligația de a respecta legile. Aliniatul 2 al articolului 10 impune, de altfel limite în exercițiul libertății de exprimare, care rămâne valabilă chiar și atunci când este vorba de a dezvălui în presă chestiuni serioase de interes general.

Garanția dreptului libertății de exprimare, oferită jurnaliștilor, în ceea ce privește chestiuni de interes general, este subordonată condiției ca cei în cauză să acționeze cu bună-credință, pe baza faptelor exacte și să furnizeze informații „fiabile și precise“ cu respectarea deontologiei jurnalistice.

Aceste considerații joacă un rol particular în zilele noastre, ținând cont de puterea pe care o exercită mass-media în societatea modernă, pentru că nu numai îi informează pe oameni, ci poate în același timp *sugera*, prin modalități de prezentare a informațiilor, cum ar trebui destinatarii să le aprecieze⁹.

Eminența libertății de exprimare nu face din ea o libertate nelimitată. Ea autorizează restricții, motivate de grija de a proteja interesul general, alte drepturi individuale sau *autoritatea și imparțialitatea puterii judiciare*¹⁰. În acest sens, ingerința admisă în exercițiul libertății de exprimare, trebuie să corespundă „unei nevoi sociale suficient de imperioase pentru a prima interesul public care este atașat libertății de exprimare și să fie proporțională cu scopul urmărit“¹¹.

Reținând esența garanțiilor acordate libertății de exprimare în calitate de valoare fundamentală a unei societăți democratice, scopul acestui drept, precum și exigențele de admisibilitate a ingerinței în raport cu interesul examinat — buna funcționare a justiției în sensul protejării atributului indispensabil exercitării prerogativelor de putere judecătorească — „*încrederea publică*“, împotriva atacurilor distrugătoare, decurgând din exercitarea dreptului la libertatea de exprimare, se impun tratamente diferențiate subiecților exercitării libertății de exprimare în raport cu justiția.

Rolul justiției într-un stat democratic și statutul funcționarilor, auxiliarii justiției și mass-media, impun anumite restricții și exigențe libertății de exprimare la adresa justiției, necesitatea fiind justificată de interesele bunei administrări a justiției.

Funcționarii. Potrivit jurisprudenței CtEDO, un stat democratic are dreptul de a cere de la funcționarii săi să fie loiali principiilor constituționale pe care statul se bazează¹² și în acest sens le poate fi cerută acceptarea limitării libertății de exprimare în interesul unei bune funcționări a justiției.

Obligația de rezervă impusă funcționarilor este analizată în jurisprudența europeană, drept obligație de neutralitate politică lăsându-se statelor „o anumită marjă

9 Marile hotărâri ale CtEDO, p.483, Stoll c. Elveției, §103-104.

10 Marile hotărâri ale CtEDO, p. 487, Sunday Times c. Marii Britanii, nr. 6538/64 din 26.04.1979, §61, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57584>

11 Idem; Sunday Times c. Marii Britanii, nr. 6538/64 din 26.04.1979, § 67.

12 Marile hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului, p. 510.

de apreciere“. De fapt este vorba de o obligație de loialitate politică impusă funcționarilor publici, statul democratic fiind îndrituit să asigure respectarea principiilor democrației și ale statului de drept de către funcționarii săi¹³.

Iminența independenței justiției și încrederea de care trebuie să se bucure justiția cu titlu de condiție necesară unei realizări eficiente a atribuțiilor, justifică necesitatea solicitării oricărui funcționar care intervine cu declarații publice la adresa justiției reprezentând acte de „*influență improprie*“ loialitatea principiilor constituționale ale statului. Or, în temeiul principiului separării ramurilor puterii în stat, „*influența improprie*“ la adresa justiției din partea oricărui funcționar va echivala unei uzurpări a independenței instituționale a justiției sau individuale a judecătorului, motiv din care limitarea libertății de exprimare în interesul bunei administrări a justiției este justificată în termenii standardelor europene instituite de CtEDO¹⁴.

În acest sens, necesită a fi menționat că declarațiile unui lider de partid aflat la guvernare precum că în stat nu există justiție, reprezintă în esență un atentat inadmisibil la adresa justiției, afectându-se imaginea acesteia și încredere publicului, atribute necesare exercitării prerogativelor judiciare, urmează a fi supusă unui tratament similar celui impus persoanelor cu statut de funcționar. În speță, limitarea libertății de exprimare își găsește justificare în principiul separării ramurilor puterii în stat și necesitatea promovării principiilor democratice de guvernare. Or, este de datoria tuturor guvernelor și a celorlalte instituții de a respecta și supraveghea independența corpului de judecători¹⁵.

Autoritatea și încrederea pe care o poate inspira un funcționar public în virtutea statutului îi pot servi acestuia în calitate de mijloc de exercitare a presiunilor în privința justiției, sugerând publicului neîncrederea în justiției, făcând uz în acest sens de libertatea de exprimare. Or, în această situație, libertatea de exprimare a subiectului cu statut special va implica încălcarea principiului separării ramurilor puterii în stat, limitarea libertății de exprimare fiind justificată de necesitatea inadmisibilității influenței justiției de către politic.

Accesorii justiției. Potrivit Declarației „Judecători și procurori într-o societate democratică“, adoptată la Bordeaux la 20.09.2009 de către Consiliul Consultativ al Judecătorilor Europeni și Consiliul Consultativ al Procurorilor Europeni¹⁶ și Avizului consultativ nr. (2013) 16 din 01.10.2013 al Consiliul Consultativ al Judecătorilor Europeni privind relațiile dintre judecători și avocați în vederea asigurării calității

13 Sudre F, Dreptul European și Internațional al Drepturilor Omului, Iași: Polirom, 2006, p. 363.

14 Schopfer c. Elveției, nr. 56/1997/840/1046 din 20.05.1998, § 33, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58167>

15 Principiile de bază ale independenței justiției, aprobate prin rezoluțiile Adunării Generale ONU 40/32 din 29.11.1985 și 40/146 din 13.12.1985, pct. 1, <http://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2013/08/Principii-27-08.doc>

16 Declarația de la Bordeaux „Judecători și procurori într-o societate democratică“, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1543897&Site=COE>

și eficienței justiției¹⁷, atât procurorii, cât și avocații sunt recunoscuți în calitate *auxiliari ai justiției* și potrivit statutului au obligația de a se conforma unui standard de comportament dictat de interesul unei bune administrări a justiției, atât în relație cu instanța, cât și în relațiile cu clienții sau interesul în care acționează.

Judecătorii și avocații au fiecare propriul lor set de principii deontologice. Cu toate acestea, mai multe principii etice sunt comune judecătorilor și avocaților, precum respectul legii, secretul profesional, integritatea și demnitatea, respectul pentru justițiabili, competență, echitate și respect reciproc. Principiile etice ale judecătorilor și avocaților ar trebuie să se refere și la relațiile dintre cele două profesii¹⁸.

În literatura de specialitate se menționează, făcând trimitere la jurisprudența CtEDO că „limitele libertății de exprimare a apărătorului trebuie să fie compatibilă cu contribuția adusă de avocați încrederei în serviciul public al justiției“. Astfel, imperativele bunei administrări a justiției prevalează asupra interesului general al dezbaterii publice și asupra funcționării puterii judecătorești, Curtea europeană pare să dorească ca avocații să nu folosească libertatea de exprimare ca strategie procedurală în beneficiul clienților lor în afara sălilor de judecată, sau dacă este cazul s-o folosească cu precauție¹⁹.

Jean-François Renucci, menționează că forța libertății de exprimare a avocaților contrastează în mod singular cu ce a jurnaliștilor, cu toate că rolul acestora într-o democrație este la fel de important, avocații nu dispun decât de o libertate de „gradul al doilea“²⁰.

Astfel, avocații în calitatea lor de auxiliari ai justiției, având în virtutea statutului obligația naturală de a contribui la buna funcționare a justiției și implicit la încrederea pe care trebuie s-o inspire publicului, acceptând statutul de avocat, deliberativ își asumă și obligațiile aferente, inclusiv limitările libertății de exprimare în raport cu sistemul judiciar și membrii corpului judiciar în măsura în care sunt justificate de interesele bunei funcționări a justiției. Or, interesele justiției trebuie să prevaleze în raport cu drepturile avocatului — auxiliar al justiției privind libertatea de exprimare în calitate de avocat în afara „sălii de judecată“.

Curtea Europeană în cauza Schopfer c. Elveției a statuat *inter alia* că „statutul special al avocatului îi acordă o poziție centrală în administrarea justiției în calitate de intermediar între public și instanțe. O asemenea poziție explică restricțiile uzuale impuse comportamentul membrilor Uniunii Avocaților. Reținând rolul avocatului în domeniul administrării justiției, este legitim de a miza pe contribuția acestora la înfăptuirea corespunzătoare a justiției și în acest sens de a menține încrederea publicului în justiție“²¹.

17 Avizului consultativ privind relațiile dintre judecători și avocați în vederea asigurării calității și eficienței justiției, http://unbr.ro/ro/wp-content/uploads/2014/05/Avizul_nr_16_Consiliul_Consultativ_Judecatori_Europeni-2013.pdf

18 Ibidem, pct. 19, 20.

19 Renucci J.-F., op. cit., p. 202.

20 Idem, p. 201.

21 Schopfer c. Elveției, nr. 56/1997/840/1046 din 20.05.1998, § 29.

Misiunea avocatului într-o societate bazată pe respectul față de justiție nu se limitează la executarea fidelă a unui mandat în cadrul legii, respectul față de statul de drept și contribuția la o bună administrație a justiției²² sunt principiile fundamentale ale avocatului european, principii care impun acestora *inter alia* abținerea de la critici abuzive față de colegi, a judecătorilor individuali și a procedurilor și hotărârilor judecătorești, pentru a menține autorității și imparțialității puterii judecătorești²³.

Avocații dispun de dreptul de a se exprima în mod public cu privire la funcționarea justiției, critica nu trebuie însă să depășească anumite limite. În acest sens, urmează să se țină cont de echilibru care trebuie să existe între diferitele interese implicate, printre care figurează dreptul publicului de a fi informat asupra aspectelor care se referă la funcționarea puterii judiciare, imperativele unei bune administrări a justiției și demnitatea profesiei de avocat²⁴.

De asemenea libertatea de exprimare a avocaților exercitată în afara procedurilor legale puse la dispoziția acestora, urmează a fi examinată prin prisma inadmisibilității utilizării libertății de exprimare în detrimentul dreptului la un proces echitabil sau utilizarea acesteia în calitate de mijloc de promovare a intereselor în justiție.

Criticile la adresa magistraților, presiunile publice exercitate de avocați, prin intermediul mass-media, afectează aparențele de imparțialitate ale judecătorului și implicit dreptul la un proces echitabil în sensul art. 6 al Convenției Europene, precum și aparent sensibilizează perceperea avocaților în calitate de autor al criticilor de către judecători în detrimentul principiului egalității armelor și încrederii în justiție.

Limitările libertății de exprimare a avocaților nu se referă la activitățile legate nemijlocit de exercitarea profesiei conforme standardelor profesionale, vizând atât procedurile în fața instanțelor de judecată, cât și procedurile extrajudiciare, exercitate de către avocați în conformitate cu prevederile legale. Libertatea de exprimare a avocaților este totală în instanța de judecată și în cadrul procedurilor legale, statului în vederea asigurării independenței profesiei de avocat revenindu-i obligația de a garanta avocaților imunitate civilă și penală în legătură cu declarațiile făcute în cadrul exercitării profesiei de avocat. Or, posibilitatea aplicării unor sancțiuni poate avea un efect de natură descurajantă²⁵ asupra apărătorilor care trebuie să-și apere clienții cu riscul suportării unor sancțiuni în cazul în care prestația acestora este percepută ca fiind necorespunzătoare din punct de vedere a limitelor admisibile a

22 Carta principiilor fundamentale ale avocatului european, adoptată de Consiliul Barourilor și al Societăților de Drept din Europa la 25.11.2006, lit. „I”, http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Codul_Deontologic_fi31_1253625489.pdf

23 Avizului consultativ privind relațiile dintre judecători și avocați în vederea asigurării calității și eficienței justiției, pct. 25.

24 CtEDO: *Amihalachioaie c. Republicii Moldovai*, nr. 60115/00 din 20.04.2004, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61716>; *Schopfer c. Elveției*, nr. 56/1997/840/1046 din 20.05.1998.

25 CtEDO: *Kyprianou c. Ciprului*, nr. 73797/01 din 15.12.2005, §181, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-71671>.

libertății de exprimare, de instanța sau autoritatea în față căreia pledează pentru apărarea drepturilor și intereselor clientului său.

Procurorul, având același statut de auxiliar al justiției, trebuie să se abțină de la a face comentarii și afirmații publice care pot crea impresia exercitării unei presiuni directe sau indirecte asupra instanței în vederea pronunțării unei anumite soluții sau care pot afecta negativ echitatea procedurii judiciare²⁶. Or, în privința procurorilor, reținând statutul acestora, pe lângă standardele de conduită în calitate de auxiliar al justiției se aplică și standardele de comportament impuse funcționarilor.

Mai mult decât atât, prerogativele acestora în domeniul procedurilor penale, aplicabile și în privința judecătorilor, determină iminența abținerii necondiționate de la declarații publice la adresa justiției în vederea respectării atât al interesului justiției, cât și a drepturilor justițiabililor la un proces echitabil.

Mass-media. Libertatea de exprimare constituie unul dintre aspectele esențiale ale unei societăți democratice, una dintre condițiile primordiale ale progresului și dezvoltării fiecăruia. Sub rezerva alin. (2) al art. 10 din Convenția Europeană, ea se aplică nu numai „informațiilor” sau ideilor dobândite în mod favorabil sau considerate ca inofensive sau indiferente, ci și acelora care *lezează, șochează și neliniștesc*: această manieră este dorită de pluralismul, toleranța și spiritul de deschidere, fără de care nu există „societate democratică”²⁷.

Astfel, reținând esența garanțiilor acordate libertății de exprimare în calitate de valoare fundamentală a unei societăți democratice, scopul acestui drept, precum și exigențele de admisibilitate a ingerinței în raport cu interesul abordat — buna funcționare a justiției în sensul protejării atributului indispensabil exercitării prerogativelor de putere judecătorească — „*încrederea publică*”, împotriva atacurilor distrugătoare, decurgând din exercitarea libertății de exprimare, pot fi desprinse următoarele principii aplicabile în privința inadmisibilității exercitării libertății de exprimare în detrimentul interesului justiției:

- exercitarea dreptului la libertatea de exprimare în detrimentul altor drepturi fundamentale;
- exercitarea dreptului la libertatea de exprimare în alte scopuri decât cele în care a fost instituit.

Ambele principii de abordare a limitării exercițiului dreptului la libertatea de exprimare în raport cu interesele justiției își găsesc inter alia fundamentarea juridică în reglementările prevăzute la art. 17 din Convenția Europeană. Or, potrivit prevederilor art. 17 din Convenție, nici o dispoziție din Convenție nu poate fi interpretată ca autorizând un Stat, un grup sau un individ de a desfășura o activitatea sau de a îndeplini un act în scopul distrugerii drepturilor sau libertăților recunoscute de Convenție, sau al unei mai ample limitări a acestor drepturi și libertăți decât cele prevăzute de convenție²⁸.

26 Declarația de la Bordeaux „Judecători și procurori într-o societate democratică”, pct. 42.

27 Marile hotărâri ale CtEDO, p. 482; Stoll c. Elveției, nr. 69698/01 din 10.12.2007, §101.

28 Reid K., A practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights, 2nd Edition, Thomson Sweet&Maxwell, p. 318-319.

Astfel, în situația în care atât o persoană individuală, cât și mass-media, aparent dezinteresată într-un anumit proces judiciar expune public critici, inclusiv manipulatorii la adresa unei instanțe de judecată sau a unor judecători care examinează sau au examinat o cauză, făcând referiri la această cauză, aflată în curs de examinare, exercițiul libertății de exprimare urmează a fi calificat drept „*influență improprie la adresa justiției*” având drept consecință „*distrugerea*” dreptului la un proces echitabil a părților implicate în acel proces. Remarcăm faptul că *o cauza se află în curs de examinare* până la epuizarea căilor ordinare de atac. Criticile publice la adresa soluțiilor instanțelor ierarhic inferioare pot influența într-o manieră inadmisibilă din punct de vedere a exigențelor unui proces echitabil instanța ierarhic superioară chemată să se expună pe marginea unui recurs sau apel. Or, instanța ierarhic superioară, chiar și dacă nu este supusă direct criticilor, cu ocazia examinării unui recurs este implicit pusă *inter alia* în situația de a-și însuși sau nu criticele la care este supusă instanța care adată soluția judiciară dedusă judecății în cadrul procedurii de contestare.

Specificul unui proces judiciar, în care părțile de regulă au interese contradictorii, intervenția cu critici opinii, sugestii, declarații, pronosticuri judiciare exprimate în mod public, având drept finalitate influențarea instanței de a acționa într-un anumit mod, sau având caracter manipulator, de „*presiune publică*” în favoarea oricărei dintre părți sau chiar și a „*interesului public*” în timp ce cauza se află în curs de examinare, dezavantajează partea adversă, fapt care conduce în consecință la încălcarea dreptului la un proces echitabil în sensul art. 6 din Convenția Europeană. Or, „*influența*” judecătorilor potrivit exigențelor unui proces echitabil nu poate avea loc decât în cadrul „*sălii de judecată*” și conform regulilor de procedură stabilite.

În cauza „Norma Telecom” S.R.L. c. Ministerul Finanțelor și alții²⁹, Curtea Supremă de Justiție a reținut exercitarea de către Jurnal TV a libertății de exprimare în detrimentul bunei funcționări a justiției, în speță prerogativele Curții de Apel Chișinău, motiv pentru care a fost strămutată examinarea cauzei la Curtea de Apel Cahul. Or, influințele mediatice exercitate la adresa judecătorilor Curții de Apel Chișinău, au pus instanța în imposibilitatea exercitării prerogativelor puterii judecătorești, „*creîndu-se o imagine denaturată*” reprezentând în esență „*distrugerea*” încrederii publice în justiție și afectării aparențelor de imparțialitate, necesare asigurării dreptului la un proces echitabil.

De fapt, în cauza menționată acționându-se în interesul justiției, Curtea de Apel Chișinău a fost dezinvestită de la examinarea cauzei cu care a fost investită în conformitate cu prevederile legislației în vigoare³⁰. Or, în speță libertatea de exprimare

29 Încheierea Curții Supreme de Justiție din 26.03.2014, dosar nr. 2ac-57/14, http://jurisprudenta.csj.md/search_col_civil.php?id=8640

30 În conformitate cu prevederile art. 32 din Codul de Procedură Civilă al Republicii Moldova nr. 225 din 30.05.2003, nimeni nu poate fi lipsit fără consimțământul său, de dreptul la judecarea cauzei sale de către instanța sau de judecătorii în a căror competență pricina respectivă este dată prin lege, cu excepția cazurilor expres stabilite de legea procesuală civilă. În acest sens, ingerința în dreptul părților garantat de legea procesuală s-a realizat în temeiul „abuzului de

a fost exercitată în detrimentul dreptului la un proces echitabil al S.R.L. „Norma Telecom“ și al intereselor justiției.

Cel de-al doilea principiu de a aborda a inadmisibilității exercitării dreptului la libertatea de exprimare în detrimentul justiției, desprins din interdicția *abuzului* de drepturi garantate la nivel internațional în calitate de valori fundamentale ale unei societăți democratice vizează, utilizarea libertății de exprimare în calitate de instrument de apărare a intereselor în cadrul unui proces judiciar. Or, drepturile și libertățile nu pot fi exercitate în alte scopuri decât cele în care au fost instituite de lege.

În acest sens, necesită a fi reținut că potrivit principiului inadmisibilității altor influențe a „*opinie*“ judecătorului decât în cadrul instanței de judecată și potrivit regulilor stabilite, uzul libertății de exprimare, de către persoanele care au un interes direct sau indirect în proces sau acționându-se în interesul terțelor, interesate într-un anumit proces, este contrară intereselor justiției și potrivit principiului „*iminenței necesității*“ și „*justului echilibru*“ dintre interesele puse în joc, interesul justiție urmează să prevaleze. Or, justiția este cea care garantează libertatea de exprimare și fără de care acest drept nu poate supraviețui, reținând specificul acestuia de a „șoca“, „nemulțumi“ și chiar „ofensa“.

Libertatea de exprimare a mass-media poate fi exercitată ulterior înfăptuirii justiției, „după ce justiția și-a spus cuvântul“. Or, viceversa în virtutea intereselor puse în joc, nu poate funcționa.

Asigurarea unui just echilibru între interesele justiției și cel al libertății de exprimare urmează a fi realizat pe baza unor criterii obiective, rezonabil fundamentate din punct de vedere al necesității. Excluderea abuzului de drept în sensul utilizării libertății de exprimare în detrimentul justiției sau în calitate de instrument inadmisibil de promovarea a intereselor în cadrul unui proces judiciar nu poate fi realizat exclusiv din contul libertății de exprimare, limitarea exercițiului dreptului la libertatea de exprimare, urmează a fi apreciată în dependență de iminența necesității limitării libertății de exprimare care se consumă odată cu finisarea examinării cauzei. Or, judecătorii în virtutea statutului trebuie să fie toleranți și imuni la critici sau publicități³¹, limitarea exercitării libertății de exprimare în timp ce cauza se află spre examinare fiind necesară asigurării aparențelor de independență și imparțialitate a judecătorilor în calitate de condiție *sine qua non* a unui proces echitabil.

Potrivit avizului consultativ nr. 10 (2007) referitor la Consiliul Justiției în serviciul societății, adoptat de Consiliul Consultativ al Judecărilor Europeni la 23.11.2007³²,

drept“ a terțului — Jurnal TV. Reglementări similare se conțin și în Recomandarea nr. (2010) 12 cu privire la judecători: independența, eficiența și responsabilitățile, adoptată la 17.11.2010 de către Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei, pct. 9, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1710365&Site=CM>.

31 Comentariul Principiilor de la Bangalore privind conduita judiciară, <http://cj.md/uploads/PRINCIPIILE-DE-LA-BANGALORE.pdf>

32 Avizului consultativ nr. 10 (2007) referitor la Consiliul Justiției în serviciul societății, adoptat de Consiliul Consultativ al Judecărilor Europeni la 23.11.2007, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1254135&Site=COE>

atunci când un judecător sau o instanță este contestat sau atacat de mass media (sau de actori politici — sau alții — ai societății, prin intermediul mass media) judecătorii implicați ar trebui să se abțină de la a reacționa folosind aceleași canale, dar că ar fi de dorit ca Consiliile Justiției sau o autoritate judiciară să poată să reacționeze în mod rapid și eficient la asemenea contestații sau atacuri, dacă este nevoie.

Consiliile Justiției trebuie să fie abilitate nu numai să-și expună public punctul de vedere, ci și să facă toate demersurile utile pe lângă public, autorități publice și, atunci când este necesar, instanțe pentru a apăra reputația instituției judiciare și/sau a membrilor săi.

Consiliile Judiciare ar putea fi organul capabil să joace un rol mai amplu în protecția și promovarea imaginii justiției, acest rol implicând găsirea unui echilibru între, pe de o parte, drepturile și libertățile aflate în conflict, actorii sociali și politici și mass media și, pe de altă parte, interesul public pentru o funcționare independentă și eficientă a sistemului judiciar.

Obligația de apărare a intereselor justiției, inclusiv al imaginii și încrederii publicului în justiție nu se limitează doar la atacurile directe la adresa justiției, aceasta include și apărarea fiecărui judecător în parte, chiar dacă vizează persoana judecătorului. Misiunea specifică pe care o are un judecător, determină necesitatea unei protecții adecvate din partea autorității de autoadministrare judecătorească în scopul creării condițiilor necesare realizării atribuțiilor cu care este investit în virtutea funcției, independența, imparțialitatea și integritatea fiind pilonii unei justiții profesionale, competente, eficiente și prietenoase, stabilitatea acestor piloni fiind în zona de preocupare a autorității de autoadministrare judiciară.

Libertatea de exprimare nu conferă protecție funcționarilor, auxiliarilor justiției sau mass-media în cazul în care aceasta este utilizată în cadrul unor strategii de apărare în afara procedurilor legale, influență a instanței, distrugerea dreptului la un proces echitabil a terților, în calitate de mijloc de răzbunare a justițiabililor dezamăgiți sau declanșarea unor atacuri mediatice la adresa justiției având drept finalitate lipsirea acestora de atributele necesare exercitării prerogativelor judecătorești sau sensibilizarea magistraților în raport cu anumiți actori având direct sau indirect interese în justiție.

ABUZUL DE DREPT ÎN DREPTUL CIVIL

Dumitru BALTAG, doctor habilitat în drept, profesor universitar
George TRAGONE, doctorand, ULIM

The idea to respect the purpose subjective right is clear from art.55 of the Moldovan Constitution, which disputes that „Any person exercising constitutional rights and freedoms in good faith without infringing the rights and freedoms of others“. Abuse of rights theory was developed first in civil law. Starting from the reality that civil law regulates the relations of property and nonproperty established between individuals and legal persons on an equal legal footing and that these rights can be exercised in violation of limits outlined according to their economic and social order, legal literature of speciality treated this subject in contents of many works.
Keywords: civil law, subjective right, subjective exercise of subjective rights, legal use, abuse of law.

Ideia respectării finalității dreptului subiectiv reiese din art.55 al Constituției Republicii Moldova, care dispute că „Orice persoană își exercită drepturile și libertățile constituționale cu bună-credință fără să încalce drepturile și libertățile altora“. Teoria abuzului de drept a fost dezvoltată la început în materia dreptului civil. Pornindu-se de la realitatea că dreptul civil reglementează raporturile patrimoniale și nepatrimoniale stabilite între persoanele fizice și persoanele juridice aflate pe poziții de egalitate juridică și că aceste drepturi pot fi uneori exercitate cu încălcarea limitelor conturate potrivit cu scopul lor economic și social, literatura juridică de specialitate a tratat în cuprinsul a numeroase lucrări această temă.
Cuvinte cheie: drept civil, drept subiectiv, exercitarea drepturilor subiective, uz de drept, abuz de drept.

Teoria abuzului de drept a fost dezvoltată la început în materia dreptului civil . Pornindu-se de la realitatea că dreptul civil reglementează raporturile patrimoniale și nepatrimoniale stabilite între persoanele fizice și persoanele juridice aflate pe poziții de egalitate juridică și că aceste drepturi pot fi uneori exercitate cu încălcarea limitelor conturate potrivit cu scopul lor economic și social, literatura juridică de specialitate a tratat în cuprinsul a numeroase lucrări această temă¹.

În România, studiile doctrinare și soluțiile jurisprudențiale privind abuzul de drept sunt fundamentate pe dispozițiile art. 1 și 3 din Decretul nr.31/1954, prevederile constituționale la art. 57 și Codul civil. Vechiul Cod civil, în vigoare încă din 1865

1 C.M. C. Ailoe (Ignatescu). Abuzul de drept. Teză de doctorat. Timișoara, 2010. p.213.

și pînă în 2011, nu avea rezervat un text anume pentru materia abuzului de drept. În cazul în care se produceau prejudicii erau invocate dispozițiile art. 998-99 Cod civil, privind o răspundere civilă delictuală².

Deci, vechiul Cod civil român nu conținea o definiție „propriu-zisă” a abuzului de drept, spre deosebire de reglementări exprese din alte sisteme de drept. În acest sens, arătăm faptul că în Codul civil german (BGB) § 226 dispune: „*exercițiul unui drept nu este permis atunci când el nu poate avea alt scop decât acela de a cauza o daună altuia*”. § 826 din același act normativ instituie regula generală aplicabilă răspunderii delictuale: „*Oricine în mod intenționat cauzează o daună altuia într-un mod care aduce atingere bunelor moravuri, este obligat față de acesta la repararea daunei*”. Dispoziții similare sunt cuprinse în art.2 alin.1 și 2 Cod civil elvețian potrivit cărora: „Fiecare este ținut să exercite drepturile sale și să execute obligațiile potrivit regulilor bunei-credințe. Abuzul manifest al unui drept nu este proteguit de lege³.

Reglementarea abuzului de drept în legislația română are loc mai târziu prin art.15, din Titlul Preliminar al noului Cod civil român consacrat Legii civile, care reprezintă, fără îndoială, în opinia autorului L Boilă, un element progresist, remarcabil în evoluția legislației civile. Potrivit acestor dispoziții: „*Niciun drept nu poate fi exercitat în scopul de a vătăma sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe*”. Prin art.1353 noului Cod civil a fost consacrat în mod expres „exercițiului drepturilor” în conformitate cu scopul economic și social în vederea căruia au fost legal recunoscute, ca fiind o cauză de natură să înlăture caracterul ilicit al unei fapte delictuale, cu excepția cazului în care dreptul este exercitat abuziv⁴.

După adoptarea noului Cod civil român, textul s-a modificat prin Legea de punere în aplicare. Inițial textul art.1353 avea următorul conținut: „*Cel care cauzează un prejudiciu prin chiar exercițiul drepturilor sale nu este obligat să îl repare, cu excepția cazului în care a săvârșit fapta cu intenția de a-1 vătăma pe altul*”.

Se poate observa că buna-credință joacă un rol esențial în definirea abuzului de drept, încălcarea acesteia reprezentînd, imboldul punerii în funcțiune a mecanismului abuzului de drept. Intenția este într-adevăr lăudabilă, deoarece se cerea un progres în acest sens, însă, includerea în text a cuvîndului „nerezonabilă”, conform opiniei mai multor autori⁵ la care ne raliem și noi, o găsim a fi inoportună datorită faptului că nu clarifică sau cel puțin nu ușurează întru totul sarcina, calificării unei fapte aparținînd proprietarului ca fiind un act abuziv sau nu. De aceea, se impune înlăturarea acestui termen sau înlocuirea lui cu altul mai precis sau mai explicit.

2 G. Tragone. Abuzul de drept în lumina Noului Cod Civil. În: Legea și viața, nr. 7, 2012. p.44.

3 L.R. Boilă. Argumente privind consacrarea abuzului de drept ca o ipoteză distinctă de răspundere civilă în dreptul român. În: Pandectele române, nr. 3, 2011. p.30.

4 Ibidem.p.31.

5 A. Ruen. Inconveniențele anormale de vecinătate — evoluției și perspective. În: Studia jurisprudențială, nr. 4, 2010. p.34.

Aceasta, din cauza tendinței exclusiviste, mai mult psihologică decât juridică, a dreptului de proprietate care a impus necesitatea determinării exacte a liniei de demarcație dintre „puterile cuprinse în dreptul subiectiv al unei persoane”⁶ și punctul de unde începe dreptul subiectiv al altei persoane, astfel că, în anumite împrejurări, răspunderea proprietarului pentru prejudiciile cauzate terților în exercitarea dreptului său poate fi întemeiată pe teoria abuzului de drept, însă eficiența aplicării acestei teorii depinde de criteriul avut în vedere pentru stabilirea caracterului abuziv al dreptului de proprietate ca drept subiectiv. Caracterul abuziv este evidențiat ca urmare a încălcării limitelor dreptului de proprietate. Limitele externe despart sfera juridică în care dreptul de proprietate există de zona inexistenței dreptului, prima incluzând atât limitele materiale ale exercitării dreptului de proprietate, cât și limitele legale sau cele stabilite de însuși proprietarul, indiferent dacă acestea urmăresc restrângerea întinderii bunului ca obiect al dreptului de proprietate sau restrângerea atributelor sale. Limitele interne, vin să completeze aria de incidență a limitelor externe, conturând sfera în care dreptul de proprietate este exercitat în mod normal, încălcarea acestor limite declanșând mecanismul juridic al abuzului de drept⁷.

Cu toate acestea, autorul S. Neculăescu, încercând să anticipeze impactul pe care aceste prevederi îl vor avea asupra soluțiilor jurisprudențiale, constată faptul că reglementarea abuzului de drept în noul Cod civil român este, într-o anumită privință, contrară orientării actuale din dreptul civil european către o fundamentare obiectivă a acestei ipoteze de răspundere care are în vedere exclusiv încălcarea finalității exercițiului dreptului subiectiv, independentă de poziția subiectivă a autorului. Contrar imperativului major al asigurării premizelor normative principalelor institutii ale dreptului civil în conținutul noului Cod civil, definiția abuzului de drept — concepută într-o formulare negativă (nefericită) — stabilește anumite repere, fără, însă a face precizări clare, exprese cu privire la natura juridică și condițiile necesare angării răspunderii civile, în asemenea situații. Pe bună dreptate, apreciem și noi. Alături de alți autori, că dispozițiile noului Cod civil în acest domeniu nu pot decât să declanșeze „ambiguități ale teoriei abuzului de drept”⁸, care, în loc să ofere jurisprudenței un cadru juridic suplă, unitar și complet, adâncește starea de confuzie cu care ne confruntăm în prezent, în absența unor prevederi speciale. Mai mult decât atât, viitoarea reglementare agravează într-un mod nejustificat situația victimei abuzului, care este obligată, la fel ca și în cazul răspunderii delictuale, să dovedească vinovăția persoanei responsabile, existând pericolul de a suporta în mod injust consecințele fără a avea la dispoziție un alt remediu juridic. Modul de formulare a textului legal conduce la ideea că poate fi antrenată obligația restabilirii situației anterioare numai atunci când se face dovada intenției și a scopului urmărit de către făptuitor, de prejudiciere sau vătămare a victimei, ceea ce exclude posibilitatea asimilării acestei

6 M. Contacuzino. Elementele dreptului civil. București: Cartea românească, 1921.

7 A. Ruien. Op. cit., p.34.

8 S. Neculăescu. Ambiguități ale teoriei abuzului de drept. În: Dreptul, nr. 3, 2011. p.81

ipoteze și a faptelor săvârșite doar din imprudență ori neglijența cu atât mai puțin a celor independente de orice culpă⁹.

Noul Cod civil al României, pus în aplicare prin Legea nr.71 din 2011, a reprodus fidel, în materie de abuz de drept art.7 al Codului civil al provinciei Quebec, care dispune: „*Aucun droit ne peut éne exercé en vue de nuire á autrui ou d'une maniere excessive et deraisonnable alant ainsi a l'encontre des exigences de la bonne foi*“. Noile prevederi legale îmbrățișează concepția eclectică despre abuzul de drept, prima ipoteză evocând criteriul subiectiv prin trimitere la scopul vătămării sau păgubirii altuia, ceea ce presupune raportarea la subiectivitatea autorului cât și criteriul obiectiv prin raportarea exercitării excesive și nerezonabile a dreptului la standardul buneii-credințe¹⁰.

În acest sens, după cum am menționat anterior, s-a dispus că reglementarea abuzului de drept în noul Cod civil român este, într-o anumită privință contrară orientării actuale din dreptul civil european către o fundamentare obiectivă a acestei ipoteze de răspundere care are în vedere exclusiv încălcarea finalității exercitării dreptului subiectiv independentă de poziția subiectivă a autorului¹¹.

Codul civil al Republicii Moldova nu prevede expres, după cum o face Codul civil din 1964, obligația respectării finalității, scopului pentru care acest drept a fost acordat. În sensul arătat, art.9 CC RM postulează că „*Persoanele fizice și juridice participante la raporturile juridice civile trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile cu bună-credință, în acord cu legea, cu contractul, cu ordinea publică și cu bunele moravuri*“ (alin.(1)).

Deși, Codul civil al Republicii Moldova nu prevede sancțiune pentru nerespectarea acestor limite (legea, contractul, ordinea publică și bunele moravuri) de exercițiu a drepturilor subiective și nici nu denumește fapta titularului ca fiind „abuz de drept“, exercitarea drepturilor subiective civile cu nerespectarea legii, contractului a ordinii publice și a bunelor moravuri, constituie o formă de expresie a abuzului de drept subiectiv civil, într-o ipoteză a acestuia.

După cum am menționat anterior, Codul civil al Republicii Moldova nu prevede expres scopul finalității exercitării drepturilor subiective, totuși din coroborarea și interpretarea normelor legislației naționale civile, dar și după cum am arătat în conformitate cu Convenția Europeană pentru apărarea Drepturilor Omului și Libertăților fundamentale nu există motive de tăgadă că drepturile subiective civile pot fi folosite exclusiv în vederea realizării scopului pentru care acestea au fost recunoscute.

Ideea respectării finalității dreptului subiectiv reiese și din art.55 al Constituției Republicii Moldova, care dispune că „*orice persoană își exercită drepturile și libertățile constituționale cu bună-credință, fără să încalce drepturile și libertățile altora*“.

Din cele expuse, putem trage concluzia că în legislația Republicii Moldova teo-

9 A. Ruien. Op. cit., p.35.

10 S. Neculăescu. Op. cit., p.81.

11 L.R. Boilă L. R. Argumente privind consacrarea abuzului de drept ca o ipoteză distinctă de răspundere civilă în dreptul român. În: Pandectele române, nr. 3, 2011. p.30.

ria mixtă (concepția eclectică) privind abuzul de drept, este însumată doar de către legislația procesuală, care pentru sancționarea abuzului de drept impune întrunirea atât a condiției subiective a relei-credințe, cât și a condiției obiective. Abuzul de drept în celelalte materii, și în primul rînd, în dreptul civil este fundamentat pe teoria obiectivă despre care am vorbit anterior.

Într-o opinie¹², exercitarea dreptului subiectiv civil prin nesocotirea scopului economic, social pentru care a fost recunoscut, cu nesocotirea moralei, cu rea-credință, cu depășirea limitelor sale echivalează cu exercitarea abuzivă a dreptului subiectiv civil.

Modul obișnuit de sancționare a abuzului de drept îl constituie concursul forței de constrîngere a statului, în sensul, că organul de jurisdicție, constatînd că este prezentă exercitarea abuzivă a unui drept subiectiv civil, nu va admite cererea reclamantului așa cum a fost formulată, iar dacă exercițiul abuziv provine de la pîrit, în apărarea sa, va înlătura o astfel de apărare¹³. Prin urmare, nu orice abuz de drept civil atrage răspunderea autorului. Fără îndoială, atunci cînd abuzul de drept cauzează o pagubă materială sau morală, va interveni răspunderea față de cel vătămat într-un drept al său.

În practică, cele mai multe abuzuri de drept, în exercitarea drepturilor subiective civile au loc în materia exercitării dreptului de proprietate, a raporturilor de vecinătate, cât și în încheierea și executarea contractelor civile, despre care vom vorbi mai departe.

Prerogativele titularului *dreptului de proprietate* privată sunt dispoziția, posesia și folosința. Prin exercitarea oricăreia dintre ele acesta se poate manifesta abuziv indeferent de natura concretă a dreptului.

Dispoziția, în sensul ei material și juridic, poate fi abuzivă în măsura în care prin ea scopul social, economic al dreptului de proprietate a fost alterat. Dispoziția juridică asupra bunului nu poate fi exercitată decît în anumite limite ale dreptului subiectiv. Este cazul contractelor de vînzare-cumpărare ale unor bunuri comune, a testamentului ș.a. De exemplu, dreptul de dispoziție asupra unui imobil comun nu-l are doar unul dintre soți, ci poate fi exercitat doar de amîndoi. Tot astfel, putem califica drept abuzivă fapta unuia dintre soți ce vinde un bun imobil de valoare însemnată fără acordul soției, știut fiind că în acest caz forma contractului de vînzare-cumpărare nu este neapărat scrisă. Tot astfel putem aprecia că săvîrșește un abuz persoana care deși are copii, testează în favoarea unei terțe persoane întreaga sa avere, deși nu poate reproșa în nici un mod vre-o conduită necorespunzătoare din partea copiilor săi¹⁴.

Posesia unui bun reprezintă o stare de fapt, constatînd în stăpînirea acestuia de către o persoană, care se pretinde a fi titularul unui drept real asupra celui bun. „*Posesiunea se dobîndește prin exercitarea voită a stăpînirii de fapt a bunului*“ (art.303

12 Gh. Beleiu. *Drept civil român*. Ed. IX-a. București: Universul juridic, 2007. p.87.

13 C.M.C. Ailoea (Ignatescu). *Op. cit.*, p.214.

14 *Ibidem*. p. 215.

alin. (1) CC RM). Posesiune este de bună-credință. „Este considerată posesor de bună-credință persoana care posedă legitim sau care se poate considera îndreptățită să posedă în urma unei examinări diligente, necesare în raporturile civile, a temeiurilor îndreptățirii sale“ (art.307 alin. (1) CC RM).

De asemenea, posesia unui bun este apărată de lege prin acțiunea posesorie — art.674 CC român — acțiune ce reprezintă o garanție împotriva faptelor abuzive a celui ce tulbură posesia. Proprietarul bunului manifestă o conduită abuzivă și atunci, când dezinteresându-se de bun îl lasă în stăpînirea altor persoane. Sancțiunea, și implicit, efectul unei asemenea atitudini va fi uzucaparea bunului, fiind posibilă chiar joncțiunea inactivității proprietarilor succesivi¹⁵.

Folosința abuzivă a unui bun poate fi exercitată în legătură cu oricare dintre categoriile de bunuri definite de literatura de specialitate. Astfel, folosirea unui aparat electorcasnic foarte zgomotos în timpul nopții, este fără îndoială, un comportament abuziv¹⁶.

Este așadar limpede, că în condițiile legale contemporane, dreptul de proprietate nu mai poate purta asupra sa o veritabilă suveranitate, nu mai poate fi reprezentat ca un drept absolut, ci tinde să devină un drept comun, ca toate celelalte, absolut din perspectiva originii sale, a rațiunii sale de a fi, însă profund social din perspectiva realizării sale practice¹⁷.

În cadrul raporturilor de vecinătate, „raporturi de reciprocă și profitabilă toleranță“¹⁸, dreptul de proprietate reprezintă atât temeiul juridic, cât și măsura propriei conduite, pe când vecinătatea reprezintă liantul factual între diferiți proprietari. Raporturile de vecinătate creează pentru proprietari obligația unui comportament particular, care presupune, de multe ori o anumită dificultate în aplicare. De esența acestui tip de comportament particular este buna vecinătate, care schițează cel puțin două îndatoriri principale ce le revin proprietarilor: să nu îl prejudicieze pe vecin și să nu îi cauzeze acestuia dezagremente intolerabile. Încălcarea celor două obligații prescrise de buna vecinătate a fost relaționată, de către doctrină și jurisprudență, cu două mecanisme juridice născute din incapacitatea dreptului comun de a, reglementa raporturile de vecinătate: abuzul de drept și inconvenientele anormale de vecinătate¹⁹.

În această materie, mai mult decât în alte materii aparținînd dreptului civil, jurisprudența are un rol fundamental, revenindu-i dificila sarcină de a concilia interesele proprietarilor și interesele legitime ale acestora în raport de interesul social. Dacă până nu demult, în doctrina românească²⁰, cu rare excepții²¹ inconvenientele

15 C.M.C. Ailoea (Ignatescu). Op. cit., p.214.

16 A. Ruen. Op. cit., p. 170.

17 Ibidem.

18 I. Deleanu. Drept constituțional și instituții politice. București: Europa Nova, 1996. p.50.

19 M. Rotondi. L'abuso di diritto. Padova: Cedam, În: Rivista di diritto civile, 1923. p.33

20 L. Camplong. La theorie de l'abus de droits. Bruxelles-Paris: Pensée et Action, 1925. p. 146.

21 D. Alexandresco. Principiile dreptului civil român. Vol. V. București: Atelierele Grafice Socec, 1926. p.441.

anormale de vecinătate erau supuse analizei ocazionate de abuzul de drept, relativ recent, urmând exemplul dat de sisteme juridice mai evolute, s-a dezvoltat o teorie a inconvenientelor anormale de vecinătate, lucru de altfel necesar deoarece mecanismele juridice amintite, deși statuează asupra unui fond comun, acela al raporturilor de vecinătate, presupun condiții și temeuri de răspundere diferite²².

Autoarea Anca Ruen, încearcă în opinia noastră destul de sugestiv de a profila o diferență între instituția abuzului de drept în materia dreptului de proprietate și cea a inconvenientelor anormale de vecinătate²³. Un alt autor L.M. Crăciunean, divizează aceste două categorii și în problema răspunderii, astfel, că în ipoteza apariției unei prejudicii ca urmare a exercitării abuzive a unui drept subiectiv, răspunderea pentru aceasta constând în repararea integrală a prejudiciului suferit, *a contrario* în cazul inconvenientelor anormale de vecinătate, repararea prejudiciului constă doar în partea ce nu constituie influențe și incomodități normale pe care titularul imobilului vecin are obligația să le suporte²⁴.

În același sens, privind diferențele date, s-a degajat opinia²⁵ și noi susținem că, diferența dintre cele două teorii se manifestă atât sub aspect subiectiv — astfel, dacă în cazul abuzului de drept se cere ca persoana să acționeze cu intenția de a vătăma (directă sau indirectă) și ignorarea bunei credințe, în cazul tulburărilor anormale de vecinătate, vinovăția autorului îmbracă forma imprudenței sau a neglijenței — cât și sub aspect obiectiv — în cazul abuzului de drept este necesară o faptă ilicită, în timp ce în cazul tulburărilor anormale de vecinătate răspunderea este angajată chiar și în lipsa unei fapte.

De aici putem trage concluzia că, buna vecinătate presupune cel puțin două îndatoriri: prima, vecinul să nu-l prejudicieze pe vecin și a doua, vecinul nu trebuie să-l incomodeze într-un mod intolerabil pe vecin. Aceste două situații corespund pe plan doctrinar și jurisprudențial la două teorii: abuzul de drept și inconvenientele anormale de vecinătate²⁶.

Capitolul V al Cărții a doua din Codul civil al Republicii Moldova, vorbește despre abuzul de proprietate — care se săvârșește în expresia Codului civil de către proprietarul terenului sau al unui alt bun imobil — și inconvenientele anormale de vecinătate, doar din viziunea când acestea nu produc careva prejudicii materiale și/sau morale proprietarului imobilului vecin și pentru situația când este necesară doar interzicerea influenței care se exercită asupra imobilului învecinat.

În aprecierea caracterului abuziv al exercitării dreptului de proprietate există două criterii²⁷: criteriul subiectiv și criteriul obiectiv. Potrivit criteriului subiectiv, există abuz

22 M. Rotondi. Op., cit., p. 34.

23 Ibidem.

24 L.M. Crăciuneanu. Răspunderea proprietarului pentru abuzul de drept și inconvenientele anormale de vecinătate. În: Acta Universitatis Lucian Blaga, Supliment, 2007. p. 102.

25 Ibidem.

26 C.M.C. Ailoe (Ignatescu). Op. cit., p.216.

27 Ibidem. p. 217.

de drept ori de câte ori proprietarul își exercită dreptul fără a obține vreun profit fără a justifica nici un interes personal, ci numai cu intenția vădită de a jena sau cauza o pagubă vecinului său (de exemplu, a ridica un zid cu scopul de a suprima vederea vecinului său). Acest criteriu nu se poate aplica în cazul în care proprietarul exercită dreptul său în vederea satisfacerii unui interes personal și când în exercitarea acestui drept nu i se poate imputa nici o vină (lipsește intenția de a vătăma).

La criteriul obiectiv, se recurge la situația în care deși lipsește orice intenție de a vătăma, proprietarul cauzează vecinului sau un prejudiciu, o incomoditate (un dezagrement) și deci, actul sau este excesiv. Bunăoară, punerea în funcție a unei instalații care produce un zgomot care se aude în întregul cartier, și în acest caz, răspunderea va fi angajată, dar pe un alt temei.

Sanctiunea abuzului dreptului de proprietate constă, în primul rând, în repunerea lucrurilor în stare normală. De exemplu, demolarea lucrărilor făcute cu rea-credință.

În raporturile de vecinătate există inconveniențe normale de vecinătate și inconveniențe anormale de vecinătate. Art.376 alin. (1) CC RM stipulează că „*Proprietarul terenului sau al unui alt bun imobil nu poate interzice influența pe care o exercită asupra bunului său gazul, aburul, mirosul, funinginea, fumul, zgomotul, căldura, vibrația sau o altă influență similară provenită din terenul vecin dacă nu împiedică proprietarul în folosirea bunului sau dacă încalcă nesemnificativ dreptul acestuia*”.

Este, însă, vădit, susține autorul E. Bejenaru, că proprietarul nu poate fi obligat la toleranță și indolență condiționată, vreme de care această influență — deși admisibilă după barometrul legal — este totuși săvârșită cu rea-credință — chiar dacă este cu respectarea scopului pentru satisfacerea căruia a fost recunoscut dreptul subiectiv -, imaginată sub o intenție malefică de a cauza incomodități proprietarului imobilului vecin, influență pentru care făptuitorul are conștiința faptului că nu va putea fi sancționat datorită indulgenței legislative prin care fapta sa este categorisită ca fiind una admisibilă. Or, chiar dacă fapta proprietarului imobilului vecin este apreciată ca fiind una admisibilă, dar aceasta este realizată cu unicul scop de a șicana pe proprietarul vecin, neîndoios este că fapta acestuia trebuie să fie sustrasă de sub protecția legală exprimată de etichetarea acesteia drept influență admisibilă, fiind așadar sancționată ca și abuz de drept. În altă ordine de idei, dacă art.378 CC RM, presupune că drepturile dintre proprietari urmează să fie exercitate doar în limita unor influențe admisibile, aceasta însă defel nu înseamnă că drepturile asupra imobilelor învecinate nu urmează să fie exercitate inclusiv cu bună-credință. Și deci, când prin exercitarea unui drept asupra imobilului și în limita unei influențe admisibile se provoacă o anumite incomoditate ca urmare a exercitării drepturilor date cu rea-credință, aceeași influență admisibilă poate fi contracarată pe motiv că este una abuzivă, chiar dacă este în limita unor influențe admisibile după aprecierea Dreptului de vecinătate din cadrul Codului civil al Republicii Moldova. Obligația de exercitare a drepturilor subiective civile cu bună-credință, consacrată legislativ în art.55 al Constituției RM și inerent detaliată la art.9 al CC RM, subzistă indiferent de faptul dacă exercițiul unui drept

este sau nu în corespondență cu alte criterii speciale și diferite de exercițiu. Și dacă o exercitare incorectă, neechitabilă de drepturi între vecini nu poate fi sancționată ca și influență inadmisibilă, aceasta poate fi lesne sancționată ca și un abuz de drept, adică o exercitare a drepturilor proprietarilor de imobile vecine cu nerespectarea principiilor sale de exercitare, iar concret a bunei-credințe.

În încercarea de modernizare a dreptului privat român, noul Cod civil dedică relațiilor de vecinătate două texte: Primul articol referitor la relațiile de vecinătate se găsește inclus în cadrul dispozițiilor comune ale secțiunii referitoare la limitele legale ale dreptului de proprietate. Conținutul art.603 este identic cu cel al conținutului alin. (7) al art.44 din Constituție.

„Dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecția mediului și asigurarea bunei vecinătăți, precum și la respectarea celorlalte sarcini care, potrivit legii sau obiceiului, revin proprietarului“.

Astfel, în Noul Cod civil român, la art.603, s-a încercat impunerea unui cadru legal general propriu dreptului privat, care să guverneze întreaga materie a raporturilor de vecinătate, prin stabilirea obligațiilor de a proteja mediul înconjurător și de a asigura buna vecinătate, pe când art.630 CC român găzduiește un cadru legal specific, statuându-se în mod expres posibilitatea angajării răspunderii în cazul producerii unor inconveniente anormale de vecinătate.

Alin. (1): *„Dacă proprietarul cauzează, prin exercitarea dreptului său, inconveniente mai mari decât cele normale în relațiile de vecinătate, instanța de judecată poate, din considerente de echitate, să îl oblige la despăgubiri în folosul celui vătămat, precum și la restabilirea situației anterioare atunci când acest lucru este posibil“.*

Alin. (2): *„În cazul în care prejudiciul cauzat ar fi minor în raport cu necesitatea sau utilitatea desfășurării activității prejudiciabile de către proprietar, instanța va putea încuviința desfășurarea acelei activități. Cel prejudicat va avea însă dreptul la despăgubiri“.*

Alin. (3): *„Dacă prejudiciul este iminent sau foarte probabil, instanța poate să încuviințeze, pe cale de ordonanță președințială, măsurile necesare pentru prevenirea pagubei“ (art. 630 CC român).*

Rămâne de văzut, consideră pe bună dreptate A. Ruen, dacă instituirea în această materie a unui cadru legal dual servește într-adevăr scopului teoriei inconvenientelor de vecinătate, sau este doar un exces de reglementare, ce ar putea determina în fond nefuncționalitatea pe plan jurisprudențial a teoriei. Dacă primul text nu surprinde datorită faptului că era deja prezent în conștiința juridică de ceva vreme, cel de-al doilea text, și anume art. 630, prezintă, fără îndoială, implicații mult mai importante, fiind de fapt și unicul articol ce alcătuiește secțiunea referitoare la limitele judiciare ale dreptului de proprietate, referindu-se, în acest sens, la situația depășirii inconvenientelor normale de vecinătate²⁸.

Sancțiunea inconvenientelor de vecinătate constă, în primul rând, într-o reparație în natură pentru că ea se apropie cel mai mult de principiul reparării integrale. Așa-

28 A. Ruen. Op. cit., p.171.

dar, instanța poate prescrie măsuri obligatorii pentru proprietarul de natură a face să înceteze dauna: să desființeze gardul care ia vederea să înceteze poluarea fonică sau toxică, și chiar să demoleze construcția care incomodează. Important este că judecătorul să găsească măsura de toleranță și pragul vătămării pentru ca astfel să se ajungă la obligația de a repara²⁹.

Astăzi nu ne mai îndoim de autonomia pe care teoria inconvenientelor de vecinătate a câștigat-o față de teoria abuzului de drept și chiar față de răspunderea civilă de drept comun. Lipsa culpei a înlocuit prezența vinovăției; imputabilitatea a înlocuit răspunderea; sintagma de comportament al vecinului nu mai este subsumată conceptului de act abuziv; valoarea tuturor acestor semne ale evoluției teoriei ar fi știrbită dacă s-ar pierde din vedere faptul că vocație la calitatea de „victimă” și „perturbator” au acum nu doar proprietarii, ci și ceilalți titulari de drepturi reale, precum și orice persoană care, în virtutea unui drept real sau personal conferit de către însuși proprietarul, dispune de unul din atributele dreptului de proprietate. Raporturile de vecinătate se bucură de un regim juridic autonom, care permite reținerea răspunderii unui vecin nu numai în absența unei culpe, dar și atunci când condițiile răspunderii fără culpă nu sînt toate îndeplinite, fiind suficient să se constate caracterul grav și continuu al tulburării pentru ca autorul ei să fie obligat a o repara³⁰.

În momentul de față, raporturile de vecinătate continuă să fie reglementate prin dispoziții legislative deloc numeroase, asimetrice și disperse. Însă, reunirea tuturor prevederilor nu ar fi suficientă, deoarece ele reflectă în mare parte realitățile de la vremea redactării Codului Civil român din 1865, impunîndu-se mai mult ca orice o consfințire a opiniilor doctrinare și a jurisprudenței în materie³¹.

Sușținem opinia că, o modalitate de reglementare, și poate de prevenție în cazul inconvenientelor anormale de vecinătate, ar fi aceea a elaborării, după modelul american sau după cel din Quebec, a unor Coduri Regionale de Vecinătate. Practic, acestea ar trebui să încorporeze așa zisele bune practici în materia raporturilor de vecinătate, avînd în vedere mai ales obiceiurile locale, pentru că, pînă la urmă, comportamentul indivizilor este oglindirea mediului în care aceștia își desfășoară existența și activitatea. Responsabilizarea în temeiul Codurilor Regionale de Vecinătate ar trebui să se constituie într-o fază premergătoare și paralelă cu cea contencioasă, care nu ar îndepărta posibilitatea apelării la instanța de judecată. În acest fel, s-ar evita supraîncărcarea instanțelor de judecată, iar această etapă ar presupune obligativitatea instituirii mecanismului medierii, care s-ar putea concretiza în sancționarea autorului inconvenientelor anormale de vecinătate la plata de daune-interese celui vătămat, însoțită de plata unei amenzi, dacă dezagrementele ar afecta în mod serios mediul înconjurător, cuantumul acesteia putîndu-se constitui în contribuție la bugetul unei organizații non-guvernamentale care să aibă ca scop luarea de măsuri

29 C.M.C. Ailoe (Ignatescu). Op. cit., p.220.

30 A. Ruen. Op. cit., p.171.

31 Ibidem.

pentru conservarea mediului înconjurător și a calității vieții persoanelor, achiesându-se în acest fel și la direcția jurisprudențială instituită de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului³².

Anterior am menționat cele mai multe abuzuri de drept, în exercitarea drepturilor subiective civile au loc în materia dreptului de proprietate, a raporturilor de vecinătate, despre care am vorbit, și în încheierea executarea și realizarea contractelor civile.

Viziunea clasică a contractului, așa cum aceasta s-a manifestat în dreptul roman, în dreptul medieval timpuriu, în dreptul canonic, în vechiul drept francez și în Codul civil napoleonian din 1804, precum și în toate legiurile derivate din acesta din urmă, contractele formându-se prin întâlnirea voințelor concordante ale părților, prin emiterea directă a unei oferte finale, ferme și precise, care se întâlnea în mod fericit cu o acceptare fără rezerve și dădeau naștere astfel fără întârziere contractului final, „mecanism desemnat foarte plastic într-o lucrare recentă ca un veritabil „*coup defoudre*“ juridic³³.

În această materie, în opinia autorului M. Florea, abuzul se poate manifesta încă de la încheierea contractului, și chiar în etapa precontractului³⁴. O formă specială a abuzului în materia contractului o constituie impunerea clauzelor abuzului de către partea ce are o poziție avantajoasă.

S-a constatat așadar într-o prestigioasă opinie³⁵, că abuzive sunt clauzele având drept obiect sau efect constatarea adeziunii neprofesionistului sau consumatorului la clauze care nu figurează pe înscrisul semnat sau care nu apar cu claritate în scrierea aparentă.

Clauzele abuzive înserate în contractele speciale reprezintă o expresie a fenomenului pernicios a abuzului de drept în sfera dreptului contractual³⁶. Contracarea abuzului de drept, în sfera categoriilor speciale de obligații, reprezintă, în accepțiunea prof. L. Pop, acel „...principiu conform căruia în materie contractuală trebuie să se dea satisfacție, începând cu încheierea contractelor și continuând cu executarea lor, exigențelor bunei-credințe. Astfel, abuzul de putere economică de care se face vinovată o parte contractantă, exploatarea stării de nevoie, a lipsei de experiență, ori de cunoștințe într-un anumit domeniu contractual ale celeilalte părți constituie premise ale declanșării prezumției simple de rea-credință³⁷. Clauza abuzivă reprezintă acel tip de clauză contractuală întâlnită în mod preponderent în contractele tip, prin care

32 A. Ruen. Op. cit., p.171.

33 J. Goicovici. Formarea progresivă a contractului: Teza de doctorat. Cluj-Napoca: Universitatea Babeș-Bolyai, 2008. p.9.

34 M. Florea. Reaua-credință precontractuală în cazul contractelor nespciale în noul Cod civil și în dreptul comparat. În: Revista română de drept privat, nr. 3, 2012. p.101.

35 Ph. Malaurie, A. L. Stoffel-Munck Ph. Drept civil. Obligațiile. (Trad. Diana Dănișor). București: 2009. p.60

36 E. Bejenaru. Abuzul de drept în dreptul privat al Republicii Moldova. Chișinău: Grafema Ibris, 2013. p.121

37 L. Pop. Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol. 2. București: Universul juridic, 2009. p.336.

comerciantul unor servicii de telefonie, bancare, electricitate ș.a.) impune consumatorului asumarea unor obligații vădit prejudiciabile față de interesul său.

Pe proiecția europeană, relativ la clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, a fost adoptată Directiva Consiliului Comunităților Europene 93/13/CEE din 5 aprilie 1993³⁸, ce examinează condițiile contractuale care nu au fost negociate individual cu consumatorul în calitate de condiții suspecte și propune testarea lor suplimentară cu cerințele de bună-credință și a dezechilibrului semnificativ. În acest sens, Directiva Consiliului Comunităților Europene, în consonanță cu care este și majoritatea literaturii de specialitate din domeniu, consideră că în dreptul contractual, în chipul clauzelor abuzive, fenomenul abuzului de drept se poate manifesta prin două expresii: 1) Inserarea cu rea-credință a condițiilor abuzive care servesc eminentamente părții ce le-a propus în conținutul contractului, dar și, 2) în forma dezechilibrului semnificativ în raporturile contractuale, situație care ia ființă în cazul prezenței unei părți economice puternice, și a unei părți economice mai slabe³⁹. Legislația Republicii Moldova în materie de clauze abuzive anume în dreptul consumatorului, armonizată sub auspiciul Directivei, este înfățișată de Legea privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, intrată în vigoare la 24.05.2012⁴⁰.

S-a dispus așadar într-o opinie a autorului D. Cimil⁴¹ la care ținem să ne raliem, că sarcina doctrinei naționale constă în aprecierea analitică a criteriilor de determinare și calificare a clauzelor abuzive și stabilirea mecanismului de protecție juridică contra acestora, inclusiv și repararea prejudiciilor cauzate ca urmare a utilizării efectului acestor clauze.

Pornind de la necesitatea socială a reglementărilor clauzelor abuzive, legiuitorul român, de asemenea, numai că mai devreme, a adoptat Legea nr. 193/2000 modificată și completată prin Legea nr. 65/2002⁴² prin care a explicat care pot fi clauzele abuzive și care sunt consecințele juridice ale constatării lor.

De asemenea, o definiție legală a clauzelor abuzive din arealul dreptului consumatorului, titrate de Legea nominalizată din Republica Moldova⁴³ își găsește următorul chip: *O clauză contractuală nefiind negociată în mod individual cu consumatorul*

38 Directiva nr. 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii. În: Jurnalul oficial al Comunicărilor Europene din 21.4.1993. Vol 2, p. 273-278. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:31993L0013>

39 E. Bejenaru. Op. cit., p.121.

40 Legea Republicii Moldova privind protecția consumatorilor Nr.1453-XII din 25.05.93. În: Monitor Oficial nr.10 din 30.10.1993.

41 D. Cimil. Calificarea raporturilor contractelor. Chișinău: Grafema Libris, 2013. p.161.

42 Legea României nr. 65/2002 pentru modificarea Legii nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori. În: Monitorul Oficial al României nr.52 din 25 ianuarie 2002.

43 Legea Republicii Moldova privind protecția consumatorilor Nr.1453-XII din 25.05.93. În: Monitor Oficial nr.10 din 30.10.1993.

este abuzivă în cazul în care creează, contrar cerințelor de bună-credință, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, în detrimentul consumatorului, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților care decurg din contract (alin. (1) art.5 al Legii).

Din definirea clauzelor abuzive oferită de legiuitorul moldovean, menționează E. Bejenaru, lesne se observă că acesta face referire la aceleași criterii ca și cele înseriate în textul comunitar, și anume: a) să fie vorba despre o clauză care nu a fost negociată individual (de regulă suntem în prezența unui contract standard cunoscut și sub numele de contract de adeziune); b) să fie contrară cerinței de bună-credință; c) să creeze un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților, evident în detrimentul consumatorului⁴⁴.

Relativ la evaluarea caracterului abuziv al clauzelor contractuale această apreciere are să se facă ținându-se cont de art. 6 (2), al Legii, care impune anumite criterii, și anume: a) puterea diferită de negociere a părților; b) natura bunurilor sau a serviciilor; c) faptul că consumatorul a fost încurajat să-și dea acordul pentru clauza respectivă prin afirmația că va obține un beneficiu sau un avantaj din acceptarea clauzei respective; d) faptul că bunurile sau serviciile au fost vândute sau furnizate la comanda specială a consumatorului; e) faptul că comerciantul a acționat în mod corect și echitabil față de cealaltă parte ale cărei interese legitime trebuie să le ia în considerare⁴⁵.

Caracterul abuziv al unei clauze trebuie apreciat cu referire la toate celelalte clauze contractuale sau chiar la un alt contract de care depinde primul sau este accesoriu al acestui contract întrucât abuzul poate să nu fie inerent unei singure clauze ci să provină din combinarea mai multor clauze sau chiar a două contracte care depind juridic unul de altul. Clauza abuzivă trebuie să aibă materialitate, să fie scrisă, neavând importanță prezentarea materială: în contract, bon de comandă, factură, bonuri de livrare, tichete etc.⁴⁶ Clauzele abuzive reprezintă un abuz de drept în formă scrisă, care operează numai cu intenție și are în vedere poziția avantajoasă a celui ce le impune⁴⁷.

Există autori care opinează că indiferent de stringența nevoii pe care beneficiarul unui astfel de contract ar avea-o, conduita corectă ar trebui să fie cea a refuzului încheierii unui astfel de contract și apelarea la un alt furnizor al serviciului⁴⁸.

Abuzul de drept poate interveni și în ceea ce privește executarea contractului. Teoretic, contractul odată încheiat, devine legea părților care se completează cu legile în vigoare. Așa fiind, dacă părțile contractante și-ar exercita cu bună credință drepturile conferite astfel, problema abuzului de drept nu ar trebui să apară decât

44 E. Bejenaru. Op. cit., p.123.

45 Ibidem.

46 Udrescu D. Considerații teoretice și practice privind clauzele abuzive. Identificare. Eliminare, Simpozionul Internațional, ECR http://www.ecr.uvt.ro/Simpozion_ECR_2009/Materiale_simpozion/17.15_17.30_udrescu_doina+cocor_monica.pdf. (Accesat 20.03.2013)

47 A. Karimi. Les clauses abusives et la theorie de l'abus de droit. Paris: LGDJ, 2001. p.90.

48 S. Cârpenaru. Tratat de drept comercial. București: All Beck, 2004. p.377.

ca ipoteză. Însă, atît creditorul cît și debitorul încearcă în unele cazuri să deturneze dreptul contractual concret stabilit printr-o interpretare personalizată și prea puțin obiectivă a clauzelor contractuale. De pildă, abuzul de drept în executarea contractului de locațiune se manifestă prin comportarea șicanatorie și abuzivă a unui locatar ce are drept consecință negativă tulburarea relațiilor locatorului cu proprietarii imobilelor vecine⁴⁹.

Și *rezilierea contractului* comportă aspecte abuzive, mai ales atunci când una din părți decide să-l rezilieze unilateral. Pot fi cazuri de desfacere abuzivă a contractului de muncă, mai ales atunci când angajatorul, exercitând discreționar drepturile sale, înțelege să concedieze angajatul în condițiile inexistenței unor temeiuri legale. Dealtfel, angajații care au atacat în instanță decizia de concediere au obținut recunoașterea caracterului abuziv al rezilierii acestui contract, precum și obligarea angajatorului la reintegrarea lui în muncă cu plata salariilor nerealizate pe perioada cuprinsă între data concedierii efective și data încadrării în muncă⁵⁰.

49 C. M. C. Ailoae (Ignatescu). Op. cit., p.227.

50 Ibidem.

CONTENCIOSUL CONSTITUȚIONAL — SUBRAMURĂ A DREPTULUI CONSTITUȚIONAL



Valeriu ZUBCO, doctor în drept, conferențiar universitar

At present is determined the tendency of appearance and realization of some new sub-branches of justice, as a result of the necessity of development of the modern society and the establishment in the legal state of the: constitutional court, administrative court, contravention law, parliamentary law, police law. This article refers to the formation of the constitutional court as a sub-branch of the constitutional law, which in the author's view represents the possibility to solve the conflicts between the legal and the constitutional regulations. Also, are analyzed the legal regulations regarding the constitutional court in a comparative mode and the possibility to be studied as an academic discipline.

Key-words: Constitution, constitutional law, constitutional review, constitutional court, constitutional justice, constitutional jurisdiction, academic discipline.

În prezent se constată tendința de realizare cât și de apariție a unor subramuri juridice noi, ca urmare a necesităților de dezvoltare a societății contemporane a instaurării statului de drept cum sunt: contenciosul constituțional, contenciosul administrativ, dreptul contravențional, dreptul parlamentar, dreptul polițienesc etc.

Acest articol abordează formarea contenciosului constituțional ca subramură a dreptului constituțional, care în opinia autorului exprimă posibilitatea rezolvării conflictelor dintre dispozițiile legale și dispozițiile constituționale, sînt analizate reglementările juridice privind contenciosul constituțional sub aspect comparat, precum și contenciosul constituțional ca disciplină universitară de studiu.

Cuvinte-cheie: Constituție, drept constituțional, controlul constituționalității legilor, contencios constituțional, justiție constituțională, jurisdicție constituțională, disciplină universitară de studiu.

Apariția și funcționarea instituției controlului constituționalității legilor printr-un organ special și specializat numit Curte Constituțională (Tribunal Constituțional, Consiliu Constituțional) a impus apariția unei noi subramuri a dreptului constituțional — contenciosul constituțional.

Astăzi, mai mult ca oricând, dreptul are un rol deosebit în dezvoltarea societății noastre, pentru poporul nostru, pentru fiecare cetățean în parte.

Astfel, în literatura de specialitate dreptul¹ este definit ca, totalitatea normelor juridice, generale și impersonale, strict determinate și obligatorii, stabilite sau sancționate de către stat, care fixează cadrul juridic de organizare a statului și de conducere a societății și care reglementează cele mai importante relații sociale, stabilind căile și mijloacele de apărare, consolidare și dezvoltare a ordinii și a raporturilor sociale, reprezentând voința majorității populației sau a întregului popor, a căror aplicare și respectare este garantată de stat.²

În acest articol nu ne vom opri asupra problemelor fundamentale ce țin de studiul sistemului unitar al dreptului precum și asupra multiplelor teorii ce vizează divizarea dreptului în părți interdependente, subsisteme de drept, ramuri de drept, subramuri de drept și instituții juridice, deoarece scopul nostru este de a analiza contenciosul constituțional ca subramură a dreptului constituțional și disciplină universitară de studiu.

Astfel, ramura de drept reprezintă o grupare omogenă de norme și instituții juridice, legate între ele prin obiectul comun al reglementării juridice, întemeiate pe principii comune ca și pe metoda folosită în scopul reglementării juridice.³

Obiectul comun al reglementărilor care alcătuiesc o ramură de drept, îl constituie o anumită categorie de raporturi sociale, având trăsături caracteristice comune, esențiale și definitorii specifice în cadrul raporturilor de drept public sau privat, după caz.

În această ordine de idei, după opinia cea mai larg răspândită dreptul obiectiv, ca totalitate a normelor juridice în sistemul dreptului contemporan, cunoaște o tradițională clasificare a normelor juridice, care-l alcătuiesc, în două mari subsisteme ale sistemului unitar de drept: dreptul public și dreptul privat.

În ceea ce privește sistemul dreptului autohton actual distingem următoarele ramuri de drept: dreptul constituțional, dreptul administrativ, dreptul penal și civil, dreptul comercial, dreptul muncii, dreptul internațional public etc.

În prezent se constată tendința de realizare cât și de apariție a unor subramuri juridice noi, ca urmare a necesităților de dezvoltare a societății contemporane a instaurării statului de drept cum sunt: contenciosul constituțional, contenciosul administrativ, dreptul contravențional, dreptul parlamentar, dreptul polițienesc etc. În acest sens în opinia unor autori subramura de drept constă dintr-o grupare de instituții juridice ce formează obiectul unor reglementări juridice distincte sub formă de coduri, legi, regulamente etc.⁴

1 Alte definiții ale dreptului a se vedea: Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București 1996, p.97; Cristian Ionescu, *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. Lumina Lex, București 1997, p.16; Vesmoș Maria, *Dreptul constituțional în sistemul unitar de drept. Analele Universității româno-germane de Sibiu. Seria Științe Juridice și Administrative*, 2002, nr. 1, p. 22

2 Gheorghe Avornic, Elena Aramă, Boris Negru, Ruslan Costaș, *Teoria generală a dreptului*, Chișinău, Ed. Cartier 2004, p.153

3 Vesmoș Maria, *Dreptul constituțional în sistemul unitar de drept. Analele Universității româno-germane de Sibiu. Seria Științe Juridice și Administrative*, 2002, nr. 1, p. 21-28

4 Gheorghe Avornic, Elena Aramă, Boris Negru, Ruslan Costaș, op. cit., p.321

Este indiscutabil că dreptul constituțional este principala ramură a sistemului de drept, ca urmare a obiectului său de reglementare, fie datorită forței juridice supreme a Constituției, în raport cu cea recunoscută celorlalte acte juridice. Așadar dreptul constituțional este ramura de drept, care a creat toate condițiile de apariție a unei noi subramuri de drept cum este contenciosul constituțional.

Contenciosul constituțional este subramura dreptului constituțional, care reglementează relațiile sociale cu caracter public care apar în procesul de organizare și funcționare a controlului constituțional, realizat de Curtea Constituțională conform procedurii jurisdicției constituționale. Potrivit unei alte opinii, contenciosul constituțional exprimă posibilitatea rezolvării conflictelor dintre dispozițiile legale și dispozițiile constituționale.⁵

La baza contenciosului constituțional se află analiza raporturilor de drept constituțional precum și a altor raporturi de drept ce țin de alte ramuri ale dreptului ce se nasc între autoritățile publice care reprezintă statul și alți subiecți de drept.

Un subiect obligatoriu care participă la aceste raporturi este Curtea Constituțională, care dispune de un șir de funcții de control și competențe între soluționarea litigiilor constituționale ce apar între subiecții dreptului constituțional prin efectuarea controlului constituționalității legilor.

Curtea Constituțională adoptă hotărâri care poartă un caracter obligatoriu pentru toți subiecții de drept, fără careva excepții și nu pot fi supuse nici unei căi de atac.

Contenciosul constituțional după structura sa ca subramură de drept, poate fi divizat în:

- a) contencios constituțional judiciar;
- b) procedura jurisdicției constituționale.

Contenciosul constituțional judiciar este un sistem de norme de drept, care stabilesc statutul Curții Constituționale și statutul judecătorilor (modul de formare a curții constituționale, componența, principiile de organizare și funcționare, competența curții constituționale, drepturile și obligațiile judecătorilor, garanțiile independenței).

Procedura jurisdicției constituționale este un sistem de norme de drept, care reglementează procedura de soluționare a litigiilor constituționale în Curtea Constituțională (principiile procedurii jurisdicționale, subiecții cu drept de sesizare, fazele procedurii jurisdicționale etc.).

Reglementarea juridică a contenciosului constituțional

Curtea Constituțională fiind o structură constituțională deosebită după rolul și locul ei în sistemul de drept este evidentă că reglementare juridică a unei asemenea autorități publice are o importanță deosebită. Reieșind din practice statelor unde există Curții Constituționale (Tribunal constituțional, Consiliu Constituțional) reglementarea juridică este întâlnită de regulă în constituție și în legi organice. Fără îndoială

5 Ioan Muraru, Nasty Marian Vlădoiu, Andrei Muraru, Silviu-Gabriel Barbu, *Contencios constituțional*, București, Ed. Hamangiu 2009, p. 2

Curtea Constituțională este autoritate publică politico-juridictională, care este un garant al Supremației Constituției, deci în primul rând trebuie reglementată în textul Constituției. În acest sens reglementarea Curții Constituționale în Constituție este întâlnită în majoritate statelor, unde există un organ special și specializat de control al constituționalității legilor.

În unele state cum sunt Italia, Spania, Franța, România, Republica Moldova, normele constituționale care reglementează Curtea Constituțională (Tribunalul sau Consiliul Constituțional) sunt prevăzute în Titluri sau secțiuni separate.

Constituția Italiei în titlul IV intitulat — „Garanțiile constituționale“ rezervează Curții Constituționale secțiunea I cu art. 134-137, care reglementează organizarea Curții, competența, actele Curții etc.

Tribunalul Constituțional al Spaniei este reglementat în Titlul IX, art. 159-165, care prevede organizarea Tribunalului Constituțional, alegerea președintelui Tribunalului Constituțional, competența, subiecții cu drept de sesizare etc.

În Franța, Constituția reglementează Consiliul Constituțional în Titlul VII art. 56-63. Normele constituționale prevăd formarea Consiliului Constituțional, incompatibilitățile funcției de membru al Consiliului Constituțional, competența și actele Consiliului Constituțional.

Constituția României modificată și completată la 18 septembrie 2003 reglementează Curtea Constituțională în Titlul V art. 140-145. În acest titlu normele constituționale reglementează structura, condițiile pentru numire, incompatibilitățile, independența și incompatibilitatea judecătorilor, atribuțiile și actele Curții Constituționale.

Legea fundamentală a altor state cum sunt Republica Federală Germania, Federația Rusă, Georgia includ Curtea Constituțională în Titlul „Puterea Judecătorească“ și reglementează organul de control a constituționalității legilor de rând cu instanțele judecătorești.

În Republica Federală Germania, normele constituționale ce se conțin în Legea Fundamentală din 23 mai 1949 reglementează Curtea Constituțională Federală în Capitolul IX dedicat puterii judecătorești art. 92, 93, 94, 97, 98, 99, 100. Normele constituționale reglementează organizarea și competența Curții Constituționale, numirea judecătorilor, independența și statutul judecătorilor Curții Constituționale Federale.

Aceste reglementări constituționale este evident că sunt esențiale pentru organizarea și funcționarea puterii.⁶

Potrivit Constituției Federației Ruse Curtea Constituțională Federală este reglementată de normele generale care se referă la puterea judecătorească prevăzută de Capitolul VII art. 118-128. Constituția Federației Ruse reglementează Curtea Constituțională în art.125, însă prevederi privind Curtea Constituțională se conțin și în alte articole, cum ar fi art. 82, alin. (2), art. 83 lit. „e“, art. 100, art. 102 lit. „j“, art. 104, art. 128 alin. (1).

6 Ioan Muraru, Mihai Constantinescu, *Curtea Constituțională a României*, București, Ed. Albatros 1997, p. 210

Curtea Constituțională din Georgia este reglementată de Constituția din 24 august 1995 în Capitolul V „Puterea judecătorească”, art. 82-89, care reglementează numirea și condițiile de numire a judecătorilor Curții Constituționale, independența și inviolabilitatea judecătorilor, precum și competența Curții Constituționale.

Astfel reieșind din cele relatate mai sus putem deosebi două tendințe de reglementare a Curților Constituționale (Tribunalul sau Consiliu Constituțional) în legea fundamentală.

În primul caz, Curții Constituționale îi revine un loc aparte în cadrul autorităților publice reieșind din rolul și funcțiile Curții în stat, din raporturile Curții cu autoritățile publice.

Iar, în cazul al doilea Curtea Constituțională este reglementată ca o componentă a puterii judecătorești, ca o instanță judecătorească specializată rezervându-i competențe speciale de control a constituționalității legilor.

Curtea Constituțională a Republicii Moldova este reglementată în Titlul V al Constituției Republicii Moldova. Prin conținutul ei, Constituția are ca obiect reglementarea principiilor fundamentale ale organizării sociale și de stat, sistemul organelor și separației puterilor de stat, drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale ale cetățenilor. Constituția are o poziție deosebită în ierarhia legilor și a celorlalte acte normative, a tuturor izvoarelor dreptului, întrucât dispune de forță juridică superioară față de toate acestea și conținutul acestora trebuie să fie totodată conform prevederilor Constituției.

Această înseamnă că nici o dispoziție dintr-o lege și din alte acte normative sau izvoare de drept, nu pot contraveni în nici un fel Constituției. Deci este vorba de principiile Supremației Constituției și constituționalității legilor, ca trăsături esențiale a statului de drept.⁷

Totodată, Parlamentul Republicii Moldova a adoptat două legi organice la 13 decembrie 1994, Legea cu privire la Curtea Constituțională, iar la 16 iunie 1995 Codul Jurisdicției Constituționale. Aceste două legi organice împreună cu Constituția sunt principalele acte juridice normative care reglementează organizarea și funcționarea Curții Constituționale în Republica Moldova, principiile de activitate, competența, subiecții cu drept de sesizare, statutul judecătorilor, procedura în fața Curții Constituționale etc. În federația Rusă, Curtea Constituțională este reglementată de Legea federală cu privire la Curtea Constituțională din 24 iunie 1994, în România de Legea privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale din 28 mai 1992 și Regulamentul de organizare și funcționare a Curții Constituționale, adoptat de Plenul Curții Constituționale la 18 iunie 1992.

Însă este evident că legea fundamentală nu poate să reglementeze tot complexul de raporturi sociale privind organizarea și funcționarea organelor de control a constituționalității legilor, statutul judecătorilor, procedura în fața instanței de control

7 Ioan Ceterchi, Ion Craiovan, *Introducere în teoria generală a dreptului*, București, Ed. ALL 1993, p. 128

a constituționalității legilor etc. În acest sens, desigur, este necesar ca să fie adoptat legi organice, legi federale etc., care să reglementeze problemele enunțate mai sus. Legile speciale privind Curțile Constituționale concretizează și dezvoltă normele de drept privind organizarea și funcționarea curților constituționale, competența curților constituționale, garanțiile statutului judecătorului, structura curților constituționale etc. Un loc aparte în aceste legi legislatorul rezervează proceduri juridiciale, principiilor procesuale, fazelor procesuale etc.

În confirmarea celor spuse mai sus art. 137 al Constituției Italiei prevede în alin. (1) că, o lege constituțională stabilește condițiile, formele și termenele în care pot fi formulate acțiunile privind legitimitatea constituțională precum și garanțiile de independență a judecătorilor Curții. Art. (2) al aceluiași articol prevede că celelalte reglementări pentru constituirea și funcționarea Curții sunt stabilite printr-o lege ordinară.

Art. 165 a Constituției Spaniei prevede că o lege organică va reglementa funcționarea Tribunalului Constituțional, statutul membrilor săi, procedura în fața acestuia și condițiile exercitării dreptului la acțiune.

O altă reglementare constituțională este art. 63 din Constituția Franței, care prevede că o lege organică stabilește regulile de organizare și de funcționare a Consiliului Constituțional, procedura de urmat în fața acestuia și, în special, termenele în care poate fi sesizat cu contestații.

Legea fundamentală a Republicii Federale Germania în art. 94 alin. (2) prevede o lege federală ce va reglementa organizarea și procedura Curții Constituționale Federale, la fel art. 93 alin. (2) prevede că pe lângă competențele ce sunt rezervate Curții Constituționale Federale de Constituție, prin legea federală sunt atribuite și alte competențe. Constituția Republicii Moldova, ca și constituțiile altor state prin art. 135 alin. (2) prevede că, Curtea Constituțională își desfășoară activitatea din inițiativa subiecților prevăzuți de legea cu privire la Curtea Constituțională.

Reieșind din studiul reglementărilor constituționale privind curțile constituționale putem spune că există norme constituționale generale ce se referă la activitatea curților constituționale, norme constituționale directe, care se referă la organizarea și funcționarea curților constituționale și norme constituționale care fac referințe la necesitatea adoptării unor acte normative pentru concretizarea reglementărilor constituționale.

Este necesar de menționat că normele constituționale reglementează nu numai raporturile juridice ce țin de organizarea și funcționarea curților constituționale, dar și categoriile de legi care trebuie să fie adoptate, cu ar fi în Republica Moldova — legea organică, România — legea organică, federația Rusă — legea constituțională, Republica Federativă Germania — legea federală, Franța — legea organică, Spania — legea organică, Italia — legea constituțională și legea organică.

Însă analiza comparativă ne demonstrează, că organizarea și funcționarea curților constituționale de regulă în majoritatea statelor se conține într-o singură lege, iar unele state în două și mai multe legi. În statele unde există două legi, o

lege prevede organizarea și funcționarea Curții Constituționale, competența Curții Constituționale, statutul etic al judecătorilor — este o lege materială, iar a doua lege prevede procedura jurisdicțională.

În acest sens în Republica Moldova, Legea cu privire la Curtea Constituțională din 13 decembrie 1994 reglementează organizarea și atribuțiile Curții Constituționale, statutul judecătorilor al Curții Constituționale etc., iar Codul Jurisdicției Constituționale din 16 iunie 1995 reglementează principiile jurisdicției constituționale, ședințele Curții Constituționale, participanții la proces și drepturile și obligațiile lor, subiecții cu drept de sesizare, actele Curții Constituționale etc.

O asemenea situație o putem întâlni și în Georgia, unde este Legea cu privire la Curtea Constituțională a Georgiei din 31 ianuarie 1996, Legea privind procedura constituțională din 21 martie 1996, Legea privind protecția socială a membrilor Curții Constituționale a Georgiei din 25 iunie 1996 și Regulamentul Curții Constituționale a Georgiei din 15 august 1996.

Potrivit art. 6 alin. (3) din Legea cu privire la Curtea Constituțională a Republicii Moldova, pe lângă Curte se formează Secretariatul, care are sarcina de asigurare a activității Curții, care funcționează în baza Regulamentului privind organizarea internă a Curții Constituționale, iar potrivit alin. (4) din același articol pe lângă Curtea Constituțională funcționează Consiliul științific consultativ care funcționează în baza Regulamentului potrivit art.36.

Izvoare a dreptului contenciosului constituțional pot fi și alte acte juridice normative în afară de legile speciale.

Contenciosul constituțional ca disciplină universitară de studiu

În spațiul european cercetarea contenciosului constituțional își pune începutul la sfârșitul la sfârșitul secolului XIX începutul secolului XX. Însă o dezvoltare de amploare și o afirmare temeinică contenciosul constituțional o capătă odată cu formarea curților constituționale, ca curmare a creșterii rolului controlului constituționalității legilor în garantarea supremației constituției și dezvoltării statului de drept.

Primele cercetări științifice au fost întreprinse de marele doctrinar german Georg Jellinek în lucrarea sa „O Curte Constituțională pentru Austria“, care prin această lucrare a pus începutul cercetărilor în domeniul contenciosului constituțional, care puțin mai târziu a fost continuată de un alt mare doctrinar în domeniul dreptului constituțional Hans Kelsen. Treptat cercetarea în domeniul contenciosului constituțional se extinde în tot spațiul european, SUA și Canada. În acest context apar un șir de lucrări care credem că este necesar să fie menționate: V.C. Diablo „Судебная охрана конституций в буржуазных государствах и в Союзе СССР“ din 1928; Antonescu M. „Instituționalitatea legii din 18 decembrie 1911 asupra tramvaielor comunei București. Competența tribunalelor de a judeca inconstituționalitatea legilor“ din 1912; Văleanu A. „Controlul constituționalității legilor în dreptul român și comparat“ din 1936; Lepădăiescu M. „Teoria generală a controlului constituționalității legilor“ din 1974.

În anii 1980—1990 apar lucrările autorilor Bobolov S. „Конституционная юстиция“ din 1995; Rousseau D. „Droit de contentieux constitutionnel“ din 1994; Vitnik N. „Конституционное правосудие“ din 1998; Steinberg H. „Modeles de jurisdiction constitutionnelle“ din 1993 etc.

Odată cu formarea curților constituționale în spațiul ex-sovietic un aport important în cercetarea controlului constituționalității legilor a fost adus de așa personalități ca N. Vitnic, C. Bobotov, V. Tumanov, B. Abzeev, B. Topornin, A. Smochină, N. Osmochescu etc. Un aport deosebit în dezvoltarea contenciosului constituțional în țările Europei Centrale și de vest a fost dus de către Șteinberger H., Eisenmann G., Favoreu L., Blonkenangheli A., Barri D., Rousseau D., Deleanu I., Muraru I., Iorgovan A., Șvarț G. etc.

Cercetarea contenciosului constituțional la etapa contemporană se transformă dintr-o problemă de cercetare națională într-o problemă interminabilă de cercetare internațională. Această ipoteză se confirmă prin apariția Comisiei europene pentru democrație prin drept numită și Comisia de la Venetia a Consiliului Europei care instituționalizează cercetarea științifică comparată a contenciosului constituțional.

Pentru ca contenciosul constituțional să fie o disciplină științifică este necesar în primul rând ca ea să aibă un obiect propriu de cercetare deosebită de obiectul altor discipline științifice. Însă pentru a fi în prezența unei științe, această condiție nu este suficientă, dar este necesar de evidențiat că cercetarea unei categorii determinate de fenomene nu se face la întâmplare și empiric, ci prin aplicarea unor metode științifice.

Pentru a recunoaște contenciosului constituțional însușirea de disciplină științifică este necesar în opinia noastră de a stabili dacă el are sau nu, un obiect propriu de cercetare. Deoarece contenciosul constituțional a apărut din necesitatea de a se studia științific soluționarea conflictelor dintre dispozițiile legale și dispozițiile constituționale ca fenomen juridic nou care a apărut începând cu sfârșitul secolului XIX începutul secolului XX și este evident că obiectul său de cercetare apare de la început bine determinat.

Întrucât obiectul contenciosului constituțional îl constituie controlul constituționalității legilor duce la o concluzie importantă că nici una din problemele cercetate în procesul de realizare a controlului constituționalității legilor nu poate rămâne în afara domeniului de preocupare a contenciosului constituțional. Acest obiect de cercetare și de studiu de la țară la țară poate fi de denumit și altfel, justiție constituțională, jurisdicție constituțională, arbitraj constituțional și contencios constituțional.

O analiză pur juridică a contenciosului constituțional nu ar putea duce la o cunoaștere integrală și orice cercetare în acest domeniu pentru a fi riguroasă științifică, trebuie să țină cont de relațiile sociale și politice, de care sunt generate sau pe care le generează. Astăzi studiul contenciosului constituțional în facultățile de drept se face în cadrul disciplinei „Drept constituțional“ și ca curs separat intitulat „Justiția constituțională“ sau „Contenciosul constituțional“. Considerăm că, față de cea ce

urmărim în predarea acestei discipline, denumirea adecvată de este cea de contencios constituțional. Ion Deleanu arată că justiția constituțională este o justiție exclusivă și concentrată, ea având monopolul contenciosului constituțional.⁸

Disciplina Contenciosul constituțional nu va putea duce la rezultate satisfăcătoare din punct de vedere științific dacă nu va merge împreună cu disciplinele „Drept constituțional“ și „Drept parlamentar“.

Până când în Republica Moldova, deși sau făcut cercetări profunde în domeniul controlului constituționalității legilor, nu există o înțelegere clară a Curții Constituționale, a rolului și locului ei în stat.

Aportul care poate fi adus de către Curtea Constituțională în garantarea drepturilor și libertăților fundamentale a cetățenilor și în edificarea statului de drept, precum și competența Curții nu este cunoscută nici de mulți juriști nemaivorbind de cetățeni. La fel nu există o legătură între Curtea Constituțională și instanțele judecătorești și de drept comun sau specializate în procesul de realizare a justiției. Necunoașterea Curții Constituționale în stat de către cetățeni este și din cauză că cetățenii în Republica Moldova nu sunt subiecți cu drept de sesizare, iar despre posibilitățile sesizării indirecte nu sunt informați. Toți acești factori este vizibil că impun necesitatea pregătirii în cadrul facultăților de drept mai efectivă a studenților precum și crearea cursului de contencios constituțional ca curs special pentru toate specializările, la fel este necesar ca să fie instruiți judecătorii, procurorii, avocații privind natura juridică și competența Curții Constituționale precum și procedura jurisdicțională, ca formă de procedură specială.

Credem că disciplina Contenciosul constituțional va contribui la o studiere profundă și complexă a soluționării conflictelor dintre dispozițiile legale și dispozițiile constituționale.

8 Ioan Muraru, Nasty Marian Vlădoiu, Andrei Muraru, Silviu-Gabriel Barbu, op. cit., p.1, I. Deleanu, Justiția constituțională, Ed. Lumina Lex, București, 1995, p.14

UNELE INSTRUMENTE DE POLITICĂ MONETARĂ ȘI VALUTARĂ ALE BĂNCII CENTRALE

Mariana ODAINIC, doctor în drept, conferențiar universitar ad interim

Foreign exchange intervention is frequently being used by central banks in countries which have a floating exchange rate. Most theoretical monetary policy models, however, do not take this phenomenon into account. This paper contributes to closing this gap between theory and practice by interpreting foreign exchange intervention as an additional monetary policy instrument for inflation targeting central banks, including National Bank of Moldova.

Keywords: Foreign exchange intervention; Monetary policy; Exchange rate; market reaction.

Intervențiile valutare reprezintă unul dintre instrumentele politicii monetare frecvent folosite în statele cu o rată flotantă a cursului valutar. Totuși multe modele teoretice de analiză a instrumentelor de politică monetară nu includ și intervențiile valutare în această categorie. Articolul de față caută să excludă decalajul dintre cele două abordări invocate de noi — cea practică și cea teoretică, prin conferirea intervenției valutare statutului de instrument al politicii monetare și valutare a băncii centrale ce are drept obiectiv principal țintirea inflației, exemplificând prin activitatea Băncii Naționale a Moldovei pe piața valutară, dar și a altor bănci centrale.

Cuvinte-cheie: intervenție valutară, politică monetară, rată de schimb, reacția pieței.

Cunoscutul autor de specialitate Lars Svensson menționează că nu există rațiuni ce ar explica intervenția valutară a unei bănci centrale în situația în care aceasta duce o politică transparentă de țintire a inflației¹. Această afirmație are drept obiectiv accentuarea ideii că intervenția valutară nu este recunoscută ca fiind un instrument la îndemâna băncii centrale care are drept obiectiv țintirea inflației. Respectiva concepție contrastează cu realitatea, astfel că intervențiile valutare sunt niște măsuri practicate sau instrumente utilizate chiar și în statele ce stabilesc și adoptă măsuri de țintire a inflației. Un exemplu ar fi cazul Băncii Naționale a Moldovei și intervențiile sale valutare recente în condițiile în care politica monetară și valutară a statului presupune țintirea inflației cu o țintă stabilită de 5%.

1 Lars Svensson. Inflation Targeting and Leading Against the Wind,“ presented at the „Conference on Fourteen Years of Inflation Targeting in South Africa and the Challenge of a Challenge of a Changing Mandate,“ Pretoria, October 30–31, 2014//<http://larseosvensson.se/files/papers/inflation-targeting-and-leaning-against-the-wind-paper-sarb.pdf>;

Sub aspect al analizelor de specialitate juridică, „dreptul-obligație“ de intervenție valutară sterilizată (care nu afectează baza monetară) a băncii centrale era anterior ținut deoparte de politica monetară. Și sub aspectul studiilor științifice de domeniu², acestea au fost mereu mai mult orientate spre studiul politicii cursului convențional de schimb valutar, ori spre analiza intervențiilor valutare. În pofda celor indicate mai sus, băncile centrale din întreaga lume au intervenit în mod frecvent, și chiar putem aduce unele exemple de intervenții de succes din ultimii 35 ani de curs flotant de schimb valutar, cele mai relevante fiind regăsite în Acordurile de la Plaza (22 septembrie, 1985) și Louvre din 22 februarie, 1987.

Totuși în situația în care cursul de schimb valutar este relevant pentru atingerea țintei inflației de către Banca Centrală, intervenția valutară se prezumă a fi unul dintre instrumentele necesare și utile ce se pun la dispoziția băncii centrale. Sub aspect juridic aceste intervenții constituie drepturi ale băncii centrale dar și obligații atunci când situația intervenită pe piața monetară și valutară solicită acest lucru. Îlar dacă din punct de vedere economic acest instrument se dovedește a fi unul necesar și util, pentru conferirea cadrului juridic adecvat acestor intervenții, dar și pentru stabilirea de limite de activitate în exercitarea acestui drept și obligații, este absolut necesară consfințirea juridică a acestor categorii juridice. În acest sens, legislația Republicii Moldova reglementează intervenția valutară în calitate de instrument de politică monetară, ce se va utiliza în anumite condiții expres reglementate în continuare de lege. Întru continuarea ideii enunțate vom menționa că în conformitate cu art. 4 al Legii cu privire la Banca Națională a Moldovei, obiectivul fundamental al Băncii Naționale este asigurarea și menținerea stabilității prețurilor. Suplimentar, conform aceluiași articol al actului normativ, fără prejudicierea obiectivului său fundamental, Banca Națională promovează și menține un sistem financiar bazat pe principiile pieței și sprijină politica economică generală a statului³.

Realizarea obiectivului fundamental al BNM — asigurarea și menținerea stabilității prețurilor, exprimat prin menținerea ratei inflației la un nivel redus și stabil, contribuie la crearea unui cadru macroeconomic favorabil pentru un nivel susținut al dezvoltării și creșterii economice. BNM are și alte obiective macroeconomice secundare, inclusiv asigurarea creșterii economice și ocuparea forței de muncă. Aceste obiective sunt urmărite în măsura în care nu afectează atingerea obiectivului fundamental al BNM. Pentru asigurarea și menținerea stabilității prețurilor, BNM promovează regimul țintirii directe a inflației. În conformitate cu ținta inflației, ca ancoră nominală a politicii monetare de 5%, BNM promovează regimul de flotare gestionată a cursului de schimb, fără a avea o țintă prestabilită a cursului de schimb valutar al leului moldovenesc.

Printre atribuțiile de bază ale autorității bancare centrale din statul nostru, regăsim următoarele: activitatea în calitate de organ unic de emisiune a monedei

2 F. Hufner. Foreign Exchange Intervention as a Monetary Policy Instrument Evidence for Inflation Targeting Countries. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2004. p 1;

3 Legea cu privire la Banca Națională a Moldovei, nr. 548-XIII din 21.07.1995//Monitorul Oficial al R.Moldova nr.56-57/624 din 12.10.1995;

naționale; stabilirea, prin consultări cu Guvernul, regimul cursului de schimb al monedei naționale; păstrarea și gestionarea rezervelor valutare ale statului; asumarea de obligații și execută tranzacțiile rezultate din participarea Republicii Moldova la activitatea instituțiilor publice internaționale în domeniul bancar, de credit și monetar în conformitate cu condițiile acordurilor internaționale; efectuarea reglementării valutare pe teritoriul Republicii Moldova etc.⁴

Atingerea țintei se realizează prin utilizarea instrumentului principal de politică monetară — operațiunile de piață deschisă. În același timp, BNM utilizează și instrumentele auxiliare de politică monetară, precum facilitățile permanente, norma rezervelor obligatorii și intervențiile pe piața valutară. Aceste instrumente au un impact direct asupra nivelului ratelor dobânzilor nominale pe termen scurt pe piața monetară. În scopul realizării țintei inflației, condițiile pe piața monetară sunt dirijate de BNM prin stabilirea de către Consiliul de administrație a indicatorului principal pentru piața monetară interbancară pe termen scurt — rata de bază⁵. Vom face câteva referiri la instrumentele regăsite în cadrul normativ al statului nostrum și aflate la îndemâna Băncii Naționale a Moldovei.

Operațiunile pe piața monetară sînt operațiunile executate pe piața financiară la inițiativa BNM cu participarea benevolă a băncilor autorizate. Banca Națională poate efectua pe piețele financiare operațiuni cu creanțe emise de stat, de către Banca Națională sau cu orice alte creanțe prin cumpărarea, păstrarea și vânzarea lor (spot și forward). Operațiunile de piață deschisă pot fi efectuate prin tender anunțat anticipat (licitații), sau negocieri directe. Utilizând Operațiunile de piață deschisă, BNM asigură piața cu lichiditate, efectuând operațiuni REPO, sau cumpărând active (valori mobiliare sau valută străină), sau scoate resurse din piață, plasînd certificate proprii (CBN), efectuînd operațiuni revers-Repo, vînzînd active (valori mobiliare sau valută străină) sau acceptînd depozite la termen.

Operațiunile pe piața valutară sunt intervențiile valutare, ce se derulează în strictă conformitate cu obiectivele politicii valutare. Banca Națională utilizează în calitate de instrumente ale intervențiilor valutare atât operațiunile directe (cumpărări sau vânzări la vedere de valută contra lei moldovenești), care influențează masa monetară, cât și operațiunile de ajustare (swap-uri valutare), care sunt instrumente reversibile și nu influențează masa monetară pe termen lung. În acest sens, legislația stabilește băncii centrae a statului următoarele drepturi: a) să cumpere, să vîndă și să negocieze monede de aur, lingouri de aur și alte metale prețioase; b) să cumpere, să vîndă și să negocieze valuta străină, folosind activele — aur; valută străină în formă de bancnote și monede metalice ori conturi bancare ținute peste hotare în valută străină; orice alte active recunoscute pe plan internațional; cambii achitabile în valută străină; creanțe exprimate și achitabile în valută străină, emise sau garantate de statele străine, băncile lor centrale sau instituțiile financiare publice internaționale, precum

4 Art. 5, al. 1, ibidem;

5 http://www.bnm.md/md/info_about_bnm

și de acorduri de cumpărare forward și recumpărare încheiate cu sau garantate de acestea, precum și dreptul de a cumpăra și vinde bunuri de tezaur și alte valori mobiliare, emise sau garantate de către guverne străine și instituțiile financiare publice internaționale, dar și dreptul de a stabili rata la care va cumpăra, vinde și va efectua operațiunile menționate mai sus. Aceste instrumente sunt reglementate de sistemele de drept ale tuturor statelor lumii⁶.

În paralel, operațiunile de swap valutar reglementate de legislația comunitară nu pot fi neglijate în actualul context. Acestea sunt efectuate în scopuri de politică monetară constau în tranzacții simultane la vedere și la termen efectuate cu euro în schimbul unei monede străine. Aceste operațiuni se utilizează în scopuri de reglaj fin, în special pentru a gestiona situația lichidității de pe piață și pentru a direcționa ratele dobânzii. Din punctul de vedere al naturii juridice, respectivele operațiuni de swap valutar sunt efectuate în scopuri de politică monetară se referă la operațiunile prin care Eurosistemul cumpără (sau vinde) euro la vedere în schimbul unei monede străine și, în același timp, o revinde (sau răscumpără) la termen, la o dată de răscumpărare determinată. Dispozițiile contractuale aplicate de BCN în cauză (sau de BCE) conțin prevederi suplimentare privind operațiunile de swap valutar.

Facilitățile permanente reprezintă facilitățile pe care BNM le pune la dispoziția băncilor autorizate la inițiativa acestora. BNM oferă facilitatea de credit overnight și facilitatea de depozit overnight. Facilitățile permanente joacă rolul unui mecanism de siguranță în gestionarea lichidității pe piața monetară: facilitatea de credit overnight oferă posibilitate băncilor să ia credite de la BNM, iar facilitatea de depozit overnight creează posibilitatea plasării excesului de lichiditate.

Rezervele obligatorii reprezintă nivelul minim al mijloacelor atrase pe care o bancă autorizată trebuie să le dețină la BNM. Pentru evaluarea îndeplinirii acestei obligații se utilizează media soldurilor zilnice ale contului de rezerve pe durata unei perioade de aplicare⁷. Aceste rezerve se mențin prin reținerea banilor în numerar în casa sau în conturile de corespondent ale băncilor sau în conturi speciale ale instituțiilor financiare la Banca Națională. Banca Națională stabilește aceleași rate de rezerve obligatorii pentru pasive de același fel și determină modul lor de calcul. Cerințele față de menținerea rezervelor obligatorii și de majorarea lor intră în vigoare în termen de cel puțin 10 zile de la notificarea instituțiilor financiare. În plus, Banca Națională plătește dobândă la cota din rezervele obligatorii ce depășește 5% din pasivele în baza cărora se calculează aceste rezerve sau la o cotă mai mare stabilită prin regulamentul Băncii Naționale. În cazul nerespectării de către instituțiile financiare a cerințelor stabilite privind rezervele obligatorii, Banca Națională le aplică o amendă la o rată egală cu rata de bază pe zi la data deficienței plus 0,2% înmulțită cu deficiența pentru toată perioada cât durează ea. Amendă se încasează în bugetul

6 F. Hufner. Foreign Exchange Intervention as a Monetary Policy Instrument Evidence for Inflation Targeting Countries. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2004. P. 1.

7 http://www.bnm.md/md/money_politics_tools

statului prin deducerea incontestabilă din contul instituției financiare aflat la Banca Națională⁸.

În ceea ce privește includerea intervenției valutare în setul de instrumente de politică monetară sub aspect normativ, același lucru este regăsit la majoritatea băncilor centrale ale statelor. Spre exemplu Banca Centrală a Serbiei include intervenția valutară în acest set de instrumente, stipulând totodată unele concretizări ce vizează scopurile cu care se va face orice intervenție de acest gen. În acest sens intervențiile valutare se vor face în vederea atingerii a 3 obiective: moderarea oscilațiilor cotidiene excesive ale monedei oficiale; asigurarea stabilității financiare, menținerea unui nivel adecvat al rezervelor valutare⁹.

Exemplul Finlandei ne indică faptul că și banca centrală a acesteia include în setul de instrumente ale politicii monetare intervenția valutară. Scopul este de menținere a stabilității financiare. Scopurile operaționale ale acestei bănci centrale în cadrul sistemului financiar se cristalizează în două noțiuni de bază: stabilitate și eficiență¹⁰. Politica monetară, conform reglementărilor de specialitate în vigoare pe teritoriul Finlandei, este determinată ca ancora stabilității. Acest lucru rezultă și din obiectivul fundamental stipulat în actele de constituire și funcționare a Băncii Centrale Europene, care stipulează că acesta este menținerea stabilității prețurilor. Astfel, în conformitate cu articolul 127 alineatul (1) și cu articolul 282 alineatul (2) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, obiectivul principal al SEBC este menținerea stabilității prețurilor. Fără a aduce atingere obiectivului privind stabilitatea prețurilor, SEBC sprijină politicile economice generale din Uniune, cu scopul de a contribui la realizarea obiectivelor Uniunii, definite la articolul 3 din Tratatul privind Uniunea Europeană. SEBC acționează potrivit principiului unei economii de piață deschise în care concurența este liberă, favorizând o alocare eficientă a resurselor și respectând principiile stabilite la articolul 119 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene¹¹. În conformitate cu articolul 127 alineatul (2) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, misiunile fundamentale care urmează să fie îndeplinite prin intermediul SEBC sunt: definirea și aplicarea politicii monetare a Uniunii; desfășurarea operațiunilor de schimb valutar, în conformitate cu articolul 219 din tratatul menționat; deținerea și administrarea rezervelor valutare oficiale ale statelor membre; promovarea bunei funcționări a sistemelor de plăți¹².

În elementul ce prevede deținerea și administrarea rezervelor valutare, legislația comunitară reglementează posibilitatea intervențiilor valutare din partea BCE. Totuși

8 Art.17 Legea cu privire la Banca Națională a Moldovei, nr.548-XIII din 21.07.1995//Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.56-57/624 din 12.10.1995.

9 http://www.nbs.rs/internet/english/30/30_4/index.html;

10 <http://www.suomenpankki.fi/en/rahapolitiikka/valuuttakurssipolitiikka/Pages/default.aspx>;

11 Art. 2 al Protocolului (NR. 4) privind statutul Sistemului European al Băncilor Centrale și al Băncii Centrale Europene // https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/c_32620121026ro_protocol_4.pdf;

12 Art. 3, ibidem;

la capitolul operațiuni de piață monetară și de credit legislația stipulează următoarele: pentru a atinge obiectivele SEBC și a-și îndeplini misiunile, BCE și băncile centrale naționale pot: să intervină pe piețele financiare, fie prin operațiuni simple de vânzare și cumpărare (la vedere și la termen) sau prin contracte de report, fie prin primirea sau acordarea de împrumuturi de creanțe și instrumente tranzacționabile exprimate în moneda euro sau în alte monede, precum și de metale prețioase; să desfășoare operațiuni de creditare cu instituțiile de credit și cu alți participanți pe piață, pe baza unor garanții corespunzătoare. BCE stabilește principiile generale ale operațiunilor de piață monetară și de credit desfășurate de ea însăși sau de băncile centrale naționale, inclusiv cele privind comunicarea condițiilor în care acestea sunt dispuse să participe la aceste operațiuni¹³.

Un alt instrument reglementat de legislația comunitară este cel de menținere a rezervelor minime obligatorii ale instituțiilor financiare la băncile centrale ale statelor membre dar și în cadrul BCE. Astfel, sub rezerva articolului 2, BCE este împuternicită să impună instituțiilor de credit stabilite în statele membre obligația constituirii de rezerve minime obligatorii la BCE și la băncile centrale naționale, în conformitate cu obiectivele de politică monetară¹⁴. Consiliul guvernatorilor poate adopta regulamente privind calcularea și determinarea rezervelor minime obligatorii. În cazul nerespectării acestei obligații, BCE are dreptul¹⁵ de a percepe dobânzi penalizatoare sau de a impune alte sancțiuni cu efect similar¹⁶.

Eurosistemul efectuează operațiuni valutare în conformitate cu articolele 127 și 219 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene. Operațiunile valutare includ: intervențiile pe piața valutară și operațiuni precum vânzarea de valută obținută din veniturile din dobânzile aferente activelor externe de rezervă și „tranzacțiile comerciale. Intervențiile valutare pot fi unilaterale sau concertate la nivel de Uniune Europeană. În lipsa unor acorduri oficiale sau a unor orientări generale, Eurosistemul poate hotărî, în caz de necesitate, să efectueze intervenții pe piața valutară. Eurosistemul poate derula astfel de intervenții fie în mod individual (intervenții unilaterale), fie într-un cadru coordonat, care include și alte bănci centrale (intervenții concertate). O altă delimitare a intervențiilor este în funcție de subiectul care intervine, ele clasificându-se în acest caz în centralizate sau descentralizate. Astfel, intervențiile pot fi efectuate fie direct de către BCE (în mod centralizat), fie de către BCN care acționează în numele BCE în baza unui „mandat explicit“ (în mod descentralizat). Modul în care se realizează intervenția, centralizat sau descentralizat, nu este relevant

13 https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/c_32620121026ro_protocol_4.pdf;

14 Regulation ECB/2003/9 of 12 September 2003 on the application of minimum reserves;

15 Regulation ECB/1999/4 of 23 September 1999 on the powers of the European Central Bank to impose sanctions.

16 Art. 19, p. 19.1 al Protocolului (NR. 4) privind statutul Sistemului European al Băncilor Centrale și al Băncii Centrale Europene // https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/c_32620121026ro_protocol_4.pdf;

din punct de vedere al obiectivului final al operațiunii. Orice intervenție privind o altă monedă din UE este efectuată fără să se aducă atingere obiectivului fundamental al BCE, respectiv menținerea stabilității prețurilor, și este realizată de Eurosistem în strânsă colaborare cu BCN respectivă din afara zonei euro, îndeosebi în ceea ce privește finanțarea intervenției¹⁷. De menționat este și faptul că intervențiile pe piața valutară pot fi, de asemenea, efectuate în cadrul mecanismului cursului de schimb II (MCS II), care a devenit operațional la începutul celei de-a treia etape a Uniunii Economice și Monetare. MCS II se bazează, în principal, pe două documente juridice: Rezoluția Consiliului European din 16 iunie 1997 și Acordul încheiat la 1 septembrie 1998 între BCE și BCN ale statelor membre din afara zonei euro, cu modificările ulterioare.

Cele relatate aduc un plus argumentului cu care a fost demarat prezentul articol și anume includerea intervenției valutare în setul de instrumente de politică monetară și valutară ce se află dispoziția băncii centrale în vederea menținerii stabilității prețurilor, a stabilității financiare etc. E benefică abordarea acestora din perspectivă teoretică, normativă și practică întru completarea deficiențelor atestate.

17 <https://www.ecb.europa.eu/ecb/tasks/forex/html/index.ro.html>;

РЕФОРМИРОВАНИЕ И МОДЕРНИЗАЦИЯ ВЫСШЕГО ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Евгений Леонидович ПОЦЕЛУЕВ, кандидат исторических наук, доцент*

Ольга Владимировна КУЗЬМИНА, кандидат исторических наук, доцент**

In the article the modern state of Russian higher legal education in the conditions of Bologna process is analyzed. The authors give the specific proposals for higher school improving according to the European and American experience and to the integration and globalization processes.

Key words: reformation, modernization, legal faculties of the universities, schools of law, matriculation to legal faculties, studying program, state educational standards, European educational systems, baccalaureate (bachelor's degree), specialist's degree, master's degree, teaching of law, forms of lessons, practical orientation of education, students' knowledge examination.

В статье анализируется современное состояние высшего юридического образования в России в условиях реализации Болонской модели, и делаются конкретные предложения по совершенствованию высшей школы с учетом европейского и американского опыта, процессов интеграции и глобализации.

Ключевые слова: реформирование, модернизация, юридические факультеты университетов, школы права, поступление на юридические факультеты, программа обучения, государственные стандарты, европейские образовательные системы, бакалавриат, специалитет, магистратура, преподавание права, формы занятий, практикализация образования, проверка знаний студентов, допуск к профессии.

* Канд. истор. наук, доцент, зав. кафедрой теории и истории государства и права, руководитель межвузовского Центра немецкого права, координатор международных связей и мобильности юридического факультета ИвГУ.

** Канд. юрид. наук, доцент, зав. кафедрой уголовного права и процесса, декан юридического факультета ИвГУ.

При подготовке данного материала использовались результаты стажировки Е.Л. Поцелуева в университете Пассау (20 декабря 2006 г. — 30 января 2007 г., 20 декабря 2009 г. — 31 января 2010 г.) и Studienreise (студенческих поездок) (19–30 марта 2009 г. — Свободный университет Берлина (FU), университеты Гейдельберга и Пассау, Конституционный Суд в г. Карлсруэ; 10–21 апреля 2011 г. — Потсдама, Свободный университета Берлина, университеты Потсдама, Ганновера, Кельна, Марбурга и Пассау) при финансовой поддержке ДААД, встреч и бесед со студентами, магистрами, аспирантами, научными сотрудниками, профессорами и деканами юридических факультетов вышеуказанных вузов, а также посещения немецких библиотек, работы в них. Хотелось бы выразить особую благодарность профессору М. Финке, который обстоятельно и терпеливо разъяснял мне не только отдельные нюансы, аспекты юридического образования в университетах Германии, но и традиции немецких университетов, их кадровую политику, организовал для меня встречи с деканом факультета и практически со всеми заведующими кафедрами на юридическом факультете университета г. Пассау, профессорами, рядом доцентов и о сотрудников.

Тема, посвященная юридическому образованию, имеет громадное значение, так как во время учебы формируется профессиональное правовое сознание и приобретаются элементы профессиональной правовой культуры. Выпускники юридических вузов и факультетов, как известно, работают в органах законодательной, исполнительной (многие президенты США¹, ряд председателей правительства РФ, министры внутренних дел, министры юстиции и др.), судебной власти; во всех правоохранительных органах, обеспечивают юридическое сопровождение бизнеса. Таким образом, юристы занимаются правотворчеством, интерпретацией права и его реализацией, особенно применением. Ученые–юристы, как правило, это одновременные вузовские преподаватели, занимаются подготовкой нормативных правовых актов (авторы Конституции РФ — доктора юридических наук, профессора С.С. Алексеев, А.А. Собчак, С.М. Шахрай и др.), нормативных договоров (особенно международных); входят в состав высших судов своей страны, Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ, как, например, в свое время, доктора юридических наук, профессора В.А. Туманов, А.И. Ковлер) и нередко возглавляют их (так, председателями Конституционного Суда РФ были и есть только доктора юридических наук В.А. Туманов, М.В. Баглай, В.Д. Зорькин); принимают судебные решения, становящиеся прецедентами, или дают разъяснения, которыми руководствуются нижестоящие суды; преподают студентам, готовят аспирантов и консультируют докторантов; входят в состав диссертационных советов и Высшей аттестационной комиссии (ВАК) и, тем самым, определяют количественный и качественный состав ученых высшей квалификации.

Перемены в сфере высшего профессионального образования в РФ за последние 20 лет — политика государства в сфере высшего юридического образования, его дальнейшая коммерциализация, значительный рост услуг по подготовке юристов, изменение статуса вузов (превращение институтов в академии, академий в университеты, государственных университетов в федеральные и национальные), почти полный отказ от специалитета к 1 сентября 2015 г. и переход на систему бакалавр — магистр, связанные с этим изменения в содержании и сроках обучения, другие перемены, вызванные вхождением России в Болонский процесс, требуют постоянного мониторинга и анализа со стороны научного сообщества².

1 «Многие президенты, от Джона Адамса до Ричарда Никсона и Джеральда Форда, были адвокатами», — пишет Лоуренс Фридмэн и далее делает образное сравнение: «Сегодня адвокатов в правительстве много, как воробьев...» // Фридмэн Л. Введение в американское право. М.: Изд. гр. «Прогресс», «Универс», 1993. С. 203, 204.

2 См.: *Байденко В.И.* Болонский процесс: структурная реформа высшего образования Европы. М., 2002; *Белых В.С.* Нужна ли модернизация юридического образования в России? // *Юридическое образование и наука.* 2013. № 4. С. 17–21; Болонский процесс в документах и статьях (Сорбонна — Болонья — Саламанка — Прага) / сост. Е.В. Шевченко. СПб., 2003; *Бондарь Н.С.* Современные ориентиры российского юридического образования: национальные традиции или космополитические иллюзии? // Там же. №

Глобализация и интеграция (членство в ООН, ВТО³, Европейском Союзе) объективно диктуют вестернизацию и универсализацию (или регионализацию в рамках региональных международных организаций, не являющихся наднациональными) внутригосударственного законодательства, стандартизацию в экономике, финансовой и банковской сферах, в области прав и свобод человека и гражданина (соблюдение общепризнанных норм и принципов международного права в этом

-
1. С. 7–16; *Горбатова М.К.* Высшее юридическое образование в современной России: теоретико–правовые аспекты развития: автореф. дис. ...к.юн. Н. Новгород, 2007; *Денисова Е.М.* Проблемные аспекты в регулировании правового образования в России // Там же. 2012. № 3. С. 14–17; *Зипунникова Н.Н., Зипунникова Ю.Н.* Российское государство и юридическое образование в XVIII — начале XXI века (некоторые размышления) // Юридическое образование в России и за рубежом: проблемы и перспективы развития: сб. тез. межвуз. науч.–практич. конф. / отв. ред. Т.Н. Ильина. Курск, 2013. С. 6–21; *Кабанова И.Е.* Болонский процесс и вступление в ВТО: перспективы и проблемы высшего юридического образования в Российской Федерации и Республике Беларусь // Юридическое образование и наука. 2012. № 4. С. 19–21; *Кузьмина О.В.* Болонский процесс и юридическое образование в классическом университете // Традиции ИвГУ и вызовы Болонского процесса: проблемы, противоречия, пути решения: сб. науч.–метод. ст. Иваново, 2007. С. 42–46; *Кутузов В.И., Гриб В.В.* Новая волна модернизации юридического образования // Юридическое образование и наука. 2010. № 1. С. 15–19; *Левитан К.М.* Дидактические проблемы современного юридического образования // Российский юридический журнал. 2013. № 6; *Лукин В.П.* Права человека и модернизация российского образования: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. М., 2006; *Марченко М.Н.* Проблемы качества юридического образования в современной России // Аккредитация в образовании. 2008. № 23. С. 10–11; *Наумкина В.В.* Двухуровневое юридическое образование и компетентностный подход: вопросы теории // Юридическое образование и наука. 2012. № 4. С. 13–15; *Новикова Н.С.* Болонский процесс и высшее юридическое образование // Правоведение. 2003. № 2. С. 248–253; *Носов С.И.* О некоторых проблемах юридического образования и аттестации научных кадров высшей квалификации // Юридическое образование и наука. 2013. № 14. С. 37–41; *Певцова Е.А.* О структурировании парадигмы современного юридического образования // Правовая политика и правовая жизнь. 2002. № 2. С. 149–153; *Перевалов В. Д.* Теоретические и исторические аспекты российского юридического образования. Екатеринбург, 2008; *Поцелуев Е.Л.* Предложения по совершенствованию юридической науки и юридического образования в РФ // Актуальные аспекты анализа и обобщения (проблема междисциплинарного подхода): сб. тезисов Девярых философско–правовых чтений памяти академика В.С. Нерсисянца / сост. В.Г. Графский. М., 2014. С.46–47; Право на образование: проблемы его реализации: тез. IV Междунар. науч.– практич. конф. в РУДН. М., 1999; *Русинов Р.К.* Методические вопросы юридического образования. Чему и как учить будущих юристов: Науч.–метод. пособие. Екатеринбург, 2014; *Шевелева Н.А., Лаврикова М.Ю.* Некоторые проблемы нового этапа развития юридического образования // Закон. 2014. № 1. С. 41–45; Юридическое образование в России: поиск новых стандартов качества. Материалы исследования. М., 2013; и др.
- 3 См.: *Кабанова И. Е.* Болонский процесс и вступление в ВТО: перспективы и проблемы высшего юридического образования в Российской Федерации и Республике Беларусь // Юридическое образование и наука. 2012. N 4. С. 19–21.

и других вопросах)⁴, образовании и др. Эти процессы вызывают миграцию, в том числе трудовую, академическую мобильность студентов, аспирантов и преподавателей. Поэтому унификация права, в том числе образовательного, при сохранении национальной самобытности, традиций, жизненно необходима.

Модернизация юридического образования неотделима от реформирования всего высшего профессионального образования и науки в РФ. Многие проблемы, трудности, недостатки, на наш взгляд, являются общими и имеют системный характер. Для их преодоления нужно активно заимствовать зарубежный опыт (Западной Европы⁵, особенно немецкоязычных стран⁶, и, в определенной мере, США⁷

- 4 См. подробнее: *Марченко М. Н.* Государство и право в условиях глобализации. М., 2011.
- 5 См.: *Бойцова В.В., Бойцова Л.В.* Юридическое образование в Нидерландах // Государство и право. 1997. № 4. С. 103–107; *Бойцова В.В.* Европейский образовательный процесс и Россия // Государство и право. 1997. № 11. С. 69–74; *Горбатова М.К.* Правовые аспекты интернационализации высшего образования // XI Нижегородская сессия молодых ученых: Материалы докладов. Н. Новгород: Изд-во О.В. Гладкова, 2006. С. 12–15; *Захарова М. В.* Система оценки знаний юридических кадров во Франции // Юридическое образование и наука. 2013. № 1. С. 32–33; *Осакве К.* Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части: Учеб.–практ. пособие. М.: Дело, 2000. С. 30, 71 и др.; *Попондопуло В.Н.* Некоторые аспекты юридического образования в Великобритании, Германии, Японии и России // Юридическое образование и наука. 2003. № 2. С. 40–45; *Ярков В.В.* Юридическое образование во Франции: современное состояние и перспективы развития // Там же. 2002. № 4. С. 17–23; и др.
- 6 См.: *Антонов И.П.* Подготовка «юридического корпуса» в Германии // Юридическое образование и наука. 2001. № 2. С. 36–41; *Бланкенбург Э.* Юристы и правовые инновации в Германии и США (Сравнительный анализ) // Государство и право. 1997. № 5. С. 100–108; *Жалинский А., Рёрихт А.* Введение в немецкое право. М.: Спарк, 2001. С. 80–112; *Обидина Л.В.* Юридическое образование в Баварии // Государство и право. 1997. № 7. С. 66–70; *Поцелуев Е.Л.* 1) Юридическое образование в университетах ФРГ: поучительный опыт // Научно–методические аспекты проектирования основных образовательных программ на основе компетентностного подхода: сб. науч.–метод. ст. Иваново: Иван. гос. ун–т, 2010. С. 124–127; 2) Реализация права на высшее юридическое образование в РФ, Западной Европе и США // Личность, право, власть в современной России: сб. материалов VIII Всероссийской науч.–практ. конф. (11 декабря 2010 года) : в 2 т. / сост. В.В. Груздев. Кострома, 2011. Т. 1. С.324–337; 3) Университетское юридическое образование в ФРГ: что можно и нужно позаимствовать? // Правоведение. 2012. № 5. С. 105–116; *Хильгендорф Э.* Юридическое образование и новые технические средства обучения // Правоведение. 2009. № 5. С. 234–252; и сл.;
- 7 См.: *Бернам У.* Правовая система США. 3–й вып. М.: Новая юстиция, 2006. С. 235–234; *Казачкова З.М., Клюковская И.Н.* Юридическое образование в США: совершенствование модели // Lex russica. 2013. № 7. С. 775–776; *Карнаков Я.В.* Особенности юридического образования в США // Закон. 2009. № 3. С. 73–84; *Колесников П.М., Юдкин А.В.* Юридическое образование в США: история и современное состояние // Государство и право. 2010. № 8. С.; *Николаев Б.В.* Верховный суд, религия и образование в США // Государство и право. 2013. № 2; *Осакве К.* Указ. соч. 67–70; *Чарльз М.* Законодательная политика США в сфере образования // Юридическое образование и наука. 1999. № 2. С. 37–41; и др.

и Великобритании⁸), по финансовой поддержке высшей школы, приему студентов, содержанию и формам учебного процесса, проверке и оценке знаний студентов (немецкая модель), органично сочетая и фундаментальность, и практизацию⁹ высшего юридического образования, мобильности студентов и

- 8 См.: *Захаров В.В., Ильина Т.Н.* Юридическое образование в Великобритании: традиции и перспективы развития // Auditorium: электронный научный журнал Курского государственного университета. 2014. № 2. С. 1–13; *Попов В.И.* Подготовка юристов в Англии // Правоведение. 1980. № 2. С. 86–91; *Тарасюк Л.Н.* Высшее образование Великобритании в контексте Болонского процесса: Учеб. — метод. пособие. М., 2009; и др.
- 9 См.: *Безрядин В.И., Проценко Е.Д.* Профессиональная подготовка юристов: вопросы организации и проведения производственной практики студентов // Юридическое образование и наука. 1999. № 1. С. 5–8; *Профессиональные навыки юриста: Опыт практического обучения.* М.: Дело, 2001; *Горбатова М.К.* Интеграция юридического образования и практики // Вестн. Нижегородского государственного университета (ННГУ). Сер. Право. Вып. 1 (9). Н. Новгород: Изд-во ННГУ им. Н. И. Лобачевского, 2006. С. 315–324; *Грачева Н.Л., Лаврикова М.Ю.* Правовая клиника юридического факультета СПбГУ: Итоги первых лет становления и развития // Правоведение. 2003. № 5. С. 253–257; *Грушева Г.В.* Проблема «европеизации» юридического образования в вузе // Юридическое образование и наука. 2003. № 3. С. 14–15; *Доброхотова Е.Н.* 1) Роль юридических клиник в подготовке юристов XXI века (о методах и формах юридического образования в современной России) // Правоведение. 2000. № 4. С. 22–229; 2) Клиника — учеба через практику // Реформа российского юридического образования: современный этап. Материалы всерос. науч.-метод. конф. СПб., 2002. С. 109–113; 3) Развитие Правовой клиники: двусторонняя оценка процесса и результатов // Правоведение. 2003. № 5. С. 239–252; 4) Организация и управление в юридической клинике: Опыт практической деятельности в современной России: Учеб. пособие / отв. ред. Л.А. Воскобитова, Л.П. Михайлова, Е.С. Шутрина. М., 2003. С. 146–168; 5) Социальная миссия юридических клиник и правовые аспекты ее выполнения // Социальное правовое государство: вопросы теории и практики: Материалы межвуз. науч.-практ. конф. СПб., 2003. С. 143–148; 6) Модернизация высшего юридического образования в направлении усиления связи с практикой // Правоведение. 2003. № 4. С. 243–249; 7) Практическое обучение юристов в России: история становления и перспективы развития (на примере юридической клиники в СПбГУ): автореф. дис. ... к.ю.н. СПб., 2007; *Дудырев Ф.Ф., Малков В.П.* Юридические клиники в России: Возвращение через 150 лет // Государство и право. 2002. № 4. С. 61–63; *Еникеев З.Д.* Наука и практика — неотъемлемое условие подготовки юридических кадров // Проблемы высшего юридического образования. Екатеринбург, 1995. С. 22–25; *Захаров В.В., Ливи М., Шабельников Д.Б.* Юридические клиники // Профессиональные навыки юриста: Опыт практического обучения. С. 33–79; *Зипунникова Ю. Н.* Юридическая клиника: цели, организация, технологии обучения // Применение современных образовательных технологий в образовательном процессе: Материалы межвузов. учеб.-метод. конф. (Екатеринбург, 19–20 апр. 2014 г.) / отв. ред. М.С. Саликов. Екатеринбург, 2013. С. 61–67; *Михайлова Л.П.* Юридические клиники и некоторые вопросы профессиональной этики юриста // Профессиональные навыки юриста: Опыт практического обучения. С. 110–143; *Третьякова Е.С.* Создание юридических клиник — один из путей решения проблем современного юридического образования // Тенденции юридического образования в России: Сб. тезисов выступл. на конф. и ст. / под ред. А.К. Голиченкова; сост. Д.Я. Малешин. М., 2006. С. 170–175;

преподавателей, учету успеваемости при трудоустройстве, анализу ситуации юристами западных стран (США и др.), избегая при этом недостатков, присущих западной модели высшего юридического образования¹⁰, и преодолению пагубного мифа, стереотипа о перепроизводстве юристов в РФ.

Прием на юридические факультеты и в юридические вузы. Тяжело, сложно, малопродуктивно работать с неподготовленными или слабоподготовленными отечественными и иностранными студентами (у последних порой — недостаточное знание русского языка). В ФРГ на юридические факультеты университетов поступают лишь, во-первых, только выпускники гимназий, что является гарантией определенного уровня их знаний, эрудиции и т.п., так как в немецкие гимназии после окончания четвертого класса попадают лишь хорошо и отлично успевающие школьники; во-вторых, проходной балл на юридические факультеты университетов всегда достаточно высокий — от 1.0 (*sehr gut*) до 2.0 (*gut*) и может составлять 1,8–1,9¹¹.

Проходной балл на очное бюджетное отделение юридического факультета ИвГУ в 2014 г. составил 236 баллов (выпускник средней общеобразовательной школы в РФ может набрать при сдаче ЕГЭ 300 баллов), поэтому практически все они способны к учебе в классическом университете на бакалавриате и большинство из них может продолжить учебу и в магистратуре. Уже хуже ситуация на первом курсе дневного внебюджетного отделения и еще менее подготовленный контингент поступает на заочное отделение (в ФРГ заочного обучения на юридических факультетах университетов практически нет). Среди 50 первокурсников заочного отделения юридического факультета ИвГУ в 2014/15 учебном году средний балл колеблется от 126 до 254 баллов. Наш опыт работы на факультете убеждает, что каждый год на разных формах обучения есть студенты, у которых плохо развиты память, мало эрудиции, явные пробелы в школьных знаниях по обществознанию, истории, географии и они не готовы учиться в классическом университете. Честно сдать предметы они не в состоянии, поэтому пытаются списывать или получить оценку другим незаконным путем. Деканат и преподавателей берут «в осаду» их родители, родственники, в ряде случаев представители некоторых землячеств. Оптимальный путь — отсечь такой контингент от университетского, в частности юридического, образования на стадии поступления. Поэтому поддерживаем идеи высшего руководства страны и Министерства образования и науки РФ об установлении минимального предела для поступления в вузы. Думаю, что здесь должна быть дифференциация, например, для МГУ и СПбГУ — это, допустим, 250 баллов; федеральных университетов — 225, национальных

Туманова Л.В. Сделать образование практическим (Об опыте «юридических клиник») // *Росс. юстиция*. 1999. № 5. С. 54; и др.

10 Бернам У. Указ. соч. С. 250–53; Жалинский А., Рёрихт А. Указ. соч. С. 96–97; Wiarda J.–M. Was ist uns Bildung wert? // *Die Zeit* № 15. 7. April 2011. S. 71; u.a.

11 См.: Обидина Л.Б. Указ. соч. С. 66–67.

исследовательских — 200, государственных — 175, иных (например, областных) — 150.

Болонский процесс и интеграция в образовательное пространство Европы. По примеру университетов в Германии необходимо дать больше академической свободы российским университетам, в которых сами бы вузы принимали решение переходить им на Болонскую систему или нет, а если переходить, то в каких масштабах. В университетах ФРГ пока сохраняется традиционная система подготовки полного юриста (Volljuristen-Assesoren)¹². К примеру, немецкое университетское юридическое образование получить весьма непросто, и это длительный по сравнению с Россией процесс, поэтому можно сказать, что оно имеет своеобразный знак качества. Еще более сложно в Германии и немецкоязычных странах получить ученые степени по праву, неслучайно среди немецких докторов мало женщин (далеко не каждая женщина готова потратить много времени и сил на подготовку диссертации), и немецкие ученые-юристы востребованы во всем мире.

Магистратуры существуют на юридических факультетах немецких университетов, и немцы заинтересованы в притоке студентов из разных стран, в том числе из России. В ряде немецких вузов обучение в магистратуре идет на английском, что, конечно, нужно практиковать и в отечественных вузах. Поэтому при отборе кандидатов на преподавательские должности, избрании учитывать знание ими иностранного, а лучше нескольких иностранных языков. Отдельные курсы или хотя бы модули нужно читать на английском, немецком и французском, чтобы повысить привлекательность факультета и вуза для иностранных абитуриентов и студентов. Соответственно и программы учебных дисциплин, учебно-методическую и научную литературу необходимо переводить на иностранные языки, что уже делается, например, в МГЮА им. О.Е. Кутафина кандидатом юридических наук М.В. Захаровой¹³, лично и в кооперации с российскими французскими коллегами¹⁴. Другой путь — это приглашение курса лекций или определенного модуля иностранного доцента или профессора. В 2014/15 учебном году профессор, почетный профессор и доктор СПбГУ, СФУ и ИвГУ Мартин Финке¹⁵ прочитал для студентов 5 курса

12 См. подроб.: Жалинский А., Рёрихт А. Указ. соч. С. 83.

13 См.: Comparative law. М., 2013 (электронная версия).

14 См.: Les principes fondateurs des droits français et russe sous direction de Gennady A. Esakov, Nicholas Masek et Ferdinand Mélin-Soucramanien. Paris. Dalloz. 2011; Объекты и методология сравнительного правоведения // Основные начала российского и французского права. Учебник под. ред. Г.А. Есакова, Н. Мазека, Ф. Мелэна-Сукраманьена. М.: Проспект, 2012.

15 См. о нем: Поцелуев Е.Л. 1) 75 лет другу России и ИвГУ — немецкому профессору Мартину Финке // Вестник Ивановского государственного университета. Сер. «Естественные, общественные науки». Вып.1. 2012. С.37–39; 2) Юбилей немецкого профессора Мартина Финке // Правоведение. 2012. № 6. С. 258–262; и др.

очной формы обучения нашего факультета в течение месяца модуль¹⁶ по «Сравнительному правоведению» и «Уголовно–процессуальному праву зарубежных стран». Ранее также лекции студентам юрфака ИвГУ читали американские и другие западные ученые. Но должна быть система. Кроме того, есть финансовая проблема: с зарплаты иностранного гражданина взимается налог в размере 33%, что явно не способствует кооперации вузов и интеграции отечественный высшей школы в европейское и мировое образовательное пространство.

Оптимальный вариант — дать право выбора каждому факультету (ученому совету) ступеней обучения. Поскольку уровень подготовки абитуриентов и студентов весьма различный, различная успеваемость, разный уровень притязаний, то вполне логично объявлять прием и на бакалавриат, и на специалитет, и в магистратуру и в аспирантуру. Тем более, что дипломированные специалисты могут поступить не только в аспирантуру, но и в магистратуру и такие примеры есть. Более того, выпускники юридического факультета ИвГУ учатся в школах права английских и американских университетов, получают с «нуля» юридическое образование в университетах ФРГ и Италии (чтобы остаться там и работать по профессии), хотя их брали и в магистратуру этих вузов. Полезно обратить внимание на опыт Республики Беларусь, участника Болонского процесса, сохранившей специалитет по всем направлениям, но и открывшей магистратуры.

Необходимо срочно (это нужно было сделать еще 5–10 лет назад) законодательно определить перечень должностей, которые могут занимать выпускники со степенью бакалавра и магистра. По идее, магистры могут занимать все должности, на которых имеют право работать дипломированные специалисты. Следует также ускорить разработку профессиональных стандартов.

Содержание государственных образовательных стандартов и учебные планы юридических вузов и факультетов. Вызывает сомнение правильность подхода составителей, например, то, что такие дисциплины как «Римское частное право», «Жилищное право РФ» не являются обязательными¹⁷. Хорошо, что вуз, как это сделал ИвГУ, может сделать их обязательными, включив в региональный компонент учебного плана. На наш взгляд, элективные дисциплины должны учитывать процессы интеграции и глобализации, растущую роль КНР (в Европе изучение русского языка вытесняется китайским, студентам предлагаются курсы, связанные с законодательством этой страны), религии (особенно ислама) и религиозного права (в первую очередь — мусульманского)¹⁸.

16 О модульной системе см. подр.: *Артемьева И. В., Трошкина Т. Н.* Модульный принцип организации образовательного процесса в зарубежных странах // Реформы и право. 2011. № 1. С. 45–46.

17 Правда, надо заметить, что на юридических факультетах ФРГ очень мало обязательных дисциплин, в несколько раз меньше, чем в РФ.

18 В ВШЭ профессор Л.Р. Сюкияйнен читал курс «Мусульманское финансовое право», в ИвГУ старший преподаватель С.А. Орлова с 2011 г. ведет элективную дисциплину «Религиозное право в современной правовой культуре», а до этого — «Конфессиональные системы права».

Поэтому необходимо изучение отраслевого права стран Западной Европы, США (к примеру, в МГУ¹⁹, РУДН, ряде других столичных вузов, традиционно читаются курсы по уголовному праву ведущих стран мира, в ИвГУ О.В. Кузьминой по уголовно-процессуальному зарубежным стран), сравнительному правоведению²⁰ (этот курс более 15 лет читает Е.Л. Поцелуев²¹, в МГУ — профессор М.Н. Марченко²², Пензенском государственном университете — профессор А.Ю. Саломатин²³), СНГ, БРИКС, Европейского Союза (в ИвГУ примерно в течение 15 лет преподается «Европейское право»²⁴, еще дольше в РУДН) и др. Требуется внести коррективы в образовательные стандарты, отдав приоритет иностранным языкам, а не физической культуре, поощрять введение вузами новых дисциплин и научных исследований, отвечающих на вызовы времени, процессы глобализации, модернизации и научно-технического процесса, сохраняя при этом фундаментальность высшего юридического образования, которая дает возможность быстро и безболезненно адаптироваться к пере-

19 См.: Крылова Н.К., Серебренникова А.В. Уголовное право современных зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии): Учеб. пособие. М.: Зерцало, 1997;

20 См. подроб.: Красилов В.Д. Роль учебных дисциплин сравнительно-правоведческого направления в юридическом образовании // Сравнительное правоведение в российском высшем образовании. : Сб. учеб.-метод. и науч. материалов / под ред. проф. А.Ю. Саломатина. Пенза: ИИЦ ПГУ, 2009. С. 14– 22; Крицкая С.Ю. Преподавание дисциплины «Сравнительное правоведение» в санкт-петербургских вузах // Там же. С. 78–82; и др.

21 См.: Поцелуев Е.Л. 1) Сравнительное правоведение. Тематический план и программа учебного курса для студентов дневного и заочного отделений всех форм обучения. Иваново: Иван гос. ун-т, 1999. –50 с.; 2) Сравнительное правоведение: Рабочая программа для студентов 2 курса заочного и 4 курса дневного отделения. Иваново: Иван. гос. ун-т, 2005. –94 с.; 3) Сравнительное правоведение // Учебные (рабочие) программы элективных дисциплин для студентов I–V курсов дневного отделения юридического факультета ИвГУ / отв. ред. Е.Л. Поцелуев. Иваново: Иван. гос. ун-т, 2007. — 83 с.; 4) Опыт преподавания сравнительного правоведения на юридическом факультете ИвГУ (1999–2009) // Сравнительное правоведение в российском высшем образовании. : Сб. учеб.-метод. и науч. материалов. С. 83–92; 5) Почему нужно изучать сравнительное правоведение // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: збірник наукових праць / за ред. Ю.С. Шемшученка, В.П. Тихого, М.М. Цимбалука, І.С. Гриценка; упор. О.В. Кресін, І.М. Ситар. Львів, 2012. С. 80–83.

22 См., напр.: Марченко М.Н. Курс сравнительного правоведения. М.: ООО «Городец-издат», 2002; и др.

23 См.: Малько А.В., Саломатин А.Ю. Сравнительное правоведение. М.: Норма, 2008; и др.

24 См., напр.: Поцелуев Е.Л. Преподавание права Европейского Союза и государственный образовательный стандарт высшего профессионального образования: Материалы междунар. семинара «Преподавание права Европейского союза в российских вузах», состоявшегося в Москве 8–18 ноября 1999 г. М.: Nota bene, 2000. С. 52–55.

менам в обществе, политике, экономике и праве. При этом, по опыту, например, немецких университетов о праве Франции лекции читает французский ученый, правовой системе США — американский и т.п. или немецкий доцент или профессор, получивший высшее юридическое образование не только в ФРГ, но и в вышеуказанных странах (LLM).

Пока сохраняется специфика романо–германского (континентального) права (преобладание абстрактных норм, наличие принципов права, институтов римского частного права и др.), должна сохраняться фундаментальность образования, которую обеспечивают теория государства и права, история политических и правовых учений (на юридических факультетах можно ограничиться изучением истории правовых идей), философия права, римское частное право, сравнительное правоведение, теория отраслевых наук и др. С другой стороны, большинство выпускников юридических вузов и факультетов — это практикующие юристы, поэтому дальнейшая практикализация необходима как воздух. Этому способствуют и методы преподавания, практикоориентированные курсы, которые читают действующие судьи, прокуроры, адвокаты (это делается на факультете все 40 с лишним лет его существования), практика студентов (должна быть не формальной, а реальной, здесь интересен опыт ФРГ, когда после первого государственного экзамена студенты по несколько месяцев проходят практику в прокуратуре, органах юстиции, судах и административных органах, в том числе и за рубежом). Всегда председателем ГЭКа (ГАКа) на нашем факультете, правда, только на заочном отделении выступает руководитель правоохранительного органа Ивановской области, судья областного и Верховного Суда РФ, практикующие юристы из обеих столиц, причем при этом кандидаты юридических наук.

Архисложная задача — это найти оптимальный баланс между фундаментальностью и практикализацией, между обязательными и элективными дисциплинами, между изучением внутригосударственного права, зарубежного, регионального (СНГ, ЕС и др.) и международного права.

Это важно и для признания дипломов, а, следовательно, для академической мобильности, трудовой миграции. В идеале должен быть общемировой стандарт: набор обязательных (международное публичное право, международное частное право) и элективных дисциплин (философия права, сравнительное правоведение, гражданское, торговое и семейное право зарубежных стран и т.п.), часов (кредитов), форм отчетности; стандарт в рамках Евросоюза и Совета Европы (европейское право, римское право или римское частное право, для стран ЕС — европейское уголовное право и др.), стандарт БРИКС, СНГ и других региональных организаций — их изучение возможно в магистратуре, например, госстандарт для тех, кто планирует работать только на территории своей собственной страны. Это дает ответ на вопрос: что является основанием для занятия должности в другой стране.

Интерактивные методы в преподавании. Необходимо и дальше внедрять в учебный процесс решение задач, написание эссе и рефератов и выступление с лучшими из них на научных конференциях, разработку проектов нормативных правовых актов и нормативных договоров в малых группах (вариант — силами малых групп), деловые (ролевые) игры, «мозговой» штурм, направляемую дискуссию, диалог Сократа во время лекций²⁵, ситуативное моделирование, работу студентов совместно с преподавателями в юридических клиниках (в некоторых американских университетах за эту работу студенты получают деньги), портфолио, презентации и т.п., стажировки в зарубежных компаниях и др., т.е. деятельностный подход. Но государство должно профинансировать юридические вузы и факультеты, чтобы они могли закупить в необходимом количестве мультимедийное оборудование, интерактивные доски.

Плагиат. В западных вузах студенты выполняют также письменные работы, с довольно сложными, оригинальными заданиями от профессора, требующими кропотливой, вдумчивой, длительной работы. Списать откуда-то невозможно, кроме того, при выполнении письменной работы студент всегда дает подписку, что она выполнена без посторонней помощи. Если студент использовал шпаргалку, допустил плагиат и т.п., то он получает выговор, в случае рецидива — исключается из университета. Такие случаи крайне редкие в университетах ФРГ. Нужно каждую кафедру оснастить программой «Антиплагиат», через которую пропускать большую часть письменных работ: эссе, рефераты, контрольные²⁶ (по крайней мере, работы студентов заочного отде-

25 См., напр.: Ахлюстин В.А. Интерактивные методики в преподавании юридических дисциплин (На примере дисциплины «Конституционное право России») // Традиции ИвГУ и вызовы Болонского процесса: проблемы, противоречия, пути решения: Сб. науч.-метод. ст. Иваново: Иван. гос. ун-т, 2007. С. 252–255; Исаков В.Б. Взаимодействие юридических и технических норм в экономике России. Материалы проектно-аналитической деловой игры. М.: НИУ ВШЭ, 2012; Поцелуев Е.Л. 1) Интерактивные методы в преподавании юридических дисциплин: Науч.-метод. пособие для преподавателей теории государства и права и других юридических дисциплин. Иваново: Иван. гос. ун-т, 2006; Интерактивные методы в преподавании юридических дисциплин // Традиции ИвГУ и вызовы Болонского процесса: проблемы, противоречия, пути решения. С. 288–293; Соколова О.В., Степанова И.Б. Об инновациях в сфере преподавания дисциплины по выбору «Преступления против государственной власти и общественной безопасности» // Современные средства контроля и оценки качества подготовки специалистов в вузе: сб. науч.-метод. ст. Иваново: Иван. гос. ун-т. 2006. С. 196–200; и др.

Примечание. В середине — второй половине XX в. преподаватели юридического факультета ИвГУ В.А. Ахлюстин, Н.В. Исаева, Е.Л. Поцелуев успешно прошли обучение по интерактивным методам в преподавании на курсах повышения квалификации в МГЮА.

26 На наш взгляд, заслуживает внимания опыт проведения на юридических факультетах университетов ФРГ *пробных контрольных работ*.

ления), курсовые, выпускные работы, магистерские и иные диссертации. Это требует финансирования вузов по данной статье. Мы убеждены, что за плагиат при написании диссертаций не должно быть, как в ФРГ, срока давности.

Кроме того, давно нужно было повсеместно ввести *видеонаблюдение* за проведением ЕГЭ, чтобы исключить использование технических средств. Свою пользу этот инструмент доказал. Предлагаем распространить эту практику на прием зачетов и экзаменов в вузах или, по крайней мере, на прием государственных экзаменов, чтобы пресечь противоправную деятельность, как студентов, так и нечестных членов ГЭКов. Общество имеет право знать, на что расходуются средства из госбюджета (государственные вузы) и кто получает документы о ВПО государственного образца (это относится и к частным вузам). Это будет дополнительным барьером на пути «брака».

Мониторинг вузов. Какие-то показатели формальные: площади (но они показали, что-то многие филиалы не имеют просто условий для обучения; в 2015 г. он уже не учитывается). Важный критерий — это процент иностранных студентов, но, во-первых, примечательно, откуда прибыли эти студенты: из богатых азиатских, арабских, европейских, американских и иных стран или из бедных стран СНГ; во-вторых, вузам из приграничных субъектов (Дальний Восток, юг, запад и север страны) легче «заполучить» иностранного студента, нежели вузам, например, Центральной России; в-третьих, теперь вузу невыгодно отчислять неуспевающего иностранного студента, так как это потеря валюты, понижение рейтинга и потеря часов (нормы педнагрузки на иностранца несколько больше, чем на соотечественника).

Рейтинг вузов, факультетов, кафедр и преподавателей. При всем несовершенстве критериев мы поддерживаем этот инструмент. Поскольку показатели охватывают и учебную (педнагрузка, учебно-методические издания и др.), и научную (монографии, ВАКовские и РИНЦовские публикации, зарубежные публикации, участие в конференциях, индекс цитирования, индекс Хирша и др.) показывают кто есть кто, не дают почивать на лаврах кандидатам и особенно докторам наук, стимулируют их и не остепенных преподавателей. В результате у авторов данной статьи, у многих наших коллег по факультету объективные научные показатели заметно выросли. Необходимо морально и материально поощрять лучших педагогов и исследователей, выделять вузу достаточные финансовые средства, чтобы преподаватели могли участвовать в научных конференциях в РФ и за ее пределами. К сожалению, ситуация здесь далека от идеала. Преподаватели юридического факультета ИвГУ ежегодно участвуют в научных мероприятиях в нашей стране (МГУ им. М.В. Ломоносова, Институт государства и права, МГЮА им. О.Е. Кутафина, РАП, РУДН, СПбГУ и др.) и за ее пределами (Республика Беларусь, Турция, КНР, ФРГ; до недавнего времени — Украина), но это осуществляется за счет внебюджетных средств. Поскольку полученные знания мы внедряем в учебный процесс, то совершенно очевидно, что финансирование этой и других видов деятельности

должно осуществляться из двух источников: государственных бюджетных и внебюджетных средств.

Государственная аттестация и аккредитация. Росособнадзор в последнее время проводит жесткий отбор в состав экспертов по профессиональным и личным качествам, когда все «ревизоры» будут высокопрофессиональны и принципиальны в оценке работы, что уже и происходит, то это также пойдет на пользу дела.

Академическая мобильность. В этом вопросе также можно поучиться, например, у немцев. По крайней мере, студент юрфака университета Пассау обязан один семестр отучиться в любом другом университете. Если ему там понравится больше, чем в прежнем вузе, то он имеет право там остаться. Таким образом, между факультетами существует конкуренция не только, а может быть и не столько, за абитуриента, сколько за студента, в т.ч. иностранного. На наш взгляд, такой опыт нужно обязательно заимствовать. Может быть, его нужно изменить: каждый студент имеет право обучаться (в ФРГ бесплатно, если даже в этом университете было платное образование; в РФ, может быть, студенту бюджетного отделения дать право бесплатного обучения на бюджетном отделении другого российского вуза, хотя бы в течение семестра, а студенту коммерческого отделения — на внебюджетном), чтобы первокурсник мог послушать лекции ведущих ученых—страны: по теории государства и права — профессоров М.Н. Марченко в МГУ, А.В. Полякова в СПбГУ (сложнее, конечно, студенту классического университета попасть на семестр в ведомственный вуз, к примеру, в Санкт-Петербургский юридический институт — филиал — Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации — на лекции к профессору И.Л. Честнову), а также других их коллег. Аналог включенного обучения. По нашему мнению, это правило лучше закрепить на федеральном уровне и прописать всю процедуру, весь механизм этого процесса, института.

С 1998 г. в Министерстве образования Франции действует агентство Edufranc, в функции которого входят разработка и реализации международной образовательной политики. Правительство этой страны учреждает различные стипендиальные программы для студентов, преподавателей, докторантов, научных работников из зарубежных научных школ. В результате число иностранных студентов на юридических факультетах французских университетов неуклонно растет, и прогрессия составляет 13,5% в год²⁷.

Проверка знаний в российских и западных вузах происходит как в устной, так и в письменной форме. Причем, экзаменатор проверяет работу студента, фамилию которого он не знает. В прежние годы это мог быть студент даже из другого университета, из другой земли. Анонимность обеспечивает полную объективность и беспристрастность в оценке знаний. Как говорит профессор

27 См.: Захарова М.В. Французская правовая система на юридической карте мира // Государство и право. 2014. № 7. С. 12, примеч.

М.Финке, он может увидеть, что какая-то работа написана иностранным студентом, и сделать снисхождение, но его коллеги этого не допускают. Результаты экзаменов вывешиваются на доске объявлений, но вместо фамилии, имени и отчества — номер студента. В условиях действия в нашей стране федерального закона об охране персональных данных необходимо всем преподавателям вузов помнить об этом и ориентироваться на немецкий опыт.

В ФРГ сохраняется деление учебы на юридическом факультете университета на два больших этапа: обучение и сдача первого государственного экзамена, перед которым студентам вновь читают лекции по гражданскому, уголовному праву и другим предметам; затем, в случае успеха, двухлетняя практика (референдарият) и второй государственный экзамен. Первый государственный экзамен проходит в письменном виде и во время его можно использовать законодательство. На сдачу экзамена дается несколько часов. Сдать его очень сложно²⁸, поэтому немецкий студент должен набраться смелости, чтобы сдавать этот экзамен. Нестандартно и раньше²⁹, и в настоящее время официально узаконено репетиторство в сфере университетского юридического образования и издается специальный журнал для студентов-юристов «Der juristische Repetitor».

Второй госэкзамен студенты сдают гораздо успешнее, чем первый, так как его сдают уже более подготовленные в теоретическом и практическом плане. Причем, его принимают юристы-практики. Каждый из них задает по одному вопросу, экзаменационных билетов нет, а сам экзамен проходит в устной форме.

Требования к оценке знаний юристов очень жесткие. Примерно 30% студентов не получают положительных оценок за первый госэкзамен, 15% — за второй. Это можно объяснить тем, что в соответствии с федеральным законодательством считается, что выпускник должен быть готов работать в суде, а судьи — это элита в юридической профессии на Западе. Судьями становятся примерно всего лишь 3–5% от общего числа всех выпускников³⁰.

Коммерческое обучение. То, что в условиях рыночной экономики возможно получение ВПО на платной основе — это очевидно. Внебюджетные средства позволяют вузам решать многие проблемы, в том числе доплачивать преподавателям за обучение данного контингента. Но очевидны и минусы: закрыт путь к образованию детям из малообеспеченных семей, вузы заинтересованы в поступлении таких абитуриентов, сохранении и в определенной мере в выпуске, чтобы вновь пришли такие же. Ставки, зарплата, тем более в условиях

28 Примерно 30% студентов не получают положительных оценок за первый госэкзамен и 15% — за второй. См.: Поцелуев Е.Л. Университетское юридическое образование в ФРГ: что можно и нужно позаимствовать? С. 114.

29 См.: Жалинский А., Рёрихт А. Указ. соч. С. 111.

30 В США по состоянию на 1991 г. федеральными судьями работали 0,45, судьями штатов и муниципальных судов — 2,3% от числа всех юристов страны // Осаке К. Указ. соч. С. 75.

уменьшения приема на бюджетное отделение или вообще не выделения мест, все больше зависят от количества студентов коммерческого отделения. Высокая требовательность профессорско-преподавательского состава приводит к уходу и отчислению их в другие юридические вузы, где они гарантированно получают документ о ВПО. Интерес опыт университетов ФРГ в этом важном вопросе. Несколько десятилетий высшее образование в Германии было бесплатным, но затем ввели плату за обучение. Во-первых, вводить или нет, решали земли и университеты; во-вторых, она везде была универсальная — 500 евро за семестр. В ФРГ в настоящее время, несмотря на кризис, плата за обучение в вузах отменена даже для иностранных граждан! Деньги студентов нельзя было потратить на зарплату профессорско-преподавательского состава своего вуза, поэтому и в этой ситуации преподаватели могли сохранять требовательность и объективность в оценке знаний данных студентов. Например, юридический факультет университета Пассау тратил эти средства (в университетах Баварии образование было платным) на приглашение иностранных доцентов и профессоров для чтения лекций студентам.

Как известно, высшее юридическое образование в Англии, США стоит весьма дорого, но и уровень жизни в этих странах гораздо выше, чем в России. Поучителен американский опыт, который показывает, что в ряде университетов оплата дифференцирована: максимальную сумму платят иностранные граждане (что имеет место и в РФ, хотя определенные категории иностранцев обучаются бесплатно на бюджетных отделениях), меньше — граждане США, еще меньше — граждане данного штата. Нарушается принцип равенства граждан, но выставление приоритетов понятно.

Выпускники юридических вузов и факультетов. Считаем правильной модель, существующую в РФ, Франции и ряде других стран, когда для занятия должности судьи, адвоката, нотариуса, арбитражного управляющего необходима стажировка или, как минимум, работа в течение определенного количества лет по юридической профессии, а затем сдача квалификационных экзаменов (учитывая уровень подготовки ряда выпускников, коррупцию, кумовство, рудименты «телефонного права» и т.п. факторы, было бы правильным, логичным, если бы в России они были при приеме во все правоохранительные органы), аттестация на занятие соответствующей должности.

В ФРГ выпускники полицейских академий могут работать только в полиции и это правильно, так как государство тратит на студентов (курсантов) бюджетные средства и программа весьма специфическая (практикализация, спорт, стрельба, вождение автомобиля и т.п.). Такой опыт следует перенести и в РФ в отношении всех ведомственных юридических вузов. Это позволит эффективно использовать средства госбюджета, а абитуриенты будут делать осознанный выбор. Захотят потом такие юристы работать в другой сфере, придется за свой счет получить юридическое образование в классическом университете или ином ведомственном вузе.

Другой аспект данной проблемы. Выпускнику юридического факультета немецкого университета с низким средним баллом³¹ закрыт доступ на госслужбу: в судебную систему³², Минюст, прокуратуру и др., в университеты (преподавание и наука). Мы уверены в том, что эту норму необходимо рецепировать. Немецкий опыт показывает, что, во-первых, это является мощным стимулом для студентов; а, во-вторых, предохраняет судебную власть и государственные правоохранительные органы от малокомпетентных кадров. В ФРГ самые строгие требования предъявляются к подготовке врачей и юристов и в этом есть рациональное зерно.

Формирование профессорско-преподавательского состава. Заслуживает внимания традиция немецких университетов — не оставлять в вузе для преподавательской работы своих выпускников. Это делается для того, чтобы исключить формирование группировок, чиновничества и другие негативные моменты. Выпускник может быть приглашен в родной вуз, но лишь после того, как докажет свою состоятельность как ученый (защита диссертаций, написание монографии или монографий) и педагог. В университетах Швейцарии (думаю, что это относится и к Австрии, и ФРГ), когда вузу нужен профессор, то претенденты на эту должность читают публичную лекцию, оценка которой может иметь решающее значение. Нам известны случаи, когда негативная оценка лекции студентами данного вуза служила основанием для отказа претенденту в должности. Если немецкого профессора (доцента) приглашают работать в зарубежный вуз, то это является инструментом для ведения переговоров с работодателем в том месте, где сейчас трудится ученый, для получения более выгодных условий, чтобы он не переходил на новое место работы. С уходом профессора в другой вуз, в практикующие юристы (ряд преподавателей обе эти сферы успешно сочетают, что имеет место и в вузах РФ), на пенсию означает, что новый заведующий может полностью сформировать новый состав кафедры из научных работников и преподавателей. Эта система означает постоянную ротацию кадров, заставляет быть в научном, творческом тоне каждого преподавателя, не дает никому права почивать на лаврах. Введение рейтинга каждой кафедры, каждого преподавателя в ИвГУ и других российских вузах также служит вышеуказанной цели, стимулирует научно-педагогическую деятельность. Полагаем, что необходимо поощрять преподавателей морально и материально за успехи в педагогической, научной и воспитательной работе.

31 Примечание. В ФРГ 18-ти балльная шкала позволяет преподавателям более объективно, точно, справедливо оценить знания студентов (по этому пути уже идут наиболее вестернизированные российские вузы, например, Санкт-Петербургский филиал ВШЭ, применяя 10-ти балльную шкалу). Итак, немецкая шкала: 18–16 — *sehr gut*, 15–13 — *gut*, 12–10 — *vollbefriedigend*, 9–7 — *befriedigend*, 6–4 — *ausreichend*, 3–1 — *mangelhaft*, 0 — *ungenügend*.

32 См. подроб.: *Акимова Е.Я.* Особенности правового регулирования формирования судебного корпуса в Германии // Рос. правосудие. 2011. № 8. С. 84–95.

Некоторые особенности структура юридического факультета университетов ФРГ. По общему правилу, на одном факультете немецкого университета может быть несколько кафедр гражданского права, несколько кафедр уголовного права и т.п., т.е. большинство профессоров, докторов возглавляют кафедру, в редких случаях руководить доверяют доценту, который в скором времени становится доктором права. Это создает доброжелательную, рабочую обстановку на факультете, исключает «подсживание», деление одной кафедры на группы, лагеря и т.п. Понятно, что в условиях жесткой экономии эта модель в РФ, к сожалению, пока не реализуема.

Интересен также опыт немецких университетов в решении другого кадрового вопроса (декана) и структуры *деканата*. Деканами юридических университетов работают, насколько нам известно, только заведующие кафедрами (это практически все профессора), причем по очереди и максимум два года. Должность декана не является привлекательной, так как время, которое можно потратить на научные исследования, уходит на управление. Плюс чай, кофе, выпечка для коллег за свои деньги. Поскольку на юридическом факультете даже провинциального вуза существует 20–25 кафедр, то даже, если проработать на факультете четверть века, то деканом будешь один–два раза. Заместителей декана немного: нередко всего два доцента или профессора, причем один из них отвечает за работу со студентами. Данная традиция требует очень тщательного подбора заведующих кафедрами, так как каждый из них — это потенциальный декан. Кроме того, такой подход исключает формирование группировок в борьбе (ее нет) за кресло декана, обиды проигравших, что имеет место в российских вузах.

Узкая специализация и многопрофильность? Следует проанализировать достоинства и недостатки отечественного подхода: узкой специализации, например, преподаватели уголовного права, гражданского права в РФ, как правило, не преподают соответственно российское уголовно– процессуальное право и гражданско– процессуальное право, не занимаются его научным изучением (в лучшем случае практикуют, оказывают юридические услуги, работают адвокатами). И наоборот, процессуалисты не преподают материальное право, не занимаются его исследованием. Теоретики государства и права могут заниматься философией права, ИППУ, сравнительным правоведением, но почти никогда не преподают отраслевые дисциплины. В Германии другие традиции. Немецкий профессор одновременно специалист, как в материальном, так и в процессуальном праве и еще в чем–то, например, в гражданском праве, гражданском процессе и философии права; или гражданском праве, процессе и сравнительном правоведении; или в гражданском праве, процессе, в особенности хозяйственном праве; или гражданском праве, римском праве и истории немецкого права; «чистых» теоретиков права и историков права практически нет. Лектор обязательно должен заниматься научными исследованиями в тех областях, в которых он преподает и соответственно публиковать научные

статьи, монографии, учебники и т.п. Это норма, которую нужно применять и в России. Кроме того, стоит подумать над вопросом: имеет неостепененный преподаватель (как это делается в периферийных вузах) читать студентам лекции, руководить подготовкой выпускных квалификационных работ? Хочешь быть лектором — защищай диссертацию! Еще один стимул. Не можешь или не хочешь — веди семинарские и практические занятия, проверяй контрольные работы и т.п.

Считаем, что по примеру Немецкой службы академических обменов (ДААД), фондов Эберта, стипендий Федерального канцлера ФРГ и т.п. предоставлять *стипендии, гранты иностранным студентам и преподавателям* для двухнедельных студенческих поездок в РФ (по аналогии со *Studienreise*), стажировок немецких преподавателей от одного до трех месяцев по приглашению российского профессора (доцента) и т.п.

Предлагаем приравнять *зарплату* профессора МГУ, СПбГУ и других элитных вузов к зарплате судей высших судов РФ, иных вузов — к зарплате судей судов субъектов РФ, доцентов — к зарплате иных федеральных судей, что позволит сделать профессию преподавателя юридических вузов и факультетов привлекательной для талантливых выпускников.

Необходимо выделять всем государственным вузам необходимые *средства* для строительства и ремонта зданий, корпусов и т.п., на закупку новой учебной и научной (особенно монографий, в том числе изданных за границей), мультимедийное оборудование, командировки профессорско-преподавательского состава внутри России за ее пределами (проблема с выделением средств по этой статье есть даже у ряда ведущих университетов страны), приглашение иностранных профессоров и доцентов для чтения лекций нашим студентам.

На наш взгляд, назрела *кооперация вузов* определенного региона (например, Верхней Волги — Владимир, Иваново, Кострома, Тверь и Ярославль), создание некоего научно-образовательного кластера, который мог бы быть интересен зарубежным вузам-партнерам (есть позитивный опыт кооперации, сотрудничества СФУ, университетов Барнаула, Кемерово, Омска, Томска с юридическим факультетом г. Пассау в плане изучения немецкого, перевода немецких учебников на русский язык, обучения в течение одного-двух семестров в вузе-партнере, получения сертификатов о сданных предметах или двойных дипломов; проведения совместных научных конференций в СФУ и СПбГУ с немецкими вузами и фирмами).

Есть потребность в том, чтобы был, как минимум, ежегодный *обмен опытом* под эгидой Учебно-методического объединения (УМО). По аналогии со съездом ректоров вузов надо регулярно проводить съезды (совещания, рабочие встречи) ректоров юридических вузов и деканов юридических факультетов. Предлагаем начать с Запада — Балтийского университета им. И. Канта, поскольку у них накоплен положительный опыт сотрудничества с ФРГ, Польшей и рядом других стран.

Таким образом, университеты США, Франции, ФРГ и др., в т.ч. юридические факультеты, накопили опыт, который может быть полезен в России.

Во-первых, не нужны вступительные экзамены в университет, но при условии, что не будет коррупции; протекции и других негативных явлений в средней школе.

Во-вторых, следует установить правило, в соответствии с которым в университет могут поступать только выпускники школ с определенным баллом Единого государственного экзамена (ЕГЭ), что должно закрыть дорогу в университет малоэрудированным, слабоподготовленным абитуриентам.

В-третьих, в условиях глобализации, интернационализации, Болонского процесса, академической мобильности необходимо усиливать языковую подготовку студентов и преподавателей; предлагать свои курсы лекций на иностранных языках; приглашать читать лекции нашим студентам зарубежных профессоров, что практически ежегодно и делается на юридическом факультете ИвГУ.

В-четвертых, сохранить фундаментальность юридического образования в РФ, усилив его прикладной характер.

В-пятых, сочетать устную и письменную форму проверки знаний, привлекать к оценке знаний студентов потенциальных работодателей, использовать анонимность при проверке письменных или экзаменационных работ (опыт при приеме ЕГЭ), отказаться от пятибалльной шкалы и перейти к 16–18 балльной, что позволит более точно, объективно и справедливо оценивать знания студентов.

ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ РЕФОРМИРОВАНИЯ УКРАИНСКОГО НАЛОГОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА СОГЛАСНО НОРМАМ И ПРИЦИПАМ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Насиров Р.М., Народный депутат Украины, Соискатель Института законодательства Верховной Рады Украины*

Научный руководитель: Доктор юридических наук, Зав отдела европейского права и Международной интеграции Института законодательства Верховной Рады Украины Е.А. Гриненко

Статья посвящена исследованию процедуры гармонизации налогового законодательства Украины с соответствующими нормами и принципами Европейского союза. В статье проводится анализ Директив Евросоюза, которые необходимо имплементировать в украинское национальное законодательство в соответствии с обязательствами взятыми Украиной при подписании Соглашения об ассоциации с ЕС. Кроме того, статья освещает законодательные изменения, которые войдут в силу после окончания процесса гармонизации с европейским правом, а именно в сфере правового регулирования НДС, акцизов на алкоголь и табачные изделия, налоговой отчетности и других вопросов налогообложения.

The article researches the procedure of harmonization of the tax legislation of Ukraine with the relevant rules and principles of the European Union. The article analyzes the Directives of the European Union, which needs to be implemented in the Ukrainian national legislation in accordance with the commitments undertaken by Ukraine at the signing of the Association Agreement with the EU. In addition, the article highlights the legislative changes that will come into force after the end of the process of harmonization with European law, namely in the field of legal regulation of VAT, excise taxes on alcohol and tobacco, tax administration, and other matters of taxation.

Among others the article analyses the Council Directives on the harmonization of the structures of excise duties on alcohol and alcoholic beverages; on the exemption from value added tax and excise duty of goods imported by persons travelling from third countries; concerning the general arrangements for excise duty; on the structure and rates of excise duty applied to manufactured tobacco; restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity; Thirteenth Council Directive on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes — Arrangements for the refund of value added tax to taxable persons not established in Community territory; on the harmonization of the structures of excise duties on alcohol and alcoholic beverages; and restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity.

27 июня 2014 года Украина и Европейский Союз подписали второе — экономическую — часть Соглашения об ассоциации, которое создает новый углубленный формат сотрудничества между Украиной и ЕС в экономической сфере. [1] Впервые в истории отношений Укр

аины и Евросоюза была официально предусмотрена всеобъемлющая зона свободной торговли между Украиной и ЕС. Соглашение определяет правовую основу для внедрения свободного перемещения товаров, услуг, капитала, рабочей силы (частично) между Украиной и Евросоюзом. Такая интеграция закладывает основу постепенного сближения украинского и общего рынка ЕС. В соответствии со статьей 225 Соглашения об ассоциации стороны постепенно создают зону свободной торговли в течение переходного периода, не превышающего 10 лет с даты вступления в силу Соглашения.

Сейчас Соглашение об ассоциации в некоторых частях применяется временно, до момента ее ратификации всеми Сторонами Соглашения и передачи на хранение в Генеральный секретариат Совета Европейского союза. Действие временного применения определенных частей Соглашения уже началась с 1 ноября 2014 года. Что касается временного действия применения раздела IV «Торговля и связанные с торговлей вопросы», который содержит положения о создании углубленной и всеобъемлющей зоны свободной торговли между Украиной и ЕС, она начнется с 1 января 2016 года.

Важно понимать, что временное применение не должно быть отлагательным условием проведения соответствующих реформ в различных сферах. Наоборот, это время является важным для приведения национального украинского законодательства в соответствие с европейским и построения моделей сотрудничества как на нормативном, так и на институциональном уровнях для внедрения в жизнь норм и принципов прописанных в Соглашении об ассоциации.

Скорость эффективной адаптации внутреннего законодательства к европейскому важна с точки зрения экономических последствий. Прямой доступ к внутреннему рынку ЕС, который охватывает 28 стран с полумиллионным числом потребителей открывает перед Украиной значительные экономические перспективы. Для достижения полного соответствия украинского законодательства нормам и принципам ЕС в сфере налогообложения необходимо провести соответствующий глубинный анализ актов законодательства Европейского союза, исследовать практику применения таких актов на практике, сравнить существующие украинские нормативную базу в сфере налогообложения с европейской, выявив основные общие и отличительные черты как на законодательном уровне, так и в практике применения. Важно выявить те моменты части национального законодательства и практики его применения, с которой гармонизация невозможна или ненужной. [2] Процедура имплементации должна состоять из создания порядка и процедур внедрения европейских норм (имплементация в узком смысле), а также толкования, практики

применения, обеспечения соблюдения и исполнения норм права, которые соответствуют европейскому праву, органами государственной власти (имплементация в широком смысле).

В соответствии с Главой 4 «Налогообложение» раздела V Соглашения об ассоциации стороны обязуются применять принцип прозрачности в налоговой сфере: «Стороны сотрудничают с целью улучшения надлежащего управления в сфере налогообложения с целью дальнейшего улучшения экономических отношений, торговли, инвестиций и добросовестной конкуренции.» [1]

В частности, положениями раздела предусматривают такие обязательства Сторон:

- применять принципы надлежащего управления в сфере налогообложения, в частности принципы прозрачности, обмена информацией и добросовестной налоговой конкуренции, в той мере, в которой подписались государства-члены на уровне ЕС;
- усиливать и укреплять сотрудничество, направленное на совершенствование и развитие налоговой системы и налоговых органов Украины, включая усиление мощностей сбора и контроля, с отдельным акцентом на процедурах возмещения НДС во избежание накопления задолженности, обеспечение эффективного сбора налогов и усиления борьбы с налоговым мошенничеством, а также уклонением от уплаты налогов;
- прилагать максимальные усилия для активизации сотрудничества и обмена опытом в сферах борьбы с налоговым мошенничеством, в частности с «карусельным мошенничеством»;
- бороться с контрабандой подакцизных товаров и приближать акцизные
- ставки на табачные изделия;
- развивать сотрудничество и гармонизировать политику по противодействию и борьбы с мошенничеством, контрабандой подакцизных товаров.

Положениями раздела также предполагается постепенное приближение соответствующей национальной нормативной базы в структуру налогообложения, определенной в *acquis* ЕС.

В течение определенного периода с момента вступления в силу Соглашения об ассоциации необходимо имплементировать ряд налоговых директив, определяющих соответствующие сферы реформирования налоговой системы. Во-первых, речь идет об общей системе налога на добавленную стоимость. Во-вторых — об акцизных сборах на спирт и алкогольные напитки и другие подакцизные товары, а также налогообложения продуктов энергии и электроэнергетики.

В течение 5 лет в украинское законодательство необходимо имплементировать Директиву Совета ЕС № 2006/112 / ЕС от 28.11.2006 года о совместной системе НДС. [3] Директива образует общую систему налога на добавленную

стоимость. Принцип общей системы НДС предусматривает применение к товарам и услугам общего налога на потребление, точно пропорционального цене товаров и услуг, независимо от числа операций в рамках процесса производства и сбыта до момента начисления налога. По каждой операции начисляется НДС, рассчитанный в соответствии с ценой товаров или услуг по ставке, установленной для таких товаров или услуг, после отнесения на уменьшение налогового обязательства суммы НДС, непосредственно приходится на разные составляющие себестоимости. Совместная система НДС применяется к этапу розничной торговли включительно.

Целью внедрения в Украине совместной с ЕС системы НДС является создание внутреннего рынка путем применения в государствах-членах такого законодательства о налогах с оборота, не искажает условия конкуренции и не мешает свободному движению товаров и услуг. Кроме того, единая система обеспечит упрощение процедуры взимания НДС. На территории каждого государства-члена на подобные товары и услуги возлагается одинаковый налоговый груз независимо от длины цепи производства-сбыта. Удобным будет также обеспечение общей терминологической базы, а также одинакового толкования норм права.

При внедрении европейской системы НДС минимальная стандартная ставка составит 15%. Сейчас украинские ставки 20% и 7%, что в целом соответствуют требованиям Директивы. Ставка 0% в дальнейшем применяться не будет, зато некоторые операции, облагаемые по нулевой ставке по Налоговому кодексу Украины освобождаются от налогообложения по условиям Директивы. Например, освобождение от налогообложения при экспорте (Глава 6 Директивы) и освобождение от налогообложения в отношении международных перевозок (Глава 7 Директивы).

В соответствии с Директивой некоторые операции, которые по НКУ освобождаются от налогообложения (или подлежат пониженному налогообложению), такому освобождению не подлежат. К таким операциям относится поставки продуктов детского питания и товаров детского ассортимента для младенцев; поставки технических и других средств реабилитации (кроме автомобилей) для инвалидов и других льготных категорий; предоставление услуг по перевозке пассажиров городским пассажирским, тарифы на которые регулируются в установленном законом порядке; поставки (предоплата) периодических изданий печатных СМИ и книг отечественного производства; операции по поставке строительно-монтажных работ по строительству доступного жилья и жилья, строящегося за государственные средства.

Кроме того, по Директиве предусматривается введение заниженной ставки не ниже 5% (одной или двух) с некоторыми категориями товаров, определенных в приложениях к Директиве (пищевые продукты, фармацевтика, медицинское оборудование и т.д.). В соответствии со стандартами ЕС налогоплательщикам должен присваиваться индивидуальный идентификационный но-

мер НДС. Кроме того, необходимо создать Консультативный комитет по налогу на добавленную стоимость.

Директиву Совета № 92/83/ЕЭС от 19.10.1992 года по гармонизации структур акцизных сборов на спирт и алкогольные напитки также необходимо имплементировать в течение 5-ти лет. В соответствии с Директивой акцизный сбор определяется исходя из гектолитра готового изделия по пива и других алкогольных напитков. [4] Льготные ставки могут устанавливаться для слабоалкогольных напитков, а также в случае, если производители продукции — небольшие пивоваренные заводы. Подакцизной считается вся алкогольная продукция, произведенная в государствах-членах, а также и, ввезенного в ЕС из третьих стран. Алкоголь освобождается от акцизного сбора, если он: денатурированный в соответствии с требованиями любого государства-члена; денатурированный и используется для изготовления продукции, не предназначенной для потребления человеком; используется для производства уксуса, лекарств или в качестве ароматизатора для продуктов питания.

Целью изменений в структуре и ставках акцизного сбора на алкогольные напитки и табачные изделия в украинском законодательстве является избежание диспропорции в налогообложении отечественных и импортируемых товаров. Необходима гармонизация классификации подакцизных товаров — установление общих терминологических определений для всех подакцизных товаров. Кроме того, должно состояться приближения ставок акцизного сбора за счет установления минимальной ставки. Гармонизация законодательства приведет к поощрению малого бизнеса путем установления льготных ставок для небольших заводов, производящих подакцизные товары. И наоборот увеличение ставок должно привести к снижению употребления подакцизных товаров. Гармонизация структур акцизных сборов на спирт и алкогольные напитки приведет к изменению понятийной базы, внедрение льготных ставок, а также освобождение от обложения налогом.

Относительно определений понятий, то на сегодняшний день существует разница между украинской и европейской терминологической базой в соответствующей сфере. Если в НКУ используется понятие «пиво», то в европейской Директиве — пиво из солода. По аналогии «неигристое вино» (НКУ) соответствует «вину виноградному натуральному» (Директива), «игристое» — «вино натуральное с добавлением спирта и крепкие (крепленые)»; один украинский понятие «этиловый спирт» соответствует трем европейским: «сидр и перри (без добавления спирта)», «неденатурированный, с концентрацией спирта 80 об. % или более», «спирт этиловый, неденатурированный с концентрацией спирта менее 80 об. %» и т.д.

При имплементации соответствующих европейских норм акцизный сбор будет определяться исходя из количества гектолитров / градусов фактической алкогольной крепости по объему конечного продукта готового изделия (1 гектолитр — 100 литров). Минимальная ставка акцизного сбора на спирт

и спирт, содержащийся в напитках (кроме льготных ставок), должны устанавливаться в размере 550 евро с гектолитра чистого спирта. Для вина, пива, ферментированных напитков и промежуточных продуктов могут устанавливаться льготные ставки.

При нововведениях алкоголь освобождается от акцизного сбора, если такой алкоголь: денатурированный (приведение водно-спиртовой смеси крепостью 82% до непригодного для потребления состояния как напитка) в соответствии с требованиями любого государства-члена ЕС; денатурированный и используется для изготовления продукции, не предназначенной для потребления человеком; используется для производства уксуса, лекарств или в качестве ароматизатора для продуктов питания.

На сегодняшний день существует разница между освобождением от акцизов по НКУ и Директивы. По украинским нормам от акцизного сбора освобождается: спирт этиловый, используемый предприятиями первичного и смешанного виноделия для производства виноградных, плодово-ягодных и других виноматериалов и суслу и вермутов; спирт этиловый, который используется для производства лекарственных средств (в том числе компонентов крови и произведенных из них препаратов), кроме лекарственных средств в виде бальзамов и эликсиров; спирт этиловый денатурированный (спирт технический), который реализуется субъектам хозяйствования с целью его использования в качестве сырья для производства продуктов органического синтеза, которые не содержат в своем составе более 0,1% остаточного этанола.

По льготным ставкам акцизного сбора, то согласно Директиве они применяются к независимым малым пивоваренным заводам — пивоваренным заводам, которые являются юридически и экономически независимым от любых других пивоваренных заводов, расположенных на территории физически отделена от территории любого другого пивоваренного завода не является предприятиями, работающими по лицензии и производят меньше 200000 гектолитров пива в год. Если два или более пивоваренных завода сотрудничают, объединенный годовой объем продукции не превышает 200000 гл., такие пивоваренные заводы рассматриваются как единый независимый пивоваренный завод. Во льготы подпадают малые спиртовые заводы — любые спиртовые заводы, которые юридически и экономически зависят от любого другого спиртного завода, не работают по лицензии и изготавливают менее 10 гл. чистого спирта в год.

В течение 3-х лет со дня вступления в силу Соглашения имплементировать необходимо: Директива Совета 2007/74 / ЕС от 20.12.2007 об освобождении от НДС и акцизных сборов на товары, которые импортируются лицами, прибывающих из третьих стран, в частности часть 3 по ограничению. Частью 3 предусмотрено, что количественные ограничения и денежные пороги, которым подчиняются исключения, должны отвечать современным потребностям государств-членов. [5]

В течение 2 лет со дня вступления в силу Соглашения имплементируется Директива 2008/118 / ЕС от 16.12.2008 по общему режиму для подакцизных товаров, которая отменяет Директиву 92/12 / ЕЭС, которая содержит общий механизм установления акцизных сборов на товары и услуги, возможность освобождения от акцизных сборов и компенсации акцизных сборов на условиях, определяемых государствами-членами. [6] В соответствии со статьей 1 Директивы подакцизными есть спирт и алкогольные напитки, табачные изделия и энергоносители. Вместе с этим государства-члены ЕС имеют право налагать акцизы также на другие товары, если это не противоречит налоговому праву Сообщества. Приведенные механизмы действуют на территории Сообщества в рамках таможенных границ, но государства-члены могут направить сообщение (декларацию) о действии Директивы и на их заморских территориях.

За такой же срок необходимо имплементировать Директиву Совета 2011/64 / ЕС от 21.06.2011 о структуре и ставки акцизного сбора, применяемого в переработанного табака (за исключением, за исключением ст. 7.2, ст. 8, 9, 10, 11, 12 В. . 14.1, 14.2, 14.4, ст. 18 и ст. 19 для которых график имплементации будет установлен Советом Ассоциации. [7]

Что касается табачных изделий, адвалорная ставка на сигареты должна составлять не менее 60% от средневзвешенной розничной цены. Специфическая ставка на сигареты должен составлять не менее 90 евро за 1000 сигарет независимо от средневзвешенной розничной цены — то есть 1440 грн. за 1000 сигарет. Сигары и сигариллы будут облагаться акцизом в размере 5% от розничной цены или 12 евро за 1000 единиц или килограмм — то есть 192 грн. за 1000 единиц или килограмм. Надо сказать, что государства-члены будут постепенно повышать акцизные налоги, чтобы достичь фиксированного уровня.

Директива устанавливает основные принципы для гармонизации структуры и ставок акцизных сборов по переработанного табака, которые применяются государствами-членами. Документ дает унифицированное определение понятий, устанавливает два вида налогов и определяет ставки налогов. Имеются в виду следующие товары: сигареты, сигары и сигариллы, табак для курения, мелко рубленый табак (для скручивания сигарет), другой табак для курения.

К сигаретам применяется адвалорная акцизную пошлину, рассчитанное на основе максимальной розничной цены, включающей таможенные налоги, а также специального акцизного пошлины, рассчитывается на единицу продукта. Если сравнить европейские и украинские ставки акцизов, то можно увидеть значительную разницу на определенные виды сигарет. Так, например, Директива устанавливает 90 евро за 1000 ед. С сигарет без фильтра, Налоговый кодекс Украины 95,2 грн. за такое же количество. В то же время разница между ставками на сигары и сигариллы незначительная — 12 евро за 1 кг (по Директиве) и 217,6 грн. (НКУ).

Постепенно со дня вступления в силу Соглашения необходимо имплементировать Директиву Совета № 2003/96 / ЕС от 27.10.2003 года о реструктуризации систему сообществ налогообложения энергопродуктов и электроэнергетики. [8] В течение вступления в силу Соглашения Совет Ассоциации должен определить график имплементации Украиной нескольких директив.

Директива Совета ЕС № 86/560 / ЕЭС от 17.11.1986 года о гармонизации законодательства государств-членов о налогах с оборота — меры по возмещению НДС субъектам налогообложения, которые не основаны на территории Сообщества. Директива создает условия для предупреждения всех форм уклонения от уплаты налогов или несоблюдение налогового законодательства. [9]

В соответствии с Директивой компаниям третьих стран предоставляется право возвращать НДС с различного рода расходов и услуг, в соответствии совершенных и полученных на территории ЕС. Существуют некоторые ограничения относительно перечня оплаченных услуг и минимальной суммы счета. Например, возмещение зарубежного НДС возможно за следующие основные виды услуг:

- проживания (гостиницы, мотели, апартаменты и др.);
- питания (рестораны, кафе, закусочные);
- прокат автотранспорта и такси;
- обучение, семинары и конференции;
- бензин, дизтопливо, ремонт автотранспорта;
- консалтинговые, маркетинговые и юридические услуги, предоставление выставочных площадей, аренда офисов и других помещений, участие в конференциях, семинарах, тренингах;
- предоставление подрядных работ и услуг (субконтракты);
- другие представительские и бизнес-услуги.

Приведенные виды услуг подпадают под льготный режим в соответствии с Тринадцатой директивой ЕС, действует на всей территории ЕС. Однако процедура возмещения НДС может действовать не для всех видов услуг, не во всех государствах-членах ЕС и может иметь ряд условий. Каждое государство-член имеет право вносить (устранять) определенные категории товаров и услуг, по которым осуществляется (не производится) возврат НДС. Поэтому точный перечень товаров и услуг, по которым осуществляется возврат НДС, зависит от законодательства конкретного государства-члена ЕС.

Следующей является Директива № 92/83/ЕЭС от 19.10.1992 года о гармонизации структур акцизных сборов на спирт и алкогольные напитки в части промежуточных продуктовых категорий, как определено в директиве. [10] В соответствии с положениями данной Директивы государства-члены ЕС применяют акцизный сбор в промежуточных продуктах. Государства-члены должны ставки в соответствии с положениями Директивы 92/84/ЕЭС. Такие ставки не могут быть ниже ставки, которые устанавливаются государствами-членами на продукты, указанных в пункте (1) статьи 8 и пункте (1) статьи 12 Директивы 92/83/ЕЭС.

Положения Директивы 2003/96/ЕС от 27.10.2003 о реструктуризации системы Сообщества по налогообложению продуктов энергии и электроэнергии должны быть реализованы постепенно, исходя из будущих потребностей Украины в сфере защиты окружающей среды и энергоэффективности, какими они могут быть, в частности в результате международных переговоров после 2012 года об изменении климата. [11]

Директива заменила ранее действовавшее законодательство. Ее положения охватывают не только нефтепродукты (как это было раньше), но и природный газ, уголь и электроэнергию. Однако акцизный сбор не применяется в отношении этих продуктов, если они используются в качестве сырья или в электролитических или металлургических процессах. Директива устанавливает минимальные уровни налогообложения по различным видам топлива, угля, природного газа и электрической энергии, а также предусматривает условия применения льготных ставок налогообложения в отношении этих продуктов. Минимальные ставки установлены с учетом требований политики ЕС в сфере энергетики и охраны окружающей среды. В соответствии с целями Сообщества и Киотскому Протоколу в ЕС поощряется более эффективное использование энергии, которое способствует уменьшению эмиссии парникового газа и зависимости от импортируемого энергетического продукта. Также в интересах защиты окружающей среды государства-члены имеют право предоставлять налоговые преимущества фирмам, которые принимают определенные меры и вкладывают свой капитал в модернизацию использования энергии.

Адаптация национальных норм, регулирующих налогообложение продуктов энергии и электроэнергии (природный газ, уголь и электроэнергия) приведет к установлению минимальных общих ставок трех типов. Первый тип (основная ставка) — для моторных топлив; второй — для моторного топлива, используемого в соцсфере и для сельского хозяйства, садоводства, огородничества, рыболовства и т.д. (снижена, для полного, который используется для отопления и для электроэнергии (пониженная).

Введение льготных ставок установлены с учетом требований политики ЕС в сфере энергетики и охраны окружающей среды. Это означает, что поощряется более эффективное использование энергии, которое способствует уменьшению эмиссии парникового газа и зависимости от импортируемого энергетического продукта; предоставляются налоговые преимущества фирмам, которые принимают определенные меры и вкладывают свой капитал в модернизацию использования энергии. [12] Кроме того, для ПК нововведением станет появление кроме акциза на нефтепродукты и сжиженный газ также акциза на такие энергетические продукты: уголь (0,3 евро за гигаджоуль теплоты), электроэнергию (1 евро за мегаватт-час), кокс (0,3 евро за гигаджоуль теплоты). [13]

Можно говорить о том, что перечисленные выше законодательные нововведения — только первый шаг на приведение украинского законодательства к европейским нормам и стандартам. После подписания Соглашения об ассоциации с ЕС Украина окончательно встала на путь европеизации, а соответственно взяла на себя обязательства гармонизировать национальное законодательство в соответствии с европейскими стандартами. Следующими необходимыми шагами на этом пути являются: гармонизация налогового, валютного, таможенно-тарифного, внешнеэкономического и гражданского законодательства; совершенствование законодательства по вопросам трансфертного ценообразования с использованием методологии Организации экономического сотрудничества и развития; постепенное приближение ставок и механизма взимания акцизного налога с требованиями законодательства ЕС, а также усиление экологической направленности акцизного налогообложения путем применения европейского принципа «кто больше загрязняет, тот больше платит»; внедрение механизма индексации ставок налогов и сборов, установленных в фиксированном значении, для компенсации инфляционного влияния на размер налогов; изменение действующих договоров об избежании двойного налогообложения для минимизации практики уклонения от налогообложения, а также стимулирования инвестиций в украинскую экономику.

Необходимо отметить, что запланирована масштабная работа по имплементации европейских норм является важным не только с точки зрения выполнения взятых Украиной обязательств в соответствии с Соглашением об ассоциации, но и обеспечить лучшие условия для ведения бизнеса в стране. Надо заметить, что в сложных экономических условиях, необходимо очень взвешенно подходить к реформированию налогового законодательства. Сейчас очень важно поддержать отечественных предпринимателей, предоставив им как можно больше возможностей для поддержки своих предприятий. Ведь чем больше компаний останутся активными и будут иметь возможность развиваться, тем больше налогов получит государство. Наконец при реформировании налоговой системы законодателям следует соблюдать баланс между необходимостью наполнения государственного бюджета и облегчением условий ведения предпринимательской деятельности в Украине. Хотя в условиях экономического кризиса, нестабильного курса национальной валюты, военных действий на востоке государства очень важно сформировать государственный бюджет, но этого ни в коем случае нельзя делать из-за повышения ставок, увеличение налоговых нагрузок и усложнения системы налогообложения.

Список использованной литературы

- 1 Соглашение об ассоциации между Украиной, Европейским Союзом и их государствами-членами (проект) [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.kmu.gov.ua/kmu/docs/EA/TITLE_V.pdf
- 2 Международный опыт реформирования налоговых систем: виды налогов и электронная отчетность. Государственная фискальная служба Украины, 2015 — [Электронный ресурс] — Режим доступа: http://www.kmu.gov.ua/kmu/docs/EA/TITLE_V.pdf
- 3 Директива Совета 2006/112/ЕС о совместной системе налога на добавленную стоимость // Бизнес-Бухгалтерия-Право. Налоги. Консультации 2010 г., — № 15, — С. 62
- 4 Council Directive 92/83/EEC of 19 October 1992 on the harmonization of the structures of excise duties on alcohol and alcoholic beverages // Official Journal L 316, 31.10.1992. — P.21.
- 5 Council Directive 2007/74 /EC of 20 December 2007 on the exemption from value added tax and excise duty of goods imported by persons travelling from third countries // Official Journal L 346/6, 29.12.2007. — P. 47–63.
- 6 Council Directive 2008/118/EC Of 16 December 2008 concerning the general arrangements for excise duty and repealing Directive 92/12 / EEC // Official Journal L 9/12, 14.01.2009. — P. 19–30.
- 7 Council Directive 2011/64/EU of 21 June 2011 on the structure and rates of excise duty applied to manufactured tobacco // Official Journal L 176/24, 5.07.2011. — P. 48–60.
- 8 Council Directive 2003/96/EC of 27 October 2003 restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity // Official Journal L 283, 31.10.2003. — P. 51–70.]
- 9 Thirteenth Council Directive 86/560/EEC of 17 November 1986 on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes — Arrangements for the refund of value added tax to taxable persons not established in Community territory // Official Journal L 326, 21.11.1986. — P.40.
- 10 Council Directive 92/83/EEC of 19 October 1992 on the harmonization of the structures of excise duties on alcohol and alcoholic beverages // Official Journal L 316, 31.10.1992. — P.21.
- 11 Council Directive 2003/96/EC of 27 October 2003 restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity // Official Journal L 283, 31.10.2003. — P. 51–70.
- 12 Реформирование налоговой системы Украины в связи с подписанием Соглашения об ассоциации с ЕС, — обзор юричнoифирмы "Василь Кисиль и партнеры, в 2014 г., — [Электронный ресурс] — Режим доступа: http://uba.ua/documents/doc /andriy_stelma-shchuk.pdf
- 13 «Договоренности о сотрудничестве в сфере налогообложения в рамках соглашения об ассоциации между Украиной и ЕС», материалы Департамента сотрудничества с Европейским Союзом Министерства экономического развития и торговли Украины, 2014г.

ORIGINEA ȘI EVOLUȚIA ISTORICĂ A DREPTURILOR FUNDAMENTALE ALE OMULUI



Valeriu BAEȘU, doctorand, ULIM

„Human rights are inalienable some fundamental values that ANY person possesses inherently and naturally, some rights are pure and simple, since holding them as a human being there are some universal values because it applies everywhere and also fits all. Fundamental human rights have their origin in ancient times, passing through the Middle Ages, develops the important contribution of the present phenomenon juridicității seventeenth and eighteenth centuries, as in the period after the Second World War they get a completely“.

Keywords: *fundamental human rights, human being, juridical, man-god relationship, relationship man-power, natural right.*

„Drepturile omului sunt niște valori fundamentale inalienabile pe care orișice persoană le posedă în mod inerent și firesc, sunt niște drepturi pure și simple, dat fiind faptul că posesorul acestora există ca o ființa umană, sunt niște valori universale deoarece se aplică peste tot și în egală măsură pentru toți. Drepturile fundamentale ale omului își au origine în perioada antichității, tranzitează prin Evul Mediu, se dezvoltă prin contribuția importantă a fenomenului juridicității prezent în secolele XVII-XVIII, pentru ca în perioada de după cel de-al doilea război mondial acestea să obțină un aspect complet“.

Cuvinte cheie: *drepturi fundamentale ale omului, ființa umană, juridicitate, relație om-devinătate, relație putere-om, drept natural.*

Accentuarea importanței și interesului față de aceste valori excepționale numite drepturile fundamentale ale omului pe plan internațional s-a remarcat în anii ce au urmat cel de-al doilea război mondial deoarece umanitatea avea nevoie de niște valori fundamentale respectarea cărora ar garanta siguranța și securitatea internațională. Vorbind despre geneza drepturilor fundamentale ale omului se considera că istoria acestora este indisolubil legată de însăși istoria comportamentului interuman, și începe astfel, cu studierea primelor tradiții, obiceiuri, primelor mărturii scrise sau urme arheologice legate despre om. Astfel, putem ferm afirma că drepturile fundamentale ale omului își au origine în perioada antichității, tranzitează prin Evul Mediu, se dezvoltă prin contribuția importantă a fenomenului juridicității¹ prezent în secolele XVII—XVIII, pentru ca în perioada de după cel de-al doilea război mon-

1 S. Draghici, Fundamente constituționale ale dreptului civil, Editura C.H.Beck, București 2010, p. 3.

dial acestea să obțină un aspect complet². Evidențierea celor mai vechi urme ale drepturilor omului nu e posibilă, însă acestea pot fi deduse din studiul concepției despre lumea oamenilor la general, și în special în relațiile om-divinitate și relația putere-om. Cele din urmă au și stat la baza constituirii exigențelor morale, adică a atitudinilor umane care stabilesc bunul (sau răul) comportament și care impun reguli de conduită pentru societate.

Această abordarea științifică propusă de noi are drept temei două premise: evidențierea criteriului sociabilității naturale a persoanei umane și criteriului precum că puterea este calitatea esențială a oricărei formațiuni atât statale cât și nestatale, chiar dacă tipul de organizare este diferit. Perioada de emancipare a omului a fost un proces destul de lung, pe alocuri impresionant, ce a privit toate popoarele și a avut ca factor declanșator principii fundamentale din care s-a și format dreptul modern conținutul căruia cuprinde atât privilegiile ale omului cât și îndatoriri. Aceasta se datorează faptului că istoria omenirii a cunoscut așa fenomene ca conflicte între oameni, popoare, națiuni, state și coaliții de state e.t.c. De menționat că trecerea respectivă a fost destul de progresivă în majoritatea domeniilor: social, politic, științific, tehnologic, economic, iar progresul a fost marcat de intermitență, frământări, suferințe. Și stăzi violența este încă prezentă în lume, fapt constatat după mersul evenimentelor din statul vecin Ukraina, indeosebi regiunile Donețk și Lugansk. Dar totuși în istoria omenirii progresul a fost simțit, lucru confirmat prin abolirea treptată a forței brutale, și prin implantarea unor așa principii de drept ca libertatea, egalitatea, solidaritatea în procesul de guvernare a societăți.

Expresia drepturile fundamentale ale omului, la nivel internațional, evocă drepturile ființei umane, fiind înzestrată cu rațiune și conștiință, și căreia îi sunt recunoscute drepturile sale naturale, ca drepturi inalienabile și impriscriptibile³.

Ființa umană este prezentă în epopeea lui Ghilgameș din Babilon, din prima jumătate a mileniului II î.Hr., în primele legislații, cum ar fi Codul lui Hamurabi (aprox. 1700 de ani înainte de Hristos) — regele semit al Imperiului Babilonian — în care sunt reglementate raporturi sociale, sunt promovate reguli de dreptate socială străbătute de un spirit umanitar, fără egal la vremea respectivă. Considerat de unii ca o primă mărturie scrisă a recunoașterii legale a unui drept fundamental al omului este micul cilindru de argilă, în care, cu semne cuneiforme, a fost gravat edictul prin care Cyrus cel Mare (534 î.Hr.), după cucerirea Babilonului, a acordat evreilor libertatea cultului și posibilitatea acestora de a se întoarce în țara lor pentru a-l practica⁴.

Ființa umană este prezentă și în marile epopei indiene, Vedele, cu cele peste 100.000 de versuri, Upanișadele (circa 560-480 î.Hr.), Sutarele, din care fac parte: un fel de manual juridic, Dharma-Sutra, un fel de tratat erotic, Karma-Sutra ș.a.,

2 *Ibidem* p. 89.

3 Gh. Iancu, *Drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale în România*, Editura All Beck, București 2003, p. 3.

4 M. Bădescu, *Introducere în filozofia dreptului*, Editura Lumina lex, București 2003, p. 191.

Mahabharata, Ramayana, Purana, cu cele 1.000.000 de versuri ale sale, și numărul lor poate continua nu numai pe terenul culturii indiene⁵, ci și în vechea civilizație și cultură egipteană, cum sunt Cartea Morților, un adevărat cod moral de comportament al omului în viață, sau învățăturile lui Ptah-Hotep ș.a., în care omul apare în relație cu realitățile profunde ale sufletului uman⁶.

Ființa umană este prezentă în textele Vechiului Testament, pătrunse de principii etice, de organizare socială, de organizare legislativă, cu o înaltă religiozitate. Gândirea budistă (Buda Sakyamunii a trăit cu aprox. 2500 de ani în urmă în India) caută remedii spirituale relelor care bântuiau pe oameni. În concepția budistă nu numai oamenii sunt egali ci toate ființele sunt egale în demnitate și valoare. Dacă nu sunt liberi, ei pot să devină. Toți au drept la respect și nimic nu poate justifica un atentat la viața lor, exploatarea și umilirea lor. Buda respinge discriminarea dintre ființe, căci diferențele existente sunt momentane și interșanjabile. În consecință, sunt tratați la egalitate bogații și săracii, regii și cerșetorii, bărbații și femeile, singurul criteriu de ierarhie fiind vârsta precum și meritul personal⁷.

În doctrina de specialitate se susține că protecția drepturilor omului își are originea îndepărtată în instituțiile Greciei clasice⁸, dar suntem de acord cu afirmația că e destul de dificil de a conferi o stabilire exactă a locului și timpului în care drepturile omului au fost afirmate și recunoscute. De exemplu, în vechea Chină, Confucius (Kung Fu Tzi — aprox. 551-479 î.Hr.) gândea că o societate armonioasă nu poate fi posibilă decât dacă oamenii care o compun sunt călăuziți de principii de înaltă moralitate, fiindcă totul nu trebuie să fie decât un efort continuu spre bine⁹. Omul, aflat în centrul sistemului său filozofic și moral, trebuie să-și iubească semenul și să-l respecte, moralitatea fiind primul principiu al universului. Moderația în toate, dreptatea și mai cu seamă umanitatea sunt principalele virtuți pe care filozoful chinez le recomandă.

În altă zonă geografică, în Grecia Antică, a apărut seria de mari gânditori care și-au exercitat puternic influența asupra formării concepțiilor moderne despre lume și societate la general și despre drepturile omului, în special. Pitagoras din Abdera, acum mai bine de 2400 de ani, a gândit că „omul este măsura tuturor lucrurilor“, un rezumat al unui întreg ansamblu de reflecții care, prin concepția antropocentristă afirmată implică și un oarecare umanism, sugerând și ideea de drepturi ale omului¹⁰.

Filozofii greci considerau drepturile omului ca fiind acele drepturi fundamentale, eterne și imuabile pe care orice societate omenească trebuie să le respecte, cu alte cuvinte sunt drepturi care izvorăsc din natura lucrurilor iar legea nu este decât

5 M. Bădescu, *Introducere în filozofia dreptului*, Editura Lumina lex, București 2003, p. 174.

6 *Ibidem* p. 197.

7 *Ibidem* p. 175.

8 G. del Vecchio, *Leții de filozofie juridică*, Editura Europa nova, București 1994, p. 49.

9 M. Bădescu, *Introducere în filozofia dreptului*, Editura Lumina lex, București 2003, p. 199.

10 Gh. Dănișor, *Filozofia drepturilor omului*, Universul juridic, București 2011, p. 17.

expresia acestei naturi. În acest fel, drepturile omului izvorăsc din dreptul natural, sunt drepturi naturale, drepturi firești. Ei au înțeles, deci, că omul, tocmai fiindcă este om, are drepturi inerente naturii sale și că nesocotirea lor ar prejudicia această natură. Sunt drepturi anterioare oricărei consacrări legale.

Un mare filozof grec, Platon (aprox. 427-346 î.Hr.), favoriza o anumită castă de filozofi, de savanți cărora după părerea lui, restul societății trebuia să le acorde crezare, astfel, afirma dînsul, în stat se disting trei clase: cea a înțelepților, destinată să domine, cea a luptătorilor care trebuia să apere organismul social, cea a meseriașilor și agricultorilor, care trebuia să hrănească. În conformitate cu părerea savantului în statul ideal guvernarea cetății însemna o activitate mai presus de orice activitatea centralizată de educație socială prin care poate fi atinsă fericirea tuturor¹¹.

Un alt mare filozof grec preocupat de existența ființei umane era Aristotel (384-322 î.Hr.) a elaborat formula precum că omul este membru al societății în care legile trebuie să fie raționale și să domnească în cetate iar viața socială, condiția vieții morale sau, altfel zis, în spiritul concepției aristotelice, organizarea vieții morale. Statul este o asociație de oameni liberi și egali, de cetățeni, dar cetățeni sunt numai aceia care participă la viața socială și politică, sclavul nefiind decât un „res“, un lucru, un „instrument vorbitor“. Societatea este împărțită în oameni liberi și sclavi, natura fiind cauza acestei inegalități¹².

Ulterior cu trecerea timpului au apărut și alți filozofi stoici, greci și romani, care fiind precăuțați de aceleași drepturi naturale, susțineau ideea că de aceste drepturi naturale merită să se bucure toți oamenii, indiferent de condiția lor socială și indiferent de locul în care se afla. În această ordine de idei, aceștia afirmă că drepturile omului nu trebuie nici de cum confundate cu privilegiile omului, deoarece acestea aparțineau tuturor, prin simplul fapt că toți sunt ființe umane înzestrate cu rațiune.

Puțin mai sus am pomenit de filozofii stoici cei care au proclamat ideea că „omul este lucru sfânt pentru om“ — „Homo res sacra homini“¹³. Stoicismul, deci, era acel curent filozofic grec care deschidea o nouă viziune spre universalism conform căreia omul era considerat ca o ființă sociabilă, liberă și protejată de către un drept natural. Respectiv s-a cristalizat ideea unei solidarități universale bazate pe natura umană.

Acest mod de gândire a stoicilor a fost preluat de marii filozofi și juriști romani care au transmis mai departe ideea de egalitate naturală a oamenilor bazată pe asemănarea dintre aceștia. Astfel, toți oamenii liberi erau înzestrați cu rațiune și ca urmare ei puteau și trebuiau să-și dezvolte virtutea. Cicero (106-43 î.Hr.) formula în termeni juridici ideile filozofilor stoici; rolul statului era să protejeze drepturile în respectul legalității. În *De republica*, Cicero scria că: „Adevărata lege este dreapta rațiune, conformă cu natura... Nu există o lege la Roma și o altă lege la Atena; o singură lege trebuie să guverneze toate popoarele și un singur zeu va fi ghidul

11 G. del Vecchio, *Lecții de filozofie juridică*, Editura Europa nova, București 1994, p. 53.

12 Ibidem, p. 56.

13 Ibidem, p. 66.

tuturor¹⁴. În doctrina romană dreptul natural „jus naturale“ era indispensabil legat de dreptul oamenilor „jus gentium“. Astfel, Ulpinian (?-228 d.Hr.) afirma că dreptul natural este acela pe care natura îl acordă tuturor ființelor umane¹⁵. Această sintagmă este înțeleasă precum că drepturile naturale aparțin tuturor, fie ei sunt cetățeni romani sau nu.

O altă etapă de o semnificație majoră care a accentuat și mai mult importanța drepturilor omului în caracterizarea ființei umane aparține lui Constitutio Antoniana (212 d.Hr.) care a lărgit spectrul dreptului la cetățenie, astfel încât toți oameni liberi din Imperiul Roman au avut șansa de a primi dreptul la cetățenie, sau Edictul din Milan, prin care împăratul Constantin a acordat libertatea cultului creștinilor (313 d.Hr.). În această perioadă se observa că în marea majoritatea vechilor sisteme lipsește principiul fundamental al dreptului în genere și al existenței drepturilor omului, în special, și anume principiul egalității, însă care treptat a început a fi implimentat cu ajutorul creștinismului, după cum am și menționat puțin mai sus, care masiv propaga mesajul: „Iubește pe aproapele tău ca pe tine însuși; mai mare decât aceasta, altă poruncă nu este“¹⁶. Conținutul Sfințelor Scripturi și Evanghelia era împinzit de același drept natural dat fiind faptul că era axat pe ființa umană pentru că anume ea a fost creată după chipul și înfățișarea lui Dumnezeu. Dragostea pentru Dumnezeu este dragostea pentru ceilalți. Reieșind din aceasta creștinismul nu mai putea tolera astfel de fenomene sociale ca: ierarhia socială, sclavia, rasismul pentru că toți oamenii au un strămoș comun: Adam și Eva „Toți suntem fii ai lui Dumnezeu prin credința în Hristos Iisus. Căci câți în Hristos v-ați botezat, în Hristos v-ați îmbrăcat. Nu mai este iudeu, nici elin, nu mai este nici rob, nici liber; nu mai este parte bărbătească și parte femeiască, pentru că voi toți una sunteți în Hristos Iisus“¹⁷.

O viziune importantă despre ființa omului este elucidată dreptul islamic (musulman) și anume menirea omului de a salva lumea. Întru realizarea scopului propus, ființa umană este înzestrată de anumite drepturi fundamentale pentru a elimina nedreptatea, exploatarea și opresiunea din societate. Drepturile omului sunt date de Allah, el fiind autorul Legii. Având o origine divină, nimeni, nici un conducător nici o autoritate nu le poate restrânge, abroga sau viola; ele fac parte integrantă din ordinea islamică, au un caracter universal și normativ și, ca atare, toate organismele musulmane sunt obligate să le aplice în litera și spiritul Legii Divine. Omul are datorii față de Allah și aceste datorii devin drepturi în fața semenilor¹⁸. În concepția islamică, drepturile omului prezintă particularități specifice care le deosebesc de acelea consacrate în celelalte state ale lumii universale ca de exemplu femeile au drepturi corespunzătoare obligațiilor lor, dar bărbații au o preeminență asupra lor

14 G. del Vecchio, *Lección de filosofía jurídica*, Editura Europa nova, București 1994, p. 63

15 *Ibidem*, p. 64

16 *Noul Testament. Evanghelia după Marcu*, editura adevărul, București 2012, p. 16. (490p)

17 *Epistola către Gălăten a Sfintului apostol Pavel după I. Moroianu Zlătescu. Drepturile Omului — un sistem în evoluție*, București 2008, p. 65.

18 M. Bădescu, *Introducere în filosofia dreptului*, Editura Lumina lex, București 2003, p. 158.

în multe privințe. Din punct de vedere juridic, condiția femeii este cea a unui personaj incapabil.

O următoare etapă de evoluție și dezvoltare a drepturilor omului le reprezintă elaborarea și susținerea celor trei generații ale drepturilor omului¹⁹ de așa mari juriști, filozofi și gânditori politici ca: Jean Bodin (1530—1596) — Franța; Hugo Grotius (1583—1645) — Olanda; Baruch Spinoza (1632—1677) — Olanda; Thomas Hobbes (1588—1679) și John Locke (1632—1704) — Anglia; G. W. Leibniz (1646—1716) — Germania ș.a., care au dezvoltat așa concepte ca drept natural—drept pozitiv, suveranitate și libertate, relațiilor dintre stat și om, putere și individ, drept natural—drept pozitiv etc.

Drepturile omului din prima generație reprezintă niște consecințe juridice ale veșnicei lupte dintre puterea dictatorială concentrată în mâinile monarhului specific secolelor XV-XVIII care sau finalizat cu elaborarea unor astfel de valori istorice ca Declarația drepturilor omului și ale cetățeanului din 26 august 1789 din Franța, conținutul căreia va fi plasată la începutul Constituției franceze din 1791. Spiritul Declarației este consacrat în separația puterilor în stat și în întemeierea metajuridică asigurată de contractul social care presupune controlul puteri de către cetățeni ca rezistență la opresiune²⁰. Așa dar, drepturile omului din prima generație au ca principiu autonomia individuală caracterizată prin neintervenția statului în spațiul rezervat cetățeanului privit ca individ separat.

Drepturile omului din cea de-a doua generație se caracterizează prin intervenția statului în reglementarea relațiilor dintre stat și individ, lucru datorat de evoluția societății, de dezvoltarea fără precedent economiei mondiale fapt ce a cauzat constituirea unor noi drepturi economice, sociale și culturale. În acest context James M. Buchanan susținea că „libertatea individuală nu poate fi nemărginită, dar aceleași forțe care fac necesară apariția unor limite pot, dacă sunt lăsate să acționeze, să restrângă insuportabil sfera libertății omenești”²¹.

Drepturile omului din cea de-a treia generație se caracterizează prin trecerea în urmă a problemei individualității umane care începe a cunoaște concepte mult mai vagi cum ar fi popor, umanitate care au și dus la sacrificarea omului în numele societății, a individului, sau a poporului.

Hugo Grotius, de pildă, în *De jure belli ac pacis* (1625), afirma drepturile naturale ale tuturor oamenilor este dat de totalitatea principiilor pe care rațiunea le dictează pentru satisfacerea înclinării noastre naturale pentru viața socială independent de principiile religioase²². Grotius și apoi și alții au răspândit ideea că din filozofia dreptului natural își trage originea în doctrina modernă a drepturilor omului pentru că prin intermediul dreptului natural a putut să se transforme ideea filozofică a universalității dreptului inerent naturii umane în instituție politică.

19 Gh. Dănișor, *Filozofia drepturilor omului*, Universul juridic, București 2011, p. 76.

20 Ibidem p. 79.

21 James M. Buchanan, *Limitele libertății*, Institutul European, 1977, p. 17 după Gh. Dănișor, *Filozofia drepturilor omului*, Universul juridic, București 2011, p. 84.

22 M. Bădescu, *Introducere în filozofia dreptului*, Editura Lumina lex, București 2003, p. 45.

Montesquieu (1689—1755) primul care a elaborat teoria separației puterilor în stat, Rousseau (1712—1778) în lucrarea sa „Discurs asupra originii și fundamentelor inegalității dintre oameni” susținea că la origine, oameni au fost liberi și egali, trăind în mod simplist, în păduri, conducându-se numai după preceptele naturii în așa numita „stare naturală”²³, și alții au dat expresii noi dezvoltării ideilor de drepturi ale omului ca drepturi naturale care derivă dintr-o recunoaștere pozitivă și care conferă noi expresii față de așa concepte ca democrație, drepturi, conviețuire în societate, libertate, egalitate, fraternitate ș.a.

Immanuel Kant (1724—1804) unul dintre cei mai mari filozofi ai tuturor timpurilor afirma că dreptul este totalitatea condițiilor în care voința liberă a fiecăruia poate coexista cu voința liberă a tuturor, în conformitate cu o lege universală a libertății²⁴. Astfel, demnitatea și respectul, sunt acele fundamente ce stau la baza egalității oamenilor, a teoriei drepturilor omului, a solidarității umane sau, mai exact, a ideii etico-juridice a drepturilor omului.

Pe lângă monografiile marilor savanți filozofi care au tratat drepturile omului ca drepturi fundamentale ale individului pe parcursul istoriei putem evedența și o serie de monumente istorice ca Magna Carta Libertatum --1215, care într-o lungă perioadă de timp au constituit ceea ce numim noi astăzi instrumente de protecție și de promovare a drepturilor omului. Acest monument istoric a fost aferit de Ioan-fără-Țară (1167—1216) baronilor și înalților prelați englezi și reprezintă nu numai o concedare de privilegii aristocrației engleze, ci și o încercare de text „constituțional” care garantează drepturi și libertăți. Conținutul Magnei Carta Libertatum este împânzit cu reglementări conform cărora nici chiar regele nu este mai presus de lege, iar puterea lui nu este absolută. Textul conține 63 de articole înzestrate cu privilegii acordate bisericii engleze, orașului Londra și tuturor cetățenilor și orașelor din regat: negustori, demnitari feudali etc. Astfel, nici un om liber nu va fi arestat, sau întemnițat, nici deposedat, sau pus în afara legii, nici exilat, nici molestat... decât ca urmare a unei judecăți legale... după legea țării²⁵. Magna Carta Libertatum a fost reconfirmată sub Henric III, Eduard I, Eduard III. Pe parcursul evoluției isoriei au mai urmat și alte documente britanice care limitau fărădelegile și abuzurile autorităților în domeniul impozitelor. Ca exemplu ne poate servi „Petiția drepturilor” (7 iunie 1628) ce a fost prezentată de membrii Parlamentului englez regelui Charles I (1625—1649) în momentul în care se solicitase Parlamentului subsidii pentru continuarea războiului împotriva Spaniei și Franței. Aceștea i-au reamintit regelui Charles I drepturile tradiționale ale poporului englez, stabilite încă din Marea Cartă ca respectarea drepturilor Parlamentului, libertatea politică și libertatea persoanelor: articolul 1: nici un impozit nu putea fi impus fără consimțământul Parlamentului; articolul 2 amintea principiile referitoare la siguranța cetățeanului englez, interzicerea arestării abuzive, articolul 5 respectarea lui Habeas Corpus²⁶ ș.a.

23 M. Bădescu, Introducere în filozofia dreptului, Editura Lumina lex, București 2003 p. 53.

24 Ibidem p. 56.

25 Конституции зарубежных стран. Издательство «Юрлитинформ». Москва, 2000, p. 9.

26 Ibidem, p. 10.

Un alt monument istoric de o valoare documentară este Habeas Corpus Act din 1679 care a instituit o procedura de protejare a libertății individuale și a siguranței personale. Documentul garanta împotriva riscurilor de arestare și de pedepse arbitrare și consacra respectarea drepturilor cetățenilor englezi impuse deja puterii regale prin Marea Cartă și Petiția drepturilor omului. Etimologic, Habeas Corpus înseamnă că „tu ai corp“, în sensul de a fi prezentat înaintea tribunalului într-un termen scurt — 3 zile, conform articolului 1 — pentru ca acesta să poată să decidă legalitatea detenției²⁷. Erau reguli minuțios definite privitoare la mandatul emis: mențiuni, semnături, motive, termene (articolul 2), la evitarea transferurilor arbitrare de la o închisoare la alta (articolul 8); funcționarii neglijenți sau abuzivi erau pasibili de 16sanțțiuni (articolul 4, articolul 11 ș.a.)²⁸.

Un alt document de o valoare istorică fundamentală este „Actul care declară drepturile și libertățile supușilor și care stabilește succesiunea la Coroană“, cunoscut sub numele de „Declarația drepturilor“ (Bill of Rights — 13 februarie 1689), acordat sub Wilhelm de Orania, după căderea lui Jacques al II-lea, care reînnoia și amplifică documentele precedente. Se înscria în acest Bill of Rights, printre altele, că: autoritatea regală nu putea, fără consimțământul Parlamentului, să suspende legi sau executarea lor, sau să mențină o armată permanentă; orice impozit, fără aprobarea Parlamentului, era ilegal; alegerea membrilor Parlamentului trebuia să fie liberă; libertatea cuvântului, a dezbaterilor sau procedurilor în cadrul Parlamentului nu puteau fi împiedicate, și altele încă. Articolul 1 enunța un principiu esențial: legea este deasupra regelui²⁹.

Ulterior a urmat perioada renașterii remarcată prin mari tulburări religioase care au favorizat instalarea unor regimuri absolutiste care, la rândul lor, nu puteau ignora nevoia de garantare a unor libertăți, cu deosebire în materie religioasă. Ca exemplu ne poate servi situația tulburărilor interne din Franța care au durat o perioadă de 36 de ani, începând cu 1662. Henric al IV-lea a acordat cetățenilor, la 13 aprilie 1598, un edict de pacificare sub numele de Edictul din Nantes, pentru a pune capăt tulburărilor și dezordinii din țară. Edictul, format din 92 de articole (completat cu 56 de articole secrete), este precedat de un preambul care înscria pentru credincioșii protestanți garanții referitoare la exercitarea religiei lor, libertatea de conștiință și siguranța persoanei și a averilor. Edictul respectiv a și fost revocat în 1685 de către Ludovic al XIV-lea.

Războaiele ce s-au purtat în secolele XVI—XVII s-au încheiat și cu tratate în care au fost înscrise și protecția unor drepturi și libertăți. Pacea de la Augsburg (1555), ca urmare a luptelor religioase dintre protestanți și catolici, duse atât pe planul războaielor civile cât și internaționale, a recunoscut prinților luterani libertatea cultului.

Tratatele de la Westfalia, din 30 ianuarie și 14-24 octombrie 1648, semnate la Munster și Osnebruck, cel de la Oliva (1660) între Suedia, Polonia și Rusia, cel de la

27 Конституции зарубежных стран. Издательство „Юрлитинформ“. Москва, 2000, p. 11.

28 Ibidem, p. 12.

29 Ibidem, p. 16.

Nimègue (1678) între Olanda și Franța au înscris prevederi prin care cedarea unor teritorii nu trebuia să ducă și la schimbarea forțată a confesiunilor religioase. Mai târziu, Tratatul de la Viena (1815), încheiat după prăbușirea imperiului napoleonian, conținea mai multe clauze de garantare a unor drepturi civile, a libertății religioase.

În Declarația de Independență a Statelor Unite (4 iulie 1776), adoptată la început de nouă state, cărora li s-au adăugat încă patru, și semnată la 2 august de 56 de membri ai Congresului, se proclama că: „Toți oamenii au fost creați egali; ei au fost înzestrați de Creatorul lor cu anumite drepturi inalienabile; printre aceste drepturi se găsesc viața, libertatea și căutarea fericirii. Guvernele sunt stabilite de oameni pentru garantarea acestor drepturi și dreapta lor putere emană din consimțământul guvernanților”³⁰. Th. Jefferson, redactor principal al Declarației, a afirmat că guvernul este în serviciul poporului, că este creat de el și își deține autoritate cu consimțământul acestuia. Scopul său este de a proteja drepturile poporului. Constituția Statelor Unite (din 17 septembrie 1787), ratificată în 1890 de toate statele Uniunii, completată la început cu zece amendamente, a înscris drepturi dintre cele mai largi. Erau înscrise libertatea religioasă, a cuvântului, a presei, dreptul la asociere, dreptul poporului de a deține și purta arme, inviolabilitatea persoanei, a domiciliului, corespondenței și altele încă³¹.

Un interes profund și larg le-au avut declarațiile și constituțiile care au urmat revoluției franceze din 1789. Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului, adoptată de Adunarea Constituantă între 20 și 26 august 1789, proclama printre altele că: „recunoaște și declară, în prezența și sub auspiciile Ființei Supreme, drepturile următoare ale omului și cetățeanului...”; „Oamenii se nasc și rămân liberi și egali în drepturi”; „Scopul oricărei asociații politice este conservarea drepturilor naturale și imprescriptibile ale omului. Aceste drepturi sunt libertatea, proprietatea, siguranța și rezistența la opresiune”³².

În această Declarație se oglindeau astfel de reglementări ca: libertatea religioasă, a cuvântului, a presei, dreptul la asociere, dreptul poporului de a deține și purta arme, inviolabilitatea persoanei, a domiciliului, a corespondenței și altele încă. Documentul respectiv a modificat radical situația existentă în raport cu documentele precedente, fiind prima declarație care se adresa tuturor cetățenilor, tuturor oamenilor, indiferent căror națiuni aparțineau, indiferent de clasa socială din care făceau parte.

Revoluția din Rusia din octombrie 1917 și Constituția rusă din 1918, revoluția mexicană cu noua sa Constituție din februarie 1917, Constituția de la Weimar din 1919 au proclamat o nouă dimensiune a drepturilor omului. Nu atât de protecția acestor drepturi se preocupau însă legiuitorii sovietici, ci de înscrierea formală a altei categorii de drepturi, aceea a drepturilor economice, sociale și culturale. Este și momentul când aceste drepturi și-au făcut intrarea în sistemul internațional.

30 Конституции зарубежных стран. Издательство „Юрлитинформ“. Москва, 2000, p. 181.

31 Ibidem, p. 182.

32 Ibidem, p. 33.

Toate constituțiile moderne sus nominalizate sunt împânzite necondiționat cu reglementări referitoare la drepturile omului și libertățile fundamentale. Despre o reglementare internațională a drepturilor omului și a libertăților fundamentale nici nu se poate vorbi decât o dată cu crearea Societății Națiunilor (numită și Liga Națiunilor) indiferent de faptul că acțiuni de protecție a unor anumite drepturi pe plan internațional se înregistraseră și mai înainte ca Convențiile de la Geneva, numite ale Crucii Roșii, sau Convențiile de la Haga din 1899 și 1907 care urmăreau umanizarea războaielor prin atenția ce trebuia acordată răniților, bolnavilor, prizonierilor, populației civile ș.a.

Pactului Ligii Națiunilor, fondată ca o „Societate a Națiunilor“ în scopul menținerii păcii a fost încorporat în Tratatul de pace semnat la Versailles la 28 aprilie 1919 unde problematica drepturilor omului nu a fost însă urmărită consecvent decât sub anumite aspecte. Societatea Națiunilor a fost prima organizație cu vocație internațională politică (în 1938, ea număra 54 de state membre). Organizația nu era însă înzestrată cu puteri suficiente pentru sancționarea agresiunilor și nu putea conta decât pe virtuțile democrațiilor internaționale, practic pe discuții publice între conducătorii responsabili. Ieșirea statelor autoritare, Germania, Japonia, absența unor mari puteri precum SUA și URSS (o perioadă) au făcut-o să-și piardă din eficiență și din credibilitate.

Odată cu finalizarea primului război mondial, harta politică a lumii se modificase radical fapt ce a contribuit și la schimbări esențiale din punct de vedere demografic. Grupuri importante majoritare au devenit minoritare și invers. Astfel, apăruseră necesitatea unei protecții internaționale a drepturilor omului, dar nu numai în ceea ce privește minoritățile naționale ci și a altor drepturi. Partea a XIII-a a Tratatului de la Versailles, care cuprinde Carta Organizației Internaționale a Muncii, reprezintă și o adevărată declarație a drepturilor muncitorului (art. 427). Sub auspiciile Societății Națiunilor au fost elaborate mai multe convenții, cum este de pildă cea din 1926 împotriva sclavajului, convenții privind reprimarea traficului cu femei și copii, pentru lupta împotriva drogurilor, sau sistemul de protecție internațională a țărilor aflate sub mandat ș.a. Liga Națiunilor preocupată în principal de menținerea păcii, a încetat practic să existe curând după începerea celui de-al doilea război mondial, în 1939, deși, formal, a fost dizolvată definitiv la 31 iulie 1947.

A urmat perioada interbelică caracterizată prin numeroase acte de cruzimi provocate de forțe totalitare, antidemocratice, care au provocat indignarea opiniei publice internaționale materializate prin o serie de declarații ca declarația făcută de președintele american F. D. Roosevelt cu prilejul mesajului către națiune din 26 ianuarie 1941, în care se evedențiază patru libertăți: libertatea cuvântului și de exprimare, libertatea religioasă, dreptul de a fi la adăpost de nevoile materiale și dreptul la garanția unei vieți eliberate de frică. În această ordine de idei a fost adoptată ulterior și Carta Atlantică, elaborată la 14 august 1941 de președintele Roosevelt și de primul ministru britanic Churchill, în care, în afara acestor patru drepturi și libertăți, s-au mai adăugat și cerința asigurării progresului economic și securității sociale.

Conferința de la San Francisco de la 25 aprilie 1945 s-a terminat la 26 iunie cu semnarea Cartei Organizației Națiunilor Unite care a intrat în vigoare la 24 octombrie 1945 cu depunerea instrumentelor de ratificare de către membrii permanenți ai Consiliului de Securitate și de majoritatea statelor semnatare. Organizația Națiunilor Unite este succesoarea Societății Națiunilor creată deoarece prima s-a dovedit a fi incapabilă să împiedice izbucnirea acestui război și a altor conflicte anterioare lui. Organizația Națiunilor Unite deosebea două categorii de membri: cei originari și ceilalți. Membrii originari erau aceia care participaseră la Conferința de la San Francisco, semnaseră și ratificaseră Carta (erau în număr de 51). Admiterea celorlalți membri era supusă unor proceduri și condiții speciale și anume: să fie un stat pacifist care să accepte obligațiile Cartei. La recomandarea Consiliului de Securitate, Adunarea Generală urma să se pronunțe cu o majoritate de două treimi. În cadrul Societății Națiunilor, Consiliul nu intervenea. De menționat că în 1932 Societatea Națiunilor număra 60 de state membre, iar actualmente organizația cuprinde 193 de state membre care participă la abordarea și identificarea soluțiilor pentru problemele globale într-un cadru internațional unic de dialog și cooperare. Organele principale ale ONU sunt: Adunarea Generală, Consiliul de Securitate, Consiliul Economic și Social (ECOSOC) și Curtea Internațională de Justiție.

Mandatul ONU cuprinde o serie largă de domenii precum: desfășurarea operațiunilor de menținere a păcii, prevenirea conflictelor și oferirea asistenței umanitare, activități operaționale pentru dezvoltare ș.a. De asemenea, organizația oferă o platformă globală de abordare și luare a deciziilor asupra provocărilor cu care se confruntă comunitatea internațională precum dezvoltarea durabilă, schimbările climatice, contracararea terorismului, dezarmarea, bunăstarea populației, promovarea democrației și a drepturilor omului ș.a.

Republica Moldova a devenit membru ONU pe data de 2 martie 1992, odată cu adoptarea de către Adunarea Generală ONU a Rezoluției A/RES/46/223. Fiind un forum universal de dezbateră a problemelor globale, Republica Moldova acordă o importanță deosebită rolului ONU în promovarea democrației și a drepturilor omului, menținerea păcii și securității internaționale, dezvoltarea economică și socială, respectarea principiilor dreptului internațional și a supremației legii.

Imediat după aderarea Republicii Moldova la familia ONU, mai multe din aceste agenții, fonduri și programe și-au deschis, cu acordul Guvernului RM, oficii în țară în vederea susținerii activităților de promovare a democrației, bunei guvernări, prosperității, drepturilor omului și consolidarea unui stat de drept modern și european. La ora actuală, peste 20 de agenții specializate, fonduri și programe au oficiu la Chișinău, sau oficii de proiecte, după cum urmează:

- Programul ONU pentru Dezvoltare (UNDP);
- Fondul ONU pentru Copii (UNICEF);
- Înaltul Comisar ONU pentru Refugiați (UNHCR);
- Fondul ONU pentru Populație (UNFPA);
- Organizația Mondială a Sănătății (WHO);

Organizația Internațională a Muncii (ILO);
Entitatea Națiunilor Unite pentru Egalitatea Gender și Abilitarea Femeii (UN WOMEN);
Organizația pentru Alimentație și Agricultură (FAO);
Fondul Internațional pentru Dezvoltarea Agriculturii (IFAD);
Programul ONU privind HIV/SIDA (UNAIDS);
Organizația Internațională pentru Migrație (IOM);
Organizația Națiunilor Unite pentru Educație, Știință și Cultură (UNESCO);
Organizația Națiunilor Unite pentru Dezvoltare Industrială (UNIDO);
Oficiul ONU pentru Droguri și Crimă (UNODC);
Programul ONU pentru Mediu (UNEP);
Comisia ONU pentru Europa (UNECE);
Conferința ONU pentru Comerț și Dezvoltare (UNCTAD);
Oficiul Înaltului Comisar ONU pentru Drepturile Omului (OHCHR);
Agenția Internațională pentru Energie Atomică (IAEA);
Banca Mondială (WB);
Fondul Monetar Internațional (IMF);

La etapa actuală, activitatea ONU în Moldova se desfășoară în conformitate cu Acordul de Parteneriat ONU — Republica Moldova și planul de acțiuni pentru perioada 2013—2017 care a fost semnat la Chișinău în decembrie 2012 de către Șeful Guvernului Republicii Moldova, Rezydentul Coordonator ONU și reprezentanții organizațiilor ONU în Republica Moldova.

DREPT PRIVAT

PRIVATE LAW

LEGAL CONSTRUCTIONS IN THE FOCUS OF INTERTEMPORAL AND INTERLOCAL COMPARISON METHODS: METHODOLOGICAL ASPECT

Oleg HALABUDENKO, PhD, assistant professor, ULIM

The paper is focused on the philosophical and methodological reasoning of issues related to the reception (transplantation) of legal phenomena (legal transplants) of the legal culture by another one. The problem of a legal phenomenon transferring is considered by the author in two ways — intertemporal and interlocal. According to the author, the analysis of the use of these comparison methods demonstrates that the transferring of legal material is effected by means of the primary elements of law — certain legal constructions.

Keywords: Methodology of Comparative Law; intertemporal and interlocal comparison methods; legal constructions.

Actul este axat pe raționamentul filosofic și metodologic de probleme legate de recepția (transplant) de fenomene legale (transplanturi juridice) și culturii juridice. Problema fenomenului juridic transferat este considerată de către autor în două modele — intertemporal și interlocal. Potrivit autorului, analiza de utilizare a acestor metode de comparație demonstrează că transferul materiei juridice se efectuează prin elementele primare de drept — anumite construcții juridice.

Cuvinte cheie: Metodologia de drept comparat; metode de comparație intertemporale și interlocal; construcții juridice.

The point of departure for the methodological contemplation of the science of law is the quest for the adequate substantiation of legal phenomena (*ratio*) relevant to the application of the legal method aimed to the resolution of contradictions arising as a result of the use of an abstract rule (*ratio iuris*) to a specific legal situation (*ratio facti*). An investigation of methodology from the outset is directed not so much to a consideration of the positive issues of law as to the related problems of the means and methods of investigation of legal phenomena. In this sense “methodology is the grammar of legal argument and the fabric of legal practice”¹.

We note that in a non-complex legal existence the problem of seeking the grounds for legal phenomena might always remain in the domain of the pure theory. In that case jurisprudence, in contemplating the infinite (*infinitum*) would retain its finite

1 D. Patterson, “Methodology and Theoretical Disagreement”, in Ulla Neergaard, Ruth Nielsen, and Lynn Roseberry (eds.), *Essays in European Legal Method* (2011), p.20.

character (*finite doctrina*), having found consolidation by relegating it to the sphere of *ars*. However, the increasing complication of legal reality, the need to elaborate methods of interpretation and expression of wills, the actual urgency for the systematization of legal material with view to the optimization of the norm-creative process, and most importantly — the unification of law in legal spaces united by the community of legal tradition — assume the development of a methodology adequate to the challenges of reality.

By way of a comment presaging a more detailed consideration of the questions to which the present article is devoted, we note that unlike the subject-matter of law whose boundaries are exhausted by the field of legal reality, recourse to issues of the methodology of law assume transcending the limits of the said field and, in consequence, inevitably in our view, resource to the philosophical dimension of the phenomena of legal being. Methodology, especially, should be understood as the “philosophy of the scientific method”². The assertion is admissible that the philosophical dimension of legal reality is immanently inherent to each paradigm known to legal science. Having regard to this, we agree with Tarasov in his definition of the method of jurisprudence as a “scientifically substantiated and philosophically justified system of means of cognitive activity corresponding to the nature of law and inextricably linked with the subject-matter of jurisprudence”³.

Comparison is among the principal methods of cognition of legal reality. One may assume that any element of legal reality may be cognized by means of the comparison thereof with another element; comparison should be deemed to be correct if the elements being compared perform the same function. Comparison should be considered in two aspects: as a scientific method of research applicable to different spheres of legal reality and as a system of scientific knowledge concerning the legal systems of the past and present⁴.

Within the attention span of an investigator of legally significant objects which existed in the historically-preceding legal systems is the problem of the correlation of “comparative law” to the history of law; or, more precisely, the issue of the admissibility of applying the historical (intertemporal) method directly to the quest for the result of a comparative legal study. One should, in our view, agree with Zweigert and Kötz, who noted that an “... expanded notion of comparative law would include comparative legal history ...”⁵.

2 G.H. von Wright, *Логико-философские исследования: избранные труды* [Logical and Philosophical Studies: Selected Works] (1986), p. 42.

3 N. N. Tarasov, *Методологические проблемы юридической науки* [Methodological Problems of Legal Science] (Ekaterinburg, 2001), p. 34.

4 M. N. Marchenko, *Курс сравнительного правоведения* [Cours of Comparative Jurisprudence] (2002), p. 20; Kh. Bekhruz, *Сравнительное правоведение* [Comparative Jurisprudence] (2011), p. 11.

5 K. Zweigert and H. Kötz, *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права* [An Introduction to Comparative Law], transl. T. Weir (2d ed.; 1992), p. 8.

From the standpoint of the methodology of comparative jurisprudence, this means that the history of the forming and development of comparative jurisprudence inevitably falls within the purview of comparatists. The view expressed by Kresin is topical in this connection that “new fundamental studies of the principal stages of evolution of comparative law, *inter alia*, may help to overcome the methodological crisis in comparative jurisprudence, clarify its character, the modern tasks and orientations of its development”⁶.

Indeed, history as a domain of factual data and law (in the sense of justness) as the “permanent and unchangeable will to give each to his own”⁷ represent ontologically different objects. However, one should not overlook the fact that legal phenomena, although might be synchronically measured, nonetheless as social facts exist and develop in time. Therefore, “legal history is not simply self-serving”: law and history are closely interfused⁸. Consequently, an expanded notion of “comparative law” would include the comparative history of law⁹.

Turning to the historical development of law, the investigator of the European legal tradition devotes principal attention to the reception of Roman legal material by contemporary legal orders. For more than two and a half millennia Roman Law underwent more than one Renaissance: the flowering of Roman Law of the classical era, after sequences of crisis, is completed by the codification of Justinian, underlying which was the synthesis of *lege romana* and the Christian syncretic doctrine; the era of the Dark Ages is superseded by the *ius commune* prepared by the works of Glossators and Commentators; in place of the *ius commune* of medieval Europe comes codification determined by the parameters of the nation-State underpinned by a natural-law doctrine “entangled” in reworked Roman law material.

The assertion that the development of the private law of the countries of continental Europe is the result of the reception of Roman Law does not give rise to objections in principle from a single serious investigator. The process of comprehending Roman Law by the legal orders formed in the spaces of Europe is a special instance of the process of the assimilation of ancient culture as a whole. With a few exceptions (especially, intellectual property, corporate rights), the institutions of modern civil law ascent directly from the traditions laid down by Roman Law. In turn, the Roman legal tradition represents a category filling the gap between the concepts “law” and “culture” and is regarded as a stratum of European legal culture¹⁰.

6 O. V. Kresin, Порівняльне правознавство у XIX—XX століттях: проблеми становлення [Comparative Jurisprudence of the XIX—XX Centuries: Problems of Development] (Kyiv, 2011), p. 16.

7 Ulpian (D.1.1.10 pr): *Iustitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, in Y. Lassard and A. Koptev, *The Roman Law Library*, available at: droitromain.upmf-grenoble.fr

8 Zweigert and Kötz, note 5 above, p. 9.

9 Ibid., p. 8.

10 R. Zimmerman, „Римское право и европейская культура“ [Roman Law and European Culture], Вестник гражданского права [Civil Law Review], no. 4 (2007), p. 214.

The term “tradition” emphasizes “the character of law and legal culture as something historically formed” and not dictated by the imperative behest of actual reality. In fact, the “principle of tradition is the presence of the past in the present, in the communication to the present of the significance of a means of existence of the past”¹¹. In our view, one may assume that a legal tradition is that required generalized invariant of the result of comparative legal research which may be perceived by another legal culture. One may conclude that a community of legal ideas underlies a particular legal culture which find respective embodiment in typicized legal forms, the result of the manifestation of a certain legal tradition.

The interconnection and interdependence of legal tradition and culture are traceable in the reception of legal concepts of legal order which had until the moment of legal transfer socio-cultural and economic components distinct from those inherent in the legal tradition being perceived. A clear example is the reception of the German civil and trade law by Japan at the end of the nineteenth century, prepared, it is important to note, by the significant influence of French legal culture¹². Thus, reception changes the legal culture of the recipient country perceiving the legal tradition characteristic for the country of origin. Legal systems are comparable in result (or effectiveness) because they are unified by a community of legal tradition; for the jurisdictions of continental law we have in view the tradition emanating from Roman law that serve as the Common Core of European Private Law.

The success of the reception of Roman law is a process commenced in the era of the Glossators and continuing down to the present and shows that typicized legal forms embodying ideas characteristic for European legal space have a universal character. The community of legal approaches to which the participants of legal communion resort when resolving legal problems of the same type supports this assertion. The universality of the idea of law, for the first time precisely formulated by the Roman legal genius, is that any vital society ensures its existence and development by means of legal communion, using in so doing the rationally comprehensible, normatively determinable, and defensible concepts. Legal communion proper, formed initially within family alliances (*divini et humani iuris communicatio*) and then disseminated through all society, are laying the basis of the future dialogue of legal systems.

It also is evident that the resolution of legal problems “in terms evaluated in norms” of Roman law that arise outside its chronological limits is no historical coincidence, but a reflection of regularities peculiar to law as a phenomenon of social reality. These regularities have a universal, supranational character. Under the impact of Roman law an idea of properties and indicia inherent to any legal culture is being

11 D. V. Dozhdev, „Сравнительное право: состояние и перспективы“ [Comparative Law: State and Prospects], Российский ежегодник сравнительного права 2007 [Russian Yearbook of Comparative Law 2007] (Spb., 2008), p. 20.

12 I. Zaytaj, „Рецепція зарубіжного права і порівняльне право“ [Reception of Foreign Law and Comparative Law], Порівняльне правознавство [Comparative Jurisprudence], no. 1–2 (2013), pp. 22–23.

elaborated, the basis of which is the European tradition of law: the “demarcation in principle of law from religion, politics, and economics: the separation of law from nonlaw”¹³, of “political power as a legal order”¹⁴.

An understanding of law as a system of social values enabling benefits to be legitimately acquired in legal form and defending by the prevailing legal order characterizes the legal tradition here considered. Law is not confined to and does not come down to generally-binding rules of behavior because these are inherent also to nonlaw states. Consequently, legal concepts cannot be identified with the system of norms (positive law) even when such a requirement is being advanced by political authority: law is not reducible to forms of positive law “quantitatively or qualitatively”. The European tradition of law approaches the definition of law through conceptual categories elaborated especially by legal science, in accordance with which law recognizes (or legitimizes) and defends fair forms of the appropriation of benefits. These features of European legal culture are important not only *per se* (in order to assess the general state of “legal affairs” in legal orders relevant to the European legal tradition), but also from the standpoint of comparative legal research — the formation and, later, the reception of Roman law are the clearest examples of the perception of comparative legal results in the history of law.

The term “reception” which arose in connection with the perception of Roman law, formed the legal space of Europe, in time ceased to be special. It began to be used in comparative legal studies in all instances when reference was made to the perception by one legal order of legally significant concepts peculiar to another legal order. In the broad sense, reception may be defined as the borrowing of law worked out by another legal order and the adaptation thereof to the conditions of some other jurisdiction. Nonetheless, it is recognized by researchers that reception is not limited to the process of “borrowing of foreign norms and principles into effective, positive law”¹⁵, but may be regarded as the “perception of the spirit, purpose, main principles, and basic provisions of a particular local civilization at a certain stage of its development”¹⁶.

The assertion of partiality to the European legal tradition of legal systems formed in Eastern Europe should not generate any serious objections. A brief glance at the codifications of civil law there should suffice to discover in them categories familiar to anyone who has studied Roman Law: person (*personae*), property (*res*), obligation (*obligatio*), contract (*contractus*), succession by inheritance (*successio*), and so on.

13 Zimmerman, note 10 above, p. 223.

14 Franz Wiaker, „The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought“, *Boston College International and Comparative Law Review*, IV (1981), p. 262.

15 D. Iu. Poldnikov, Договірні теорії глосаторів [Contractual Theories of the Glossators] (2008), p. 16.

16 O. I. Kharitonova and E. O. Kharitonov, Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції [Comparative Law of Europe: Fundamental Principles of Comparative Jurisprudence. European Traditions] (Kharkov, 2002), p. 53.

Naturally, the use of Roman legal terminology serves merely as a point of departure for understanding the civil law in force as a law emanating from the tradition of Roman private law, but is not indisputable evidence that this is a consequence of a manifestation of the last. It is instructive to recall the statement of Peter Stein, who noted that Roman law “texts have constituted a kind of legal supermarket, in which lawyers of different periods have found what they needed at the time”¹⁷.

In other words, statement of the fact of the reception of Roman Law serves merely *a priori* as evidence of the fact that the law of the Eastern European countries exists and is developing in line with the European legal tradition. However, acknowledgement of the fact that modern civil-law codifications were a consequence of the reception of Roman Law (direct, as in the countries of Western Europe; or mediately, as for example, in the countries of post-Soviet space) does little to answer the question: by what means from a legal technique point of view was the process of borrowing of legal material ensured? In other words, the question remains unclear as to what element of legal reality underlay the reception of the material of Roman law in the *corpus iuris* of modern civil law.

In order to reply to the question put, the use of the legal-dogmatic method is not sufficient. The consistent application of the scholastic-analytical interpretation (analysis, synthesis, deduction) to the genesis of law leads us ultimately to the jurisprudence of concepts. The limit of the application of the legal-dogmatic method is the carrying over of the subject-matter of study from the past (von Savigny) to the future (von Jhering), from the “receptive” approach of an understanding of the tasks of legal science to the “productive” approach. The productive approach enables one to assert that the “development passed through Roman Law ... forward, farther than it”¹⁸, but nothing more.

In turn, a rejection of legal dogmatic and emphasis on the policy of law ultimately leads to a denial of any value of Roman Law. Indeed, if one proceeds from the determinism of the existing, from the notion of law as the “result of experience”, it follows that the essence of law is expressed solely in the reflection on actual legal situations. Carrying over such a notion about law to the sphere of legal science makes the argument irrefutable that between modern civil law and the law of slave-owning Rome there is nothing in common. However, practice demonstrates the opposite: Roman law constructions meeting the needs of society two millennia ago are needed at the present time.

The phenomenon of European law lies in the fact that the law (unlike policy and religion) at no stage of its existence was understood discretely. European legal culture at all stages of its existence demonstrated succession, continuity. The succession of legal tradition is traceable not only in the practice of the creation of modern civil-law codifications. Suffice it to recall that the *Corpus Iuris Civilis* was based on

17 P. Stein, *Roman Law in European History* (1999), p. 2.

18 R. von Jhering, *Избранные труды* [Selected Works] (Spb., 2006), II, p. 12.

the sources whose age at that time had already numbered many centuries. We note that the difference in the economic structure during the period of the XII Tables and the time of the codification of Justinian is no less than between the period of the Glossators and Commentators, on one hand, and the European codifications of the Modern era, on the other.

A distinctive peculiarity of European legal culture is the notion of law and phenomena of legal life as a whole, constructively linked. The legal material in its organized state here is perceived as an organic whole (*corpus*). This notion concerning law exists at all levels of its external objectivation and certainly descends from Roman Law. Moreover, in contrast to the “simple substance of law or legal materials”, “institutions of law represent ... legal bodies” or, according to the definition of von Jhering, are “legal constructions”¹⁹. It seems that the subject rights (or duties) arising under certain legal situations are capable of objectification only within the framework of certain legal constructions. To be sure, we do not refer here to biological reductionism; legal phenomena themselves cannot in any event be regarded as some “living organisms, living their own special ‘conceptual’ life”²⁰.

Law, however, being a “socio-psychological force regulating the behavior of people”²¹, cannot be represented as a creation *ex nihil*, apparent to us solely by virtue of some political and legal imperative. In a normative–power expression, it may embody only that legal phenomenon which occurs in the social consciousness.

Thus, the special “legal bodies” — legal constructions — serve the objectification of subjective rights, other prerogatives, and duties. The legal constructions are those elements of legal reality which, being normatively determined, nonetheless are not identified literally with a norm of law (or actual rule of behavior). A legal construction is an autonomous normatively expressed social value. It represents a constant which acts as the grounds for the existence of elements of legal reality in various *modi* thereof. Its habitat until the moment of substantivization (appropriation, through the commission of private law acts, by an individual participating in a legal communication) is the social consciousness; in this modus the construction as a structure performs the function of an archetypal legal entity.

One of the clearest examples of legal constructions which existed in Roman private law is the *locatio–conductio*. On one hand, the structural entity *locatio–conductio* (corresponding to the name of the institution) allotted to a thing the role of the foundation of an agreement, informing about the origin of the institution, and, on the other — enabled by means of a single construction to service a whole

19 Ibid., II, p. 61.

20 A. G. Karapetov, „Политика и догматика гражданского права: исторический очерк“ [Policy and Dogmatics of Civil Law: Historical Survey], Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации [Review of Supreme Court of Arbitration of the Russian Federation], no. 4 (2010), p. 37.

21 I. A. Pokrovskii, Основные проблемы гражданского права [Basic Problems of Civil Law] (1998), p. 60.

series of relations: hire of things, independent–work contract, hire of services, contract of carriage, which in modern civil law have received their autonomous place in the system of contractual obligations.²² It is characteristic that the said contractual constructions, in turn, acted as the basis for building new normative legal constructions. The model of the rent (hire, lease) contract served as the foundation for the construction of a contract of finance leasing, and the model of the service contract underlaid the multiplicity of types (or varieties) of service contracts.

Thus, the historical comparative law approach to investigating the evolution of law, amidst the diversity of legal components, enables key concepts (or legal constructions) to be identified which, in our view, serve as the foundation of the organization of legal material and act thereby as a “legal transplant” which is carried over from one legal culture to another when there is a community of legal tradition.

More illustratively, the significance of legal components here considered demonstrates the inter–local approach to the investigation of law. The principal purpose of comparative–legal research lies in the search for the best solution which is effectuated on the basis of contrasting legal material to be compared. This “best solution” is in the form of a supranational knowledge about law expressed in certain concepts. The “best solution” approached a particular legal ideal — an invariant of legal material obtained as a result of the identification of something common that inheres in legal orders formed within the framework of a single legal culture.

The subject–matter of a comparative study so defined is characterized, in comparison with the subject–matter of national legal systems, by a high degree of abstractness. Indeed, the science of comparative jurisprudence, “like every science, deals with universals, but these universals are not legal norms but rather legal problems. As a consequence, a comparison of legal norms is possible only of norms responding to the same legal problems”²³. Insofar as the result of comparison is expected to be useful, the legal material to be compared should be represented by “usefully comparable” facts of legal culture “are ones which fulfil the same function”²⁴.

In this connection the functional approach is the principal fruitful method–principle of comparative jurisprudence, in accordance with which the function of a particular phenomenon of legal reality to be compared serves as the criterion of comparison (*tertium comparationis*), enabling the solution of similar problems acceptable for each legal system to be identified. Thus, the only things comparable in law are “those which fulfil the same function”; from the standpoint of a comparative legal study this means that the “legal system of each society faces essentially

22 D. V. Dozhdev, Римское частное право [Roman Private Law] (1997), pp. 581–582.

23 Ralf Michaels, The Functional Method of Comparative Law, p. 5, available at: https://www.academia.edu/413629/The_Functional_Method_of_Comparative_Law

24 K. Zweigert and H. Kötz, An Introduction to Comparative Law (3rd edn Oxford University Press, Oxford 1998), p. 34; A. E. Platsas, „The Functional and the Dysfunctional in the Comparative Method of Law: Some Critical Remarks“, *Electronic Journal of Comparative Law*, XII.3 (December 2008), available at: <http://www.ejcl.org/123/art123-3.pdf>

the same problem, and solves these problems by quite different means, though very often with the same results”²⁵.

The abstract legal material obtained as a result of comparison may be expressed merely in the form of a theoretical structure free of conceptual context and deprived of the subtext of national doctrine. Neither from the general conceptual point of view nor the standpoint of specific concepts should national law influence the investigator because within the purview of comparative jurisprudence there are only concrete problems. Thus, the functionality of legal orders being researched is regarded in pure form, that is, without national specifics inherent to legal concepts, doctrinal views, and sought for decisions. An investigation of the application of an identified acceptable (“best”) decision transcends the limits of the subject–matter of a comparative legal study because this assumes the specific cultural–historical peculiarities of a concrete legal order are being taken into account.

The orientation to the fact that compared legal material as a result of the use of the functional method is presented devoid of conceptuality which is typical for the socio–cultural milieu from whence it was borrowed, is fraught with a methodological reductionism destroying generic co–subordination: the social reality is identified with the legal reality²⁶. Ultimately, the result of functional abstracting may lead to ignoring the cultural dimension of legal phenomena. In that case, legal phenomena being in a deconceptualized form can be considered only in utilitarian sense. Consequently, the functionalism involves the elimination of a fundamental distinction between the legal institutions and other social institutions.

This feature of functionalism leads to a very significant consequences for the law. First of all, the law ceases to be perceived as a monopoly normative–authoritative determinative of socially significant forms of behavior and starts to be considered as an element of a social reality (that is, as a fact of social reality). Law is regarded in this connection as a sphere of social engineering. So far, there is a perception that “such an understanding is both an effect and a starting point for the development of intellectual capacity and methodology of comparative law”²⁷. However, as Michaels justly observes, in reality, for the functional method “law and society are thus thought to be separable but related”²⁸. From the standpoint of methodology this means that the use of the functional method without taking structural analysis into account leads to the elimination of the fundamental distinction between law and other social institutions.

We note that not legal norms, but legal problems which may be described in concepts common to the legal systems to be compared are adequate grounds for comparative–legal study. Thus, the result of comparative jurisprudence is reflected not in normative, but in conceptual, form. The conceptual level of legal concepts

25 Note 5 above, p. 31.

26 Note 11 above, p. 15,

27 Note 5 above, p. 44.

28 Note 23 above, p. 2.

is characteristic for each stage of the development of comparative jurisprudence: for the *ius commune* as a “scientifically elaborated law resting on a single ethical foundation”²⁹, in the era of the “origin of nation–States, when the universal theory and methodology did not correspond to positive law”,³⁰ and in the current period characterizing the development of rational supranational and extra–national law.

In connection with the use of the method of conceptual constructs the question arises as to the self–sufficiency of normative material. An analysis of the structure of a particular concept is based on a logical deduction, or on a conclusion by analogy, whereas law, being a sphere of social life, cannot ignore “... primary facts consisting of the actual behavior of legal officials, judges, and others (including ordinary citizens) ...”³¹. Ignoring the said facts representing in the broad sense the socio–political context results at least in underestimating the costs connected with overcoming resistance of the environment when perceiving legal tradition (path dependency theory)³².

On the other hand, the hypertrophied understanding of the social, political, economic, and cultural context and a denial of the relative autonomy of law ultimately leads to the elimination of the very idea of law. However, studies cited by Watson show that law possesses relative autonomy and occupies a certain place within the system of social phenomena³³. Indeed, no reception would be possible in principle if there did not exist a “material distance between the fledgling norm and the receiving legal system”³⁴.

Thus, theoretical constructs elaborated in a comparative law study as the sole form of the expression thereof have legal concepts. In other words, legal concepts are perceived as constructions possessing a predetermined structure corresponding to a typical function executed by the appropriate element of legal reality. A fully–fledged analysis of the legal reality to be compared assumes distinguishing legal meta–narratives — categories (or legal ideas) which, being nascent and performing a typicized function, were directed towards the creation of a single type of description universalized in a certain legal culture. This is due to the fact that the function is expressed in a concept perceived by participants of the legal communion (communicative function); the concept reflects a particular legal idea in a certain structure. From the standpoint of methodology we refer to a quest for categories, the analysis of which would enable a response to be given concerning the similarity or differences in certain spheres of legal reality when the need arises to have recourse to reception.

Legal concepts discover themselves in legal communion by means of facts which manifest themselves differently at the level of the operation of law and in the sphere

29 Zimmerman, note 10 above, p. 8.

30 Note 11 above, p. 8.

31 Dennis Lloyd, *Идея права* [The Idea of Law] (1964), p. 110.

32 Ugo Mattei, Luisa Antonioli, and Andrea Rossato, *Comparative Law and Economics*, available at: encyclo.findlaw.com/0560book.pdf

33 See: Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2d ed.; 1993).

34 Dozhdev, note 11 above, p. 18.

of comparative jurisprudence. In both the first and second instance a fact is a form of empirical knowledge (having external objectification). However, whereas in science truth is comprehended by proceeding from logical analysis, which assumes the extraction of the concept from the real state of affairs, in the sphere of law the truth of a normative prescription in and of itself does not follow from a particular life circumstance. Therefore, the legal consequences have been determined by the fact that a legal order recognizes determined properties (or requisites) for a particular fact. Reality subordinate to the will of a person should be deemed to be subjective. Thus, a fact as the grounds for a certain legal situation to arise is relegated to the category of subjective reality because it depends upon the will of a person acting in legal communion. A legal situation as a result of manifested volitional behavior is represented by subjective rights and by other prerogatives and duties. It is accepted to believe that rights and duties comprise the content of a legal relation — concepts which, on one hand, reflect a present legal link established between subjects of legal communion and, on the other — a theoretical abstraction enabling the type of such a legal link to be determined.

It follows that in and of itself a legal relation outside a typicized form cannot be the sought for result of comparative legal analysis. The external objectification of the subjective content of a legal relation is achieved by means of the consolidation of rights and duties by norms of objective law. However, the normative level of legal reality, as shown above, also cannot be required for the purposes of comparative legal analysis: the mechanism for the development of law, including in the event of reception, cannot be explained by the normative level of the description of legal reality without a tautology in so doing.

In fact, carrying over norms (or normative prescriptions) of one legal order to another outside the context of legal certainty — a key principle for building a legal system — is impossible. In other instances the reception of normative utterances without having regard to the peculiarities of legal constructions of national law leads to the deformation of national legal systems without giving a proper positive effect. From the standpoint of methodology, we refer in this instance to the quest for meta-legal categories, an analysis of which would enable a response to be given concerning the similarity or differences in certain spheres of law when the need arises to resort to reception.

It seems that when seeking meta-legal categories preceding a legal utterance there is no need to have recourse to phenomena transcending the boundaries of the subject-matter of the science of law because in this case the identical notion of law as an autonomous sphere is violated. Indeed, the “unity of the legal system is determined by the presence of own subject-matter and own system of categories, which inevitably recodes any impulses received from other systems”³⁵. As noted above, law possesses relative autonomy among other socio-humanitarian phenomena and

35 Dozhdev, note 11 above, p. 20.

is a self-organizing system (*autopoietic system*). On the other hand, social and legal aspects expressed, for example, in an agreement binding parties also do not coincide; such an agreement does not create a unity of legal and social content and, like Janus Bifrons, its components — social and legal — look in different directions³⁶. In addition, the character of the link of the subject-matter sphere with the particular object can be defined as “heuristic conformity”. A scientific hypothesis, having its own dimension, is formed in the subject-matter “ordering not a phenomenon, but knowledge”³⁷ and therefore may exist only as a reflection of a person operating in the legal sphere.

Thus, it is admissible to assert that the seeking of a “phenomenon” enabling the certainty of a legal utterance to be achieved and capable of serving as a manifest result of functional-structural analysis in the mechanism of reception is possible only in the sphere of legal reality. Such a legal “phenomenon” should be capable of expression in an objective form; it should be distinctive by certainty and autonomy among other social facts and not coincide with a definite (individualized) form of law. Such a “phenomenon” is existent in the meaning of potential being, the actual modus of its existence being possible thanks to acts performed by subject of legal communion. In its potential existence the sought for “phenomenon” may be in the form of a theoretical construct (or structure). A single concept encompassing the potential and actual modus of legal reality is known in legal science as “legal construction”.

Thus, the use of a comparative approach (or orientation) to investigating legal reality leads to the identification of certain structural-organized legal constructions. The concept here considered enables the mechanism of reception to be explained in inter-temporal and, accordingly, inter-local dimensions. Unlike norms of law which by their nature are evaluative categories, legal constructions have the nature of concepts and, consequently, “... unlike norms, “surrender” to logical operations such as division, generalization, abstracting, synthesis, classification, and others”³⁸. Legal constructions reflect specific aspects, demanded by practice, of a general conceptual nucleus being the foundation of a normative material of legal orders unified by a common legal tradition.

36 *Ibid.*, p. 20.

37 N. N. Tarasov, note 3 above, p. 12.

38 D. E. Пономарев, „Генезис и структура юридических конструкций: подходы к пониманию« [Genesis and Structure of Legal Constructions: Approaches to Understanding], Академический юридический журнал [Academy Legal Journal], no. 2 (2005), p. 47.

О ГЕНЕРАЛЬНОЙ ОТСЫЛКЕ (ОГОВОРКЕ) И КОНТРОЛЕ СОДЕРЖАНИЯ ДОГОВОРОВ В ЕВРОПЕЙСКОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Иван Юрьевич **КАРЛЯВИН**, кандидат юридических наук, доцент*

Control of contracts content — one of those keenly interested in law enforcement practices in the countries of Europe, Asia, Far East and Russia. The German model of control of contracts content, without a doubt, is the most developed. The basis of its design put the Roman legal categories: bona fides, contra proferentem, laesio enormis and many others. Awareness and the formation of systems and control mechanisms for contracts content continues. This process is of interest both for individual countries, and for coalitions of states in the international community.

Keywords: *bona fides, gute Sitte, Treu und Glauben, private law, the control of contracts.*

Контроль содержания договоров — одна из тем, живо интересующих правоприменительную практику развитых стран Европы, Азии, Дальнего Востока и России. Германская модель контроля содержания договоров, вне всякого сомнения, является наиболее разработанной. В основу её конструкции положены римско-правовые категории и институты: bona fides, contra proferentem, laesio enormis и целый ряд других. Осознание и формирование системы и механизма контроля содержания договоров продолжается. Этот процесс представляет интерес, как для отдельных стран, так и коалиций стран мирового сообщества.

Ключевые слова: *bona fides, gute Sitte, Treu und Glauben, частное право, контроль содержания договоров.*

Частное право Европейского Сообщества претерпевает процесс своего формирования. Сложности, возникающие в деятельности судей Европейского Суда (EuGH) при работе с национальным законодательством стран-членов ЕС, можно сравнить с путешествием по акватории, густо усеянной минами. Точкой отсчета в процессе кооперации (das Kooperationsverhältnisses) является конструирование важнейших взаимосвязей между национальными судами и Европейским Судом по правовому выравниванию (die Rechtsangleichung) национального частного права и частного права Европейского Союза. Причина и

* Карлявин И. Ю. заведующий кафедрой гражданского права и процесса ФГБОУ ВПО «Ивановский государственный университет», к.ю.н., доцент

цель этого стремления ясна, — успешное строительство внутреннего торгового рынка ЕС. В ходе этого процесса кооперации правотворческая деятельность Европейского Суда, главным образом, направлена на согласованную реализацию основополагающих прав и свобод участников торгового оборота. Европейский Суд сегодня включается в механизм правового регулирования, прежде всего в случаях негативных тенденций в праве стран-членов ЕС.

Деятельность Европейского Суда по выравниванию права, как известно, определяется двумя стандартами. Так называемый негативный (*negative Standard*) и позитивный стандарт (*positive Standard*). В рамках первого Европейский Суд выравнивает право стран-членов ЕС через одобрение реализации основных прав и свобод или запрет злоупотребления правами. В рамках второго стандарта выравнивание происходит с опорой на отдельные положения частного права государств-членов ЕС. В применении этого стандарта общепринятым инструментом являются директивы. Речь идет о правоприменительной практике Европейского Суда, который довольно часто прибегает к общему (принципиальному) толкованию и осторожно относится к толкованию норм национального частного права¹.

Толкование норм национального права Европейский Суд осуществляет на основании общеправовых принципов: справедливость, свобода договора, неприкосновенность частной собственности и др. Широкое применение в процессе толкования могут получить так называемые генеральные оговорки (*Generalklauseln*), — нормы, отсылающие к добрым нравам (*gute Sitte*) и доброй совести (*Treu und Glauben*).

В правовой доктрине западноевропейских стран не утихают споры по поводу понятия генеральных оговорок², их места в механизме правового регулирования вообще и в рамках применения отдельных правовых институтов в частности³.

Однако одной из наиболее примечательных проблем в правовой доктрине и практике Европейского Суда и верховных судов стран-членов ЕС является

1 Trillmich P. Klauselkontrolle nach spanischen Recht im Vergleich mit der Klauselrechtlinie 93/13/EWG. — Tübingen.: Mohr Siebeck, 2009. S.19–21.

2 Так, например, в своей работе «Конкретизация генеральных оговорок в европейском частном праве» Мартин Шмидт дает лингвистическое, телеологическое понятие генеральным оговоркам, приводит основные точки зрения на проблему отграничения генеральных оговорок от абстрактных и неопределенных прав. См. Schmidt M. Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht. — Berlin.: De Gruyter Recht, 2009. S. 15–17.

3 Ханс Анкум в работе «Римское право в новом нидерландском гражданском кодексе» приходит к мысли, что такое отсылочное правило как *Treu und Glauben* должно приниматься во внимание на всех стадиях договорных отношений и внедоговорных. См.: Ankum H. Römischen Recht im neuen niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch// Rechts-geschichte und Privatrechtsdogmatik /Hsg. von R. Zimmermann. — Heidelberg.: Springer Verlag, 1999. S. 109–110.

разрешение споров с применением основной отсылки, именуемой добросовестность — *Treu und Glauben*.

Правовая природа *Treu und Glauben* уходит своими корнями к римской *bona fides*⁴. Категория *bona fides* отражает основанный на нравственности идеальный поведенческий алгоритм участников гражданского оборота. Истоки её можно обнаружить в патриархальной римской семье, (начиная с института отцовской власти — *patria potestas*), в римском обычае, (во всех его разновидностях), а также в праве народов (*ius gentium*)⁵. Как принцип и юридико-технический прием *bona fides* появляется на свет во II. в. до н. э., под сильным влиянием греческой (эллинской) философии⁶. Уже в римском праве начинали складываться вполне понятные инструменты и механизмы контроля содержания договоров, к которым, по нашему мнению, можно отнести *patria potestas*, *laesio enormis*, *contra proferentem* и целый ряд других. Не случайно указанные правовые институты привлекают внимание современных ученых⁷.

Являясь, по мнению автора этой работы, упрощенной интерпретацией своего римского прототипа, современная категория добросовестности, даже в этом качестве, не представляется до конца понятной и исследованной, а многолетние споры, существовавшие в отношении *bona fides*, теперь волнуют умы исследователей *Treu und Glauben*⁸.

Наряду с этим, складывается такое впечатление, что Европейский Суд пока не рискует давать собственное толкование добросовестности. Однако отсылки к добросовестности все же нашли отражение в целом ряде директив Европейского Союза. Так, в директиве о недобросовестной договорной практике⁹ рассматриваемая нами категория служит для определения профессиональной заботливости, соблюдение которой предполагается участниками договорных правоотношений. В директиве о торговом представительстве¹⁰ основные пра-

4 Наиболее удачной работой, на наш взгляд, в которой нашли отражение все возможные аспекты римской *bona fides*, является работа Морица Фойгта. На фоне римской *bona fides*, немецкая модель *Treu und Glauben* выглядит упрощенной. См.: Voigt M. Das ius naturale, aequum at bonum und ius gentium der Römer. — Leipzig.: Voigt and Günther, 1856. 635 S.

5 Hugo G. Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. — Berlin.: bey August Mylius, 1826. S. 24–32; Zacharia T. M. Institutionen des Römischen Rechts nach der Ordnung der Justinianischen Institutionen. — Breslau. 1816. S. 80–87; Bettinger J. Ueber Laesio enormis be idem Vergleiche. — München.: Druck von Weiss, Universitätsbuchdrucker, 1852. S. 2–33.

6 Manthe U. Geschichte des Römischen Rechts. — München.: Verlag C. H. Beck, 2007. S. 59.

7 Зезекало А.Ю. К вопросу о возрождении *laesio enormis* // Вестник гражданского права. 2012. N 1. С. 35–49.

8 Zweigert K., Kötz H. Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrecht. — Tübingen.: Mohr Siebeck, 1996. S. 599.

9 Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG vom 11. Mai 2005 // Verlag C.H. Beck oHG[DE] <https://beck-online.beck.de>

10 Handelsvertreter Richtlinie 86/653/EWG vom 23. Dezember 1986. // <https://beck-online.beck.de>

ва и обязанности партнеров определяются также в соответствии с добросовестностью. В директиве о недопустимости злоупотребления в отношениях с потребителями¹¹, злоупотребление выявляется тогда, когда условия договора содержат несоразмерность, которая в свою очередь противоречит добросовестности. В этой части как раз идет речь о контроле за условиями сделок в праве ЕС. Таким образом, Европейский Суд все же касается проблемы контроля над содержанием договоров, используя при этом представления, сложившиеся в национальном праве стран-членов ЕС.

Не так гладко обстоит дело и в национальных правовых порядках, особенно тогда, когда встает вопрос о соотношении добрых нравов и доброй совести с позиции конституционного и частноправового регулирования.

Обратим внимание на то, как в праве Германии, в котором сформировалось представление о контроле над содержанием договоров в более полном объеме, чем в других странах, складывается правоприменительная практика в отношении контроля содержания договоров, и как это соответствует основным правам и свободам участников гражданского оборота. В качестве примера приведем довольно острую проблему, не находившую разрешения несколько лет и вылившуюся, в своего рода, «конкуренцию» решений Федерального Конституционного Суда Германии (VerfGH) и Федерального Суда Германии (BGH).

Суть проблемы, которую затронули указанные суды, — возможность или невозможность поручительства одного супруга за другого или одного близкого члена семьи за другого. Сущность конкретного дела, попавшего в спектр рассмотрения, касалась ситуации, когда одна девушка, 21 года от роду, выступила поручителем за своего отца, являвшегося торговым посредником на рынке недвижимости. Поручительство было дано банку на крупную сумму и с процентами (порядка 100 000 евро под 8, 5%). При подписании договора поручительства служащий банка произнес такие слова: «Распишитесь вот здесь. Тем самым Вы немногим себя обяжете. Эта суцкая формальность, необходимая лишь для моего документа»¹². Через некоторое время банк расторгнул договор с посредником на рынке недвижимости и обратился с требованием об оплате возникшего долга к поручителю. К этому времени поручитель — молодая женщина одна воспитывала ребенка и получала лишь пособие на его воспитание и имела разовый небольшой заработок. В итоге встал вопрос — отвечать ли ей по обязательствам своего несчастного отца или нет?

Первоначально Федеральный Суд Германии, не смотря на доводы со стороны ответчика, удовлетворил требования банка, исходя из общих положений об исполнении обязательств и обязательства поручительства. В соответствии с

11 Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträge 93/13/EWG vom 05. April 1993 // <https://beck-online.beck.de>

12 Schapp J. Methodenlehre und System des Rechts: Aufsätze 1992–2007. — Tübingen.: Mohr Siebeck, 2009. S. 85.

положениями параграфа 765 BGB поручительство признается действительным при следующих обстоятельствах:

- а) личность кредитора определена,
- в) воля поручителя налицо,
- с) основное обязательство и сумма долга определены однозначно,
- д) форма договора поручительства соблюдена¹³.

Федеральный Конституционный Суд Германии отменил решение Федерального Суда с формулировкой о том, что последний недооценил существо принципиальной, основополагающей гарантии каждого гражданина на частную автономию. Федеральному Суду ничего не оставалось делать, как кардинально изменить прежнее решение. В итоге банку было отказано в иске по причине того, что договор поручительства был признан недействительным в соответствии с положениями п. 1 параграфа 138 BGB, в котором говорится, что сделка, противоречащая нормам морали, ничтожна, как противоречащая добрым нравам.

То, как разрешилась эта проблема, вызвало оживленные споры среди исследователей. В указанной ситуации усматривалось два различных уровня рассуждения. Первый обязывал определиться с нарушением какой-то конкретной конституционной нормы. Но эта почва оказывалась непрочной. Нарушение свободы частной автономии в данной спорной ситуации не вырисовывалось как таковой. Второй подход — цивилистический, предоставлял большие гарантии для разрешения проблемы, стоило только обратиться к сущности двух известных германскому праву генеральных отсылок, — добрые нравы и добрая совесть, нашедших отражение в параграфах 138 и 242 BGB¹⁴. В итоге удалось определиться с чрезвычайно важными суждениями о том, что

- 1) отклонения в цивилистическо-правовых явлениях должны преломляться через конституционно-правовые положения,
- 2) генеральные оговорки определяют границы реализации основополагающих прав, а не сами субъективные права,

13 Grunewald B., Peifer K.-N. Verbraucherschutz im Zivilrecht. — Berlin, Heidelberg.: Springer Verlag, 2010. S. 5.

14 Параграф 138 BGB именуется «Сделки, противоречащие добрым нравам. Ростовщичество», состоит из двух пунктов (абзацев). В п. 1 говорится, что сделка, противоречащая общепринятым нормам морали ничтожна. В п. 2 говорится, что ничтожной в частности является сделка, совершая которую одно лицо обещает или исполняет другому лицу нечто явно несоответствующее встречному предоставлению в свою пользу или в пользу третьего лица, используя при этом зависимое положение партнера, неопытность, слабоумие или явно выраженное слабование.

Параграф 242 BGB именуется «Исполнение обязательства в соответствии с доброй совестью». В этой норме говорится о том, что должник обязуется так предоставить исполнение, как этого требует добросовестность и внимательное и уважительное отношение к обычаям делового оборота. См.: Bürgerliches Gesetzbuch. 58 Aufgabe.— München.: C. H. Beck, 2006.

- 3) измерение с помощью генеральных оговорок необходимо лишь в случаях, касающихся злоупотребления правом. Наконец, за генеральными оговорками была в очередной раз признана функция определения соразмерности прав и обязанностей сторон в договоре¹⁵.

Приведенный казус и ему подобные никогда не ускользали от внимания германского законодателя. Устойчивое стремление усовершенствовать правоприменительную практику генетически присуще германской правовой доктрине. Именно поэтому формирование системы судебного контроля продолжается. Наряду с генеральной оговоркой добрые нравы (*gute Sitte*) свое место в качестве основополагающей детали в механизме судебного контроля получила добрая совесть (*Treu und Glauben*).

Категория добросовестности (*Treu und Glauben*) играет огромную роль в германском праве вообще и в гражданском праве в частности. Изучение добросовестности не просто как отвлеченного философско-правового явления, но и как реально действующего механизма не прекращается в германской правовой доктрине вот уже несколько сотен лет. Накоплен огромный теоретический и практический опыт в этой области правоотношений¹⁶.

Одной в целом ряду правоприменительных конструкций, сформированных с применением добросовестности, является генеральная отсылка параграфа 307 Германского гражданского кодекса (BGB) «Контроль содержания» (*Inhaltskontrolle*). Указанный параграф появился в гражданском кодексе Германии благодаря реформе обязательственного права начала 2000-ых годов, удачно вписался в круг норм, регулирующих формирование общих условий сделок, а также в логику развития представлений о добросовестности, сложившуюся в дореформенный период в германском гражданском кодексе, — параграфы 157, 242 и ряд других.

Прототипом параграфа 307 Германского гражданского кодекса стал параграф 9 действовавшего до последнего времени закона об общих условиях сделок (AGBG). Названный закон регулировал правоотношения, опосредованные этими общими условиями. Своей целью он ставил обеспечение материальной справедливости договорных отношений, обеспечивая, таким образом, баланс интересов сторон договора. Таким образом, закон был призван защитить и восстановить свободу договора и тем самым автономию воли частных лиц¹⁷. Автономия воли частных лиц (*Privatautonomie*) в германской доктрине именуется еще как принцип самоопределения, то есть возможность участников

15 Schapp J. Ibid. S. 86–88.

16 Pirntke G. Grundsätze und Bedeutung des Rechtsbegriffs “Treu und Glauben” und der Sittenwidrigkeit // <http://www.pirntke.net>. 2014.

17 В отечественной правовой доктрине можно встретить аналогичную оценку. См.: Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. М.: Статут, 2012. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. С. 118–119.

договорных отношений придать договору известную форму, как с точки зрения содержания, так и с точки зрения непосредственно «внешней» формы договора¹⁸. После включения в Германский гражданский кодекс ряда положений старого закона казалось, что, в общем и целом, в направлении определения общих условий сделки мало что изменилось.

В параграфе 307 Германского гражданского кодекса воплотилась норма, ранее содержавшаяся в параграфе 9 AGBG, именованная как «Генеральная оговорка». Однако содержание механизма реализации этой нормы стало более совершенным, сама норма более универсальной. Предлагаем вниманию эту норму права.

Параграф 307 — контроль содержания

1. Положения общих условий сделок являются недействительными, если в нарушение требований добросовестности они причиняют несоразмерный ущерб контрагенту применителя (пользователя) этих положений. Несоразмерный ущерб может быть также причинен благодаря тому, что какое-либо положение (договора) не вполне ясно и понятно (сформулировано).
2. При этом, несоразмерность ущерба предполагается, если положения договора
 - 1) расходятся с важнейшими основополагающими положениями законодательного регулирования, не согласуются с ними должным образом или
 - 2) настолько ограничивают существенные права и обязанности, вытекающие из договора, что создают угрозу для достижения его цели.
3. Пункты 1 и 2, также как и параграфы 308 и 309 действуют лишь в отношении положений общих условий сделок, которые согласовывались посредством отклонения от правовых предписаний закона или дополнительного законодательного регулирования.

Другие положения могут быть признаны недействительными в соответствии с пунктом 1, предложением 2 во взаимосвязи с пунктом 1 предложением 1.

Формируя, таким образом, положения параграфа 307, законодатель решает поставить генеральную оговорку на центральное место сферы правовых отношений. Этот же подход воспринимает и директива ЕС 93/13/EWG от 05 апреля 1993 года об оговорке о недопустимости злоупотребления в потребительских договорах.

Генеральная оговорка параграфа 307 содержит в себе как основополагающий принцип, так и генеральный масштаб контроля за содержанием договоров. Данный масштаб в той или иной мере согласуется с принципом добросовестности и одновременно предоставляет возможность в частности для суда — об-

18 Diese Privatautonomie wird üblicherweise definiert als Princip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen // Cornett C. Treubindung gegenüber dem Eigeninteresse abhängiger Gesellschaften. — Berlin.: De Guyter Recht, 2003. S. 123.

ращать внимание на особенности конкретного договора и особый статус его участников. Цель данной нормы — гарантировать то, что в итоге компромисс интересов сторон будет достигнут, несоразмерный ущерб будет соизмерен, а значит, в большинстве случаев, если говорить о фактическом измерении ущерба, то его можно не только соизмерить, но и вообще избежать.

Генеральная оговорка устанавливает и предполагает комплекс мер взвешивания (соизмерения), как бы набор гирек разного веса для весовщика. Главная идея, которая крепко сидит в сознании «весовщика» — постоянный поиск сравнительного подхода в сопоставлении общего договорного права и предложенной законодателем обостренной конструкции масштаба контроля над содержанием договора. Положения параграфа 307, с одной стороны, действительно сформулированы довольно жестко (остро).

Этот поиск, по мнению ряда немецких исследователей, не всегда успешен. Современная правоприменительная практика все еще далеко отстоит от жесткого правового контроля за содержанием договоров. Так, на двадцать дел, рассмотренных Федеральным судом Германии, касающихся применения параграфа 307 Германского гражданского кодекса в 2014 году, едва ли приходится одно дело, решение по которому указывает на недействительность общего условия сделки.

Сегодня при применении параграфа 307 Германского гражданского кодекса речь идет не о целенаправленном контроле, не о компетентном контроле, и не о контроле над реализацией полномочий судей. В подавляющем большинстве случаев это не контроль содержания договоров, а фактически некий черновой проект контроля над действительностью условий сделки. По своей сути это не контроль над содержанием, а содержание контроля.

Масштаб, заложенный в параграфе 307, является масштабом соразмерности. В соответствии с п. 1 параграфа 307 масштабом служит несоразмерный ущерб, несогласующийся с требованиями добросовестности. Свою дальнейшую конкретизацию этот масштаб находит в п. 2 параграфа 307 Германского гражданского кодекса. В пп. 1 п. 2 параграфа 307 конкретизация происходит довольно своеобразно, через истолкование ссылки на имеющие существенное значение идеи законодательного регулирования. В итоге получается, что закон поднимает на уровень нормы права основные идеи и ценности законодательного регулирования. Другими словами основополагающие идеи законодательного регулирования находят свое разъяснение в законе. Таким образом, основополагающие идеи законодательного регулирования становятся элементом масштаба контроля за содержанием договора. Этот излюбленный прием законотворческой техники, обеспечивающий взаимосвязь основополагающих (принципиальных) положений и нормативных установлений, был известен ещё римским юристам и нашел яркое отражение в Законах XII таблиц¹⁹. Посмотрим, как находит эта идея в правоприменительной практике.

19 Lange L. *Römische Alterthümer*. Bd. 1. — Berlin.: Weidmannsche Buchhandlung, 1856. S. 81.

Так по одному из дел, рассмотренных Федеральным Судом Германии, оговорка в договоре лизинга, касающаяся гарантии остаточной стоимости, признана действительной, даже при том условии, что она сформулирована в договоре потребительского лизинга и направлена против потребителя. Лизингополучатель в соответствии с этой оговоркой был обязан уплачивать налог на добавленную стоимость на разницу между остаточной стоимостью, которая постоянно изменяется и выручкой от использования вещи по назначению. Руководящей законодательной идеей в данном споре послужил принцип полного возмещения амортизационных затрат (Vollamortisationsprinzip) как принцип возмещения всех издержек и затрат лизингодателя, включая и калькуляцию упущенной выгоды (Ersatz aller Aufwendungen des Leasinggebers einschliesslich eines kalkulierten Gewinns)²⁰.

Несоответствующим основополагающим идеям законодательства, в частности принципу прозрачности (Transparenzprinzip), Федеральный суд Германии признал условия в договорах потребительского кредита о так называемом изменяющемся вознаграждении банка-кредитора. Недействительными признаны условия, сформулированные как: «вознаграждение является частью софинансирования и исчисляется в полном объеме, начиная от 1 200 евро», «единовременно в полном объеме в момент выдачи кредита или его части» и тому подобные²¹.

Следующий этап в конкретизации п. 1 параграфа 307 относится к пп. 2 п. 2 этой нормы, где говорится о том, что несоразмерность ущерба предполагается, если, благодаря общим условиям, существует опасность не достигнуть цели договора.

Самостоятельное значение в практике судов отводится предложению второму п. 1 параграфа 307, где говорится о презумпции несоразмерного ущерба при неясно сформулированном общем условии договора. Как правило, суды отказывают в исках о признании общих условий неясными. Особенно это касается договорных отношений между предпринимателями. Так, Федеральный Суд Германии отказал в иске предпринимателя — получателя по договору поставки природного газа к поставщику о признании недействительным условия о так называемой «рабочей» цене на газ. Суд указал, что при подписании договора получатель газа должен был быть осведомлен о динамике рыночных цен, а значит, указание на «рабочую» цену в договоре поставки газа, подлежащую изменению в зависимости от развития цен на энергоносители (die Entwicklung der Ipreis), является ясным и достаточно конкретным²².

Наконец, параграф 307 BGB предлагает пусть острый (поскольку опирается, в конечном счете, на принципы, лежащие в основе законодательного

20 Urteile BGH vom 28. Mai 2014 –VII ZR 179/13 und VII ZR 241/13// dejure.org/gesetze/BGB/

21 Idem

22 Urteile BGH vom 14 Mai 2014 — VIII ZR 114/13 und VIII ZR 116/13// dejure.org/gesetze/BGB/

регулируемого), но все же генеральный или, как его еще называют, типичный масштаб, имея в виду его применение, в общем и целом, как точку отсчета и возможность его конкретизации как с помощью параграфов 308 *Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit* (Запреты оговорок с возможностью оценки) и 309 *Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit* (Запреты оговорок без возможности оценки) BGB (таких судебных решений множество), так и специальных норм права.

Примером может служить дело, рассмотренное Федеральным Судом Германии о реализации права на экранизацию фильма через синхронный перевод. В этом случае суд предложил не довольствоваться лишь положениями параграфа 307, а указал, что масштаб общих условий договора на использование авторского права нужно искать в специальных нормах — параграфах 88, 89, 92 закона об авторском праве (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*)²³.

Таким образом, на примере параграфа 307 Германского гражданского кодекса мы видим реализацию принципа добросовестности как основополагающего элемента генерального масштаба контроля над общими условиями сделок.

Необходимо сделать важное замечание о том, что, во-первых, параграфом 307 BGB не исчерпывается система судебного контроля в германском праве, во-вторых, судебный контроль существенно ограничен в отношении содержания брачных договоров, практически не применим к договорам о создании хозяйственных обществ и товариществ и в ряде других ситуаций²⁴. Конечно, особое место занимает проблема контроля содержания деривативов²⁵.

Возможно, эта конструкция параграфа 307 BGB не является безупречной, о чем свидетельствует критика, время от времени появляющаяся в правовой доктрине. Суть позиции оппонентов сводится к тому, что в параграфе 307 BGB *Treu und Glauben* не находит своей реализации и остается как и в параграфах 157 и 242 BGB пустой и бессодержательной нормой. Механизм же контроля за содержанием общих условий сделок существует, невзирая на добросовестность, лишь на основе принципа справедливости. Приводится в действие этот механизм благодаря судебному усмотрению²⁶.

Однако очевидным является и тот факт, что германская правовая доктрина и правоприменительная практика, пусть через оживленное обсуждение, но

23 Urteil BGH vom 17. Oktober 2013 — I ZR 41/12// dejure.org/gesetze/BGB/

24 Urteil BGH vom 31. Oktober 2012 — XII ZR 129/10// dejure.org/gesetze/BGB/

25 Oechsler J. *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag* — Tübingen.: Mohr Siebeck, 1997. S. 390–392; Krämer L. *Finanzswaps und Swapderivate in der Bankpraxis*. — Berlin; New York.: de Gruyter, 1999. S. 458, 552; Henkel A. *Inhaltskontrolle von Finanzprodukten nach der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*. — Berlin.: Verlag für Medien, 2004. S. 69.

26 Niedermaier T. *Schieds und Schiedsverfahrenvereinbarung*. — Tübingen.: Mohr Siebeck, 2013. S. 253.

идут вперед и являются лидерами в методологическом, философско-правовом и правоприменительном процессах в отношении, как генеральных оговорок, так и контроля содержания договоров.

России предстоит определиться в этой сфере в самое ближайшее время, тем более что обновленный ГК РФ и существующие еще с дореволюционного и советского времени традиции русской цивилистической мысли, конечно же, не просто дадут знать, но и заявят о себе.

Обнадеживающе вырисовывается система норм, взаимоувязанных принципом добросовестности (ст.1, 10, 166, 167, 169, 428, 431 и ряд других ГК РФ). Совершенно в европейском стиле выглядят новеллы п. 4 ст. 388 ГК РФ, где говорится, что право на получение неденежного исполнения может быть уступлено без согласия должника, если уступка не делает исполнение его обязательства значительно более обременительным для него.

Соглашением между должником и cedentом может быть запрещена или ограничена уступка права на получение неденежного исполнения.

Однако, даже общее представление о системе контроля содержания договоров в российском судебном сообществе, к сожалению, пока ещё отсутствует или представляет собой некий недостижимый уровень. Вероятно, слишком непонятен язык, используемый законодателем, требуется дополнительная теоретическая и практическая проработка обозначенной тематики. Учение о контроле содержания договоров представляется как своего рода китайская грамота. В этом смысле ситуация, сложившаяся в России, напоминает китайскую правоприменительную практику. Одним из первых камней преткновения в России, как и в правоприменительной практике Китая, стоит вопрос о толковании судами условий договора с сохранением принципа частной автономии²⁷. Об этом в следующих наших работах.

27 Xuxu He Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) und AGB — Klauselgestaltung im Bankgeschäft. — München.:Verlag C.H. Beck, 2011. S. 16.

ȘTIINȚE PENALE

CRIMINAL SCIENCES

PSIHIATRIA CRIMINALĂ — RAMURĂ DISTINCTĂ A PSIHOLOGIEI CRIMINOLOGICE

Oxana ROTARI, doctor în drept, conferențiar universitar



In the RM there are officially registered 95.803 people with mental disorders and comportment. Around 59% of which are male and 19.8% are children. It is interesting that rural people are affected by mental illnesses 1,5 times more than those from the cities. In the last 5 years 246 patients have resorted to suicide attempts, 109 having a fatal end, in the same period in psychiatry hospitals 725 people died.

Keywords: alienated, hospice, psychiatric, delusions.

In the RM there are officially registered 95.803 people with mental disorders and comportment. Around 59% of which are male and 19.8% are children. It is interesting that rural people are affected by mental illnesses 1,5 times more than those from the cities. In the last 5 years 246 patients have resorted to suicide attempts, 109 having a fatal end, in the same period in psychiatry hospitals 725 people died.

Cuvinte cheie: alienat, ospiciu, psihiatrie, delir.

Psihiatria (din limba greacă: *psyché* (ψυχή) = spirit, suflet și *iatros* (ἰατρός) = medic) reprezintă o ramură distinctă a medicinei care se ocupă cu prevenirea, diagnosticarea, tratamentul și reabilitarea persoanelor ce suferă de boli mintale, termenul fiind introdus în uz în 1808 de medicul german Johann Christian Reil din Halle.

Prin prisma dreptului evolutiv amintim doar că egiptenii considerau că toate bolile, indiferent de formele de manifestare, ar avea o origine fizică și localizau în inimă sediul acelor simptome, care azi sunt denumite psihice. Nu se făcea nicio deosebire între maladii corporale și cele mintale. În antichitatea greco-romană, „nebulia” era considerată de origine supranaturală, o pedeapsă divină, ce se putea combate cu mijloace mistico-religioase efectuate de sacerdoți. A fost meritul lui Hippocrate de a fi introdus conceptul inovativ după care starea de sănătate și boala depind de circumstanțe specifice ale vieții omenești, în funcție de echilibrul diverselor umori («*teoria umorală*»), și nu de intervenții divine. Astfel, depresia era considerată drept rezultatul unui exces de „*bilă neagră*”. Bazându-se pe observații clinice, Hippocrate individualizează patru tipuri de boli mintale: **Frenitele** (maladii psihotice organice primitive ale creierului cu manifestare acută însoțită de febră); **Mania** (tulburări mintale acute fără febră); **Melancolia** (boală mintală stabilizată sau cronică); **Epilepsia** (căreia îi neagă originea magică sau divină (*morbus sacer*), atribuindu-i o semnificație apropiată de vederile actuale).

În cronicile Imperiului Roman regăsim numeroase descrieri ale unor tulburări psihice, prin Cicero („*Scrisorile Tusculane*“), Aulus Cornelius Celsus (ca. 30 d.Chr.), Soranus din Ephes (ca. 100 d.Chr.) și Areteus din Cappadochia (ca. 150 d.Chr.). Ca metode de tratament se foloseau masajele, ventuzele, luare de sânge, dietă. Unii bolnavi erau izolați în încăperi cu ferestre situate la înălțime. Azile sau spitale pentru alienați nu existau, primele așezăminte speciale pentru bolnavii psihici fiind semnalate în secolul al XII-lea în califatele arabe din Damasc, Cairo și Granada.

În Europa medievală situația era cu totul deosebită. În anul 1377 se înființează la Londra renumitul „*Bethlehem Royal Hospital*“ (*Bedlam*), cel mai vechi spital european pentru bolnavi psihici, care a funcționat până în anul 1948. Bolnavii agitați sau agresivi urmau a fi închiși în colivii de lemn sau erau duși în afara porților orașului. În perioada târzie a Evului Mediu (secolele XV—XVII), sub influența Inchiziției, bolnavii psihici sunt considerați „posedați de diavoli“, se practică exorcismul, sunt torturați, femeile alienate sunt urmărite ca vrăjitoare, multe sfârșesc arse pe rug. În această epocă se înmulțesc „casele“ pentru bolnavii mintali, de ex. în Paris „*l'Hôpital Général*“, în Anglia „*Workhouses*“, în Germania „*Zuchthäuser*“. Aceste așezăminte semănau mai mult a închisori decât a spitale. Bolnavii erau imobilizați în lanțuri, împreună cu vagabonzi, prostituate, invalizi și delicvenți. Nu exista o îngrijire medicală.

În secolul al XVII-lea, medicii încep să interpreteze alienarea mintală din punct de vedere medical și descriu tablouri clinice ale bolilor psihice. Totuși, abia către sfârșitul secolului al XVIII-lea, sub influența iluminismului, începe să se dezvolte psihiatria clinică practică de medici în așezăminte special amenajate. În a doua jumătate a secolului al XIX-lea se resimte legătura între apariția manifestărilor psiho-patologice și posibile modificări în creier. „Tulburările nervoase“ (nevrozele) devin o preocupare specială a medicilor, o dată cu folosirea hipnozei ca metodă de tratament. Charcot la spitalul „*Salpêtrière*“ din Paris se ocupă intens cu problema isteriei, Sigmund Freud, elevul său, dezvoltă concepția psihanalitică. Emil Kraepelin (1856—1926) în Germania și Eugen Bleuler (1857—1939) în Elveția aduc contribuții esențiale la cunoașterea și clasificarea bolilor psihice, în special la descrierea tabloului clinic al schizofreniei. După al Doilea Război Mondial, o dată cu progresele făcute în cercetările clinice, terapeutice și de laborator, psihanaliza cunoaște o mai redusă audiență, psihiatria capătă tot mai mult un caracter biologic. Începând cu anul 1980, neuroradiologia a devenit tot mai mult folosită în diagnosticul bolilor psihice. Studiile de biologie moleculară arată că genetica joacă un rol primordial în apariția tulburărilor mintale. Astfel în anul 1995 se pune în evidență gena răspunzătoare de apariția schizofreniei în cromozomul 6, și cele care determină psihozele bipolare în cromozomii 18 și 21. Recunoașterea intervenției factorilor psiho-sociali în apariția unor tulburări psihice dinamice a condus la reevaluarea psihoterapiei ca metodă de tratament în cazuri selecționate.

În 1948 G. Brock Chisholm și J. R. Rees fondează Federația Mondială pentru Sănătatea Mintală în scopul interesării organelor guvernamentale în promovarea specializării medicilor psihiatri și asigurării de fonduri necesare pentru asigurarea

sănătății mintale a populației. În cursul a două decenii succesive, Asociația Psihiatrică Americană a publicat „*Diagnostic and Statistical Manual*“ (DSM), care în momentul actual — împreună cu ICD-10 al Organizației Mondiale a Sănătății — reprezintă cea mai răspândită tipologie și clasificare nosografică a patologiei psihiatrice.

Cu referire la dezvoltarea psihiatriei în arialul românesc datele sunt incomplete. Primele așezăminte spitalicești au apărut pe lângă biserici sau mănăstiri, unde se găsea o Icoană Făcătoare de Minuni aidoma bisericii „Sf. Spiridon“ din Iași. La Mănăstirea Neamț se înființează un azil pentru bătrânii alienate mintal, iar în București, pe lângă biserica „Mărțuța“, ctitorie veche din 1586, se înființează în 1813 un lazaret pentru bolnavii de ciumă, care putea adăposti 30—40 de bolnavi. În 1829 aceasta devine sediul unui ospiciu pentru alienați mintal, care funcționează până în 1924. Amintim doar că Mihai EMINESCU a fost îngrijit din noiembrie 1886 la Mănăstirea Neamț, iar pe data de 3 februarie 1889 trece în neființă în ospiciul doctorului Suțu din București.

Anul 1895 este semnificativ pentru Moldova, ori anume atunci a fost înființat Spitalul Clinic de Psihiatrie, prima instituție de profil care activează și pînă în prezent. Pe baza Spitalului de Psihiatrie din Chișinău au fost întemeiate și activează fructuos două catedre de psihiatrie ale Universității de Stat de Medicină și Farmacie „N. Testemitanu“ .

În contextul evoluției cadrului normativ al Republicii Moldova domeniul sănătății mintale nu a rămas în umbră suferind anumite schimbări pozitive. Astfel, la 28.02.2008 prin Legea nr. 35 a fost modificată și completată Legea nr.1402 din 16.12.1997 privind sănătatea mentală, care fiind ajustată la normele prevederilor actelor internaționale la care Republica Moldova este parte, vine să asigure respectarea și garantarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului la acordarea asistenței psihiatrice la solicitarea benevolă a persoanei sau cu consimțămîntul ei, cu excepția cazurilor prevăzute de prezenta lege. Persoanelor în vîrstă de pînă la 18 ani (în cele ce urmează minori), precum și persoanelor declarate, în modul stabilit de lege, incapabile li se acordă asistență psihiatrică la cererea sau cu consimțămîntul reprezentanților lor legali, în condițiile legii. În conformitate cu prevederile acestei legi, persoanele suferinde de tulburări psihice beneficiază de toate drepturile și libertățile cetățenilor prevăzute de Constituția Republicii Moldova și de alte legi. Limitarea drepturilor și libertăților din cauza tulburărilor psihice se face numai în cazurile prevăzute de prezenta lege și de alte acte normative. În cazul acordării de asistență psihiatrică, persoana suferindă de tulburări psihice are dreptul:

- a) la atitudine umană și cuviincioasă, care să excludă jignirea demnității umane și discriminarea după criteriul de sex;
- b) la informații privind drepturile sale, caracterul tulburărilor psihice și metodele de tratament, expuse într-o formă accesibilă lui, ținîndu-se cont de starea lui psihică;
- c) să fie spitalizat în staționarul de psihiatrie numai pentru durata examenului medical și a tratamentului;

- d) la toate tipurile de tratament (inclusiv balneo-sanatorial) conform indicațiilor terapeutice;
- e) la asistență psihiatrică în condiții conforme normelor de igienă și sanitarie;
- f) să accepte în prealabil, în formă scrisă, în modul stabilit de lege, folosirea sa ca obiect al experimentelor medicale, al cercetărilor științifice sau al procesului didactic, fotografierea, filmarea, videoimprimarea sa și să renunțe oricând la aceste acțiuni;
- g) să solicite invitarea oricărui specialist, cu consimțământul acestuia, care să participe la acordarea de asistență psihiatrică sau să conlucreze în comisia medicală pentru problemele reglementate de prezenta lege;
- h) la asistența avocatului inclusiv din oficiu, a reprezentantului legal sau a unei alte persoane, în modul stabilit de lege;
- i) la o intimitate adecvată în structurile de sănătate mentală, inclusiv la facilități de somn, astfel încât femeile să doarmă separat de bărbați.

Nu se admite limitarea drepturilor și libertăților persoanelor suferinde de tulburări psihice numai în baza diagnosticului psihiatric, cazurilor de supraveghere prin dispensarizare, a faptului că se află ori s-au aflat în staționarul de psihiatrie sau în o instituție psihoneurologică (internat psihoneurologic, școală specializată, instituție rezidențială sau instituție de plasament temporar etc.). Factorii de decizie vinovați de atare încălcări poartă răspundere în conformitate cu legislația. De asemenea, în caz de tulburări psihice, persoana poate fi declarată pe un termen de cel mult 5 ani, cu dreptul de reexaminare ulterioară, incapabilă a desfășura anumite activități profesionale și activități cu pericol sporit. Hotărîrea restrictivă este emisă de o comisie medicală, împuternicită de organul de ocrotire a sănătății, în temeiul concluziei asupra sănătății psihice a persoanei, și poate fi contestată în instanța judecătorească. Dacă, pînă la expirarea termenului de 5 ani, persoana nu este reexaminată de un consiliu (o comisie) de expertiză medicală a vitalității, ea devine, în mod automat, capabilă să desfășoare activitățile menționate. Conform art.8 al Legii privind asistenta psihiatrică din 16.12.1997 privind sănătatea mentală, solicitarea de informații privind starea sănătății psihice a persoanei care exercită drepturile și libertățile sale prevazute de lege.

Conform art.10 al aceleiași legi, diagnosticul tulburărilor psihice se stabilește conform standardelor naționale și internaționale unanim recunoscute și nu poate să se bazeze numai pe faptul că persoana respinge valorile morale, culturale, politice, religioase acceptate de societate sau pe alți factori ce nu vizează direct sănătatea ei psihică. Pentru stabilirea diagnosticului și tratarea persoanei suferinde de tulburări psihice, se aplică mijloacele și metodele medicale aprobate în modul stabilit de legislația privind ocrotirea sănătății.

Mijloacele și metodele medicale se aplică numai în scopuri diagnostice și terapeutice și nu ca pedeapsă sau în interesul unor alte persoane. Iar conform art.11, tratamentul persoanelor suferinde de tulburări psihice se efectuează cu liberul lor consimțământ scris, excepție făcînd cazurile prevăzute la alin.4. Medicul, ținînd seama de starea

psihică a pacientului, este obligat să-i pună la dispoziție, într-o formă accesibilă, informații despre caracterul tulburării psihice, despre scopul, metodele, inclusiv cele alternative, despre durata tratamentului, senzațiile dureroase, riscul posibil, efectele secundare și rezultatele scontate. Informațiile furnizate se consemnează în documentația medicală. Consimțământul pentru tratarea minorilor, precum și a persoanelor declarate, în modul stabilit de lege, incapabile, îl dau reprezentanții lor legali după ce li s-au comunicat informațiile prevăzute la alin.2 al prezentului articol. Tratamentul poate fi efectuat fără liberul consimțământ al persoanei suferinde de tulburări psihice sau al reprezentantului ei legal numai în cazul aplicării unor măsuri medicale coercitive, în conformitate cu prevederile Codului penal, precum și în cazul spitalizării fără liberul consimțământ în conformitate cu art.28. În astfel de cazuri, cu excepția celor de urgență, tratamentul se aplică în temeiul hotărârii comisiei de medici psihiatri. Este inadmisibilă tratarea tulburărilor psihice ale persoanelor specificate la alin.(4) prin metode chirurgicale și de altă natură ce au urmări ireversibile, precum și aplicarea a noi medicamente, fundamentate științific, dar neadmise încă spre utilizare în masă.

Conform art.12. persoana suferindă de o tulburare psihică sau reprezentantul ei legal are dreptul să refuze tratamentul propus sau să-l întrerupă, cu excepția cazurilor prevăzute la art.11 alin.(4). Persoana care refuză sau întrerupe tratamentul ori reprezentantul ei legal trebuie să primească lămuriri asupra posibilelor consecințe. Refuzul tratamentului sau întreruperea lui, informațiile oferite asupra eventualelor consecințe se consemnează în documentația medicală și se semnează de către pacient sau de reprezentantul lui legal și de medicul psihiatru. Articolul 13 stipulează asupra măsurilor medicale de constrângere, ori: „Persoanei suferinde de tulburări psihice care a săvârșit acțiuni periculoase pentru societate se aplică măsuri medicale coercitive în baza hotărârii judecătorești, potrivit temeiurilor și în modul stabilit de Codul penal și Codul de procedură penală. Măsurile medicale coercitive se aplică în instituțiile de psihiatrie ale organelor de ocrotire a sănătății.“ Persoana spitalizată în staționarul de psihiatrie în temeiul hotărârii judecătorești privind aplicarea măsurilor medicale coercitive beneficiază de drepturile prevăzute la art.36. Ea poate fi declarată inaptă pentru muncă pe întreaga perioadă de spitalizare și are dreptul la protecție socială în conformitate cu legislația. Articolul 14 al aceleesi legi stabilește faptul că expertiza psihiatrică legală în acțiunile de judecată se efectuează în temeiul și în modul prevăzute de legislația în vigoare. Conform articolului 27 temei pentru spitalizare în staționarul de psihiatrie pot servi tulburările psihice, decizia medicului psihiatru de efectuare a examenului sau tratamentului în condiții de staționar sau hotărârea judecătorească. Drept temei pentru spitalizare în staționarul de psihiatrie poate servi, de asemenea, necesitatea efectuării unei expertize psihiatrice în cazurile și modul prevăzut de lege. Spitalizarea în staționarul de psihiatrie, cu excepția cazurilor prevăzute la art.28, se face la cererea sau cu liberul consimțământ al persoanei. Minorul poate fi spitalizat în staționarul de psihiatrie la cererea sau cu liberul consimțământ al părinților sau al altui reprezentant legal. Persoana declarată, în modul stabilit de lege, incapabilă

este spitalizată la cererea sau cu liberul consimțământ al reprezentantului ei legal. În cazul împotrivirii unuia dintre părinți ori al lipsei părinților sau a altui reprezentant legal, spitalizarea minorului se face conform deciziei organului de tutelă și curatelă, decizie care poate fi contestată în instanță judecătorească. Consimțământul pentru spitalizare se consemnează în documentația medicală și se semnează de persoana respectivă sau de reprezentantul ei legal, precum și de medicul psihiatru.

Internarea poate fi voluntară sau involuntară. Internarea voluntară se face în același mod ca și primirea în orice alt serviciu medical și pentru orice altă boală. *Internarea voluntară* într-un serviciu de psihiatrie se realizează cu respectarea normelor de îngrijire și a drepturilor pacientului, prevăzute de lege. Orice pacient internat voluntar într-un serviciu de sănătate mintală are dreptul de a se externa la cerere, în orice moment, cu excepția cazului în care sunt întrunite condițiile care justifică menținerea internării împotriva voinței pacientului. Procedura de *internare involuntară* se aplică numai după ce toate încercările de internare voluntară au fost epuizate și în condițiile în care un medic psihiatru abilitat, constatând că persoana suferă de o tulburare psihică, apreciază că:

- a) din cauza acestei tulburări psihice există pericolul iminent de vătămare pentru sine sau pentru alte persoane;
- b) în cazul unei persoane suferind de o tulburare psihică gravă și a cărei judecată este afectată, neinternarea ar putea antrena o gravă deteriorare a stării sale sau ar împiedica să i se acorde tratamentul adecvat. Internarea nevoluntară se realizează numai în spitale de psihiatrie care au condiții adecvate pentru îngrijiri de specialitate în condiții specifice.

Conform art.28, persoana suferindă de tulburări psihice poate fi spitalizată în staționarul de psihiatrie fără liberul ei consimțământ sau al reprezentantului ei legal, pînă la emiterea hotărîrii judecătorești, dacă examinarea sau tratarea ei este posibilă numai în condiții de staționar, iar tulburarea psihică este gravă și condiționează: pericolul social direct; [Art.28 lit.b) *exclusă prin LP35-XVI din 28.02.08, MO69-71/04.04.08 art.228*]

c) prejudiciul grav sănătății sale dacă nu i se va acorda asistență psihiatrică. Urmărind Registrul persoanelor internate în baza art.28 al legii cu privire la sănătatea mentală, observăm că cele mai frecvente diagnoze cu care sînt internați acești pacienți sînt schizofrenie paranoidă, catatonică, nediferențiată; tulburare psihopatică, schizopatică, schizotipală, afectivă bipolară, etc. Diagnozele cu care sînt internați pacienții fără acord personal denotă faptul că ei prezentînd pericol pentru sine personal și nu în ultimul rînd pentru cei din jur necesită o asistență medicală urgentă și calificată de specialitate pentru a evita anumite urmări nefaste atît pentru sănătatea proprie cit și a celor din jur.

Solicitarea internării nevoluntare a unei persoane se poate face de către:

- a) medicul de familie sau medicul specialist psihiatru care are în îngrijire această persoană;
- b) familia persoanei;

- c) reprezentanții serviciilor abilitate ale administrației publice locale;
- d) reprezentanții poliției.

Motivele solicitării internării nevoluntare se certifică sub semnătură de către persoanele sus-menționate, cu specificarea propriilor date de identitate, descrierea circumstanțelor care au condus la solicitarea de internare involuntară, a datelor de identitate ale persoanei în cauză și a antecedentelor medicale cunoscute.

Transportul persoanei în cauză la spitalul de psihiatrie se realizează, de regulă, prin intermediul serviciului de ambulanță, în cazul în care comportamentul persoanei în cauză este vădit periculos pentru sine sau pentru alte persoane, transportul acesteia la spitalul de psihiatrie se realizează cu ajutorul poliției, în condițiile respectării tuturor măsurilor posibile de siguranță și respectării integrității fizice și demnității persoanei.

Persoana spitalizată în staționarul de psihiatrie în condițiile art.28 va fi supusă unui examen obligatoriu, în primele 48 de ore, de către comisia de medici psihiatri a staționarului, care va decide asupra temeiniciei spitalizării. În cazul în care spitalizarea este considerată neîntemeiată, persoanei spitalizate trebuie să i se facă imediat formele de ieșire. Dacă spitalizarea este considerată întemeiată, comisia de medici psihiatri expediază avizul timp de 24 de ore instanței judecătorești în a cărei rază se află staționarul de psihiatrie pentru a hotărî asupra aflării ulterioare în staționar a persoanei respective.

Asupra spitalizării în staționarul de psihiatrie în temeiul art.28, decide instanța judecătorească în a cărei rază se află staționarul. Cererea de spitalizare în staționarul de psihiatrie fără liberul consimțământ este depusă în instanță judecătorească de reprezentantul staționarului în care se află persoana. La cerere, în care se indică temeiurile prevăzute de lege pentru spitalizare în staționarul de psihiatrie fără liberul consimțământ, se anexează avizul argumentat al comisiei de medici psihiatri privind necesitatea aflării de mai departe a persoanei în staționar. La primirea cererii de spitalizare în staționarul de psihiatrie fără liberul consimțământ, judecătorul decide din oficiu asupra aflării persoanei în staționarul de psihiatrie pentru termenul necesar examinării cererii în instanță judecătorească. Cererea de spitalizare în staționarul de psihiatrie fără liberul consimțământ este examinată de judecător în decursul a 3 zile de la primire în instanță judecătorească sau în staționar.

Persoana spitalizată în staționarul de psihiatrie fără liberul ei consimțământ este în drept să participe la examinarea problemei legate de spitalizarea sa. Dacă starea psihică nu permite persoanei să se prezinte în instanță judecătorească, cererea de spitalizare fără liberul consimțământ este examinată de judecător în staționarul de psihiatrie.

La examinarea cererii de spitalizare în staționarul de psihiatrie fără liberul consimțământ, este obligatorie participarea procurorului, a reprezentantului staționarului de psihiatrie care solicită spitalizarea și a reprezentantului legal al persoanei a cărei problemă de spitalizare se examinează sau, după caz, a altor persoane interesate (reprezentantul asociației obștești care apără interesele persoanelor suferinde de

tulburări psihice, avocatul). Examinînd în fond cererea de spitalizare în staționarul de psihiatrie fără liberul consimțămînt, judecătorul poate hotărî satisfacerea sau respingerea ei. Hotărîrea privind satisfacerea cererii de spitalizare în staționarul de psihiatrie fără liberul consimțămînt constituie temei pentru spitalizarea și ținerea persoanei în staționar. În decursul a 15 zile de la pronunțare, hotărîrea judecătorului poate fi atacată de persoana spitalizată în staționarul de psihiatrie, de reprezentantul ei legal, de șeful staționarului de psihiatrie, de procuror sau de alți participanți la proces în modul prevăzut de Codul de procedură civilă.

Spitalizarea în staționarul de psihiatrie fără liberul consimțămînt va dura numai în perioada de menținere a temeiurilor în care a fost efectuată. Persoana, persoana spitalizată în staționarul de psihiatrie fără liberul ei consimțămînt va fi examinată cel puțin o dată în lună de comisia de medici psihiatri a staționarului pentru a se decide asupra prelungirii spitalizării. La expirarea a 6 luni de la data spitalizării persoanei în staționarul de psihiatrie fără liberul ei consimțămînt, administrația acestuia trimite avizul făcut de comisia de medici psihiatri privind necesitatea prelungirii spitalizării către instanța judecătorească în a cărei rază se află staționarul. Judecătorul poate să hotărască asupra prelungirii spitalizării în conformitate cu art.32-34 a prezentei legi. Hotărîrea privind prelungirea spitalizării se adoptă de către judecător în fiecare an. Instanța de judecată va acționa și în conformitate cu prevederile Codului de procedură penală a Republicii Moldova, care stipulează libertatea individuală și siguranța persoanei sînt inviolabile, privarea de libertate, arestarea, internarea forțată a persoanei într-o instituție medicală sau trimiterea ei într-o instituție educațională specială se permit numai în baza unui mandat de arestare sau a unei hotărîri judecătorești motivate. Conform art.41 al aceleiași legi, judecătorul de instrucție asigură controlul judecătorec în cursul urmăririi penale prin dispunerea internării persoanei în instituție medicală, iar procurorul, în baza art.52 adresează în instanța de judecată demersuri pentru obținerea autorizării ... internării persoanei în instituție medicală pentru efectuarea expertizei și a altor acțiuni pentru care se cere autorizarea judecătorului de instrucție. Art. 152 Cod de Procedura Penală a Republicii Moldova reglementează modul de internare în instituția medicală pentru efectuarea expertizei medico-legale sau psihiatrice a bănuitului, învinuitului, inculpatului, fapt ce ar trebui să excludă orice ilegalitate din partea unor terți ce ar avea intenția internării ilegale a persoanei în ospiciu.

În Republica Moldova sunt înregistrate oficial 95803 de persoane cu tulburări mintale și de comportament (cifra neagră fiind bineînțeles mult mai mare!), numărul acestora fiind în creștere cu circa 11 mii față de anii precedenți. Circa 59% din nr. total al persoanelor cu probleme de sănătate mintală sunt bărbații, rămînînd înaltă și rata îmbolnăvirii printre copii — circa 19,8%. Cel mai frecvent populația suferă de tulburări mintale și de comportament cu caracter nepsihotic — 47%, retard mintal — 31,5%, schizofrenie și tulburări delirante — 12%. Interesant este faptul că oamenii de la sate sunt afectați de maladiile mintale de 1,5 ori mai mult decît cei de la orașe. Regretabil este faptul ca în ultimii 5 ani 246 de bolnavi au recurs la

tentative de suicid, 109 avînd un sfîrșit letal. În aceeași perioadă decedînd 725 de bolnavi în spitalele de psihiatrie.

Rezumînd cele menționate anterior conchidem că bunăstarea unui stat este indisolubil legată de sănătatea mintală a cetățenilor săi. Excluzînd factorul genetic mediul social ramîne cel care generează „materie primă“ ospiciilor din țară. Nesiguranța zilei de mîine, instabilitatea economică, migrațiile, familiile dezorganizate — iată doar cîteva din cauzele premergătoare acestei tragedii. Ramînînd indiferenți față de problemele acestor oameni, marginalizîndu-i în realitate nu facem alt ceva decît să pronunțăm sentința pentru întreaga societate, contribuind la degradarea ei.

Bibliografie:

Legea Republicii Moldova privind sănătatea mintală din 16.12.1997.

Legea Republicii Moldova privind asistența psihiatrică din 16.12.1997.

Codul de Procedură Penală al Republicii Moldova.

Bert A. Psihiatrie. Prolegomene clinice .Cluj-Napoca, 2001.

Chirița R. Manual de psihiatrie clinică și psihologie medicală. Constanța, 2002.

Prelipceanu D. Tratat de sănătate mintală. București, 2000.

Tratat de Psihiatrie. Oxford. Ediția a II-a, Ed. Asociația Psihiatrilor liberali din România.

ASPECTE TEORETICE ȘI PROCESUALE CU PRIVIRE LA CONSTATĂRILE TEHNICO-ȘTIINȚIFICE ȘI MEDICO-LEGALE

Ecaterina BALTAGA, doctor în drept, conferențiar universitar

The technical — scientific and forensic observation is an activity performed by a specialist in the procedural action or by itself, looking to explain facts or circumstances of the investigated case. The technical — scientific and forensic observation is initiated at the decision of the criminal prosecution authority, of the judicial court, of the ombudsman or at the request of individuals and legal entities.

Key-words: *technical-scientific and forensic, forensic observation, specialist, procedural action, investigated case.*

Constatarea tehnico-științifică și medico-legală este o activitate efectuată de către specialist în cadrul acțiunii procesuale, sau de sine stătător, pentru explicarea unor fapte sau circumstanțe ale cauzei cercetate. Constatarea tehnico-științifică și medico-legală se efectuează la ordonarea organului de urmărire penală, a instanței judecătorești, a avocatului parlamentar, precum și la cererea persoanei fizice și juridice.

Cuvinte cheie: *constatare tehnico-științifică, specialist, acțiuni procesuale, investigarea cazului.*

Săvârșirea celor mai multe infracțiuni, și în special cele îndreptate împotriva integrității corporale sau vieții unei persoane, este însoțită de producerea unor modificări materiale în mediul înconjurător, a căror examinare este de natură să dezvăluie organelor de urmărire penală cele mai semnificative aspecte legate de faptă și făptuitor. Se știe însă că, nici un element avînd legătura cu infracțiunea sau cu infractorul, oricît de ne semnificativ ar părea, nu poate rămîne nevalorificat, deoarece de rezultatele examinării sale cît mai rapide depind însăși rezultatele cercetării cauzei.

De aici, necesitatea pentru organele de urmărire penală de a se adresa celor cu pregătire adecvată, de profil — specialiștilor — adică celor ale căror cunoștințe ar putea contribui la revelarea adevăratei semnificații a urmelor și mijloacelor materiale de probă aflate la fața locului, în care prezența unor specialiști în cauza penală necesită acțiuni urgente, din cauza pericolului dispariției unor mijloace de probă sau de schimbare a unor situații de fapt, cînd este necesar explicarea rapidă a unor fapte, circumstanțe ale cauzei. În scopul facilitării desfășurării normale a procesului și soluționării unor asemenea probleme ca mijloc separat de probă sînt constatările tehnico-științifice și/sau medico-legale¹.

1 Е.П. Гришина. Дифференциация общеизвестных, общедоступных и специальных знаний, используемых в производстве по уголовным делам. În: Уголовное судопроизводство. № 4, 2009. с. 27-29.

Definirea constatării tehnico-științifică. Din clasificarea cunoștințelor speciale², constatarea medico-legală reprezintă o formă procesuală de aplicare a cunoștințelor, regăsită în legislația Republicii Moldova și România.

Unii autori, prezintă constatarea tehnico-științifică/medico-legală ca un „... mijloc prin care se folosesc, în faza de urmărire penală a procesului penal, cunoștințele unui specialist sau tehnician pentru lămurirea urgentă a unor fapte sau împrejurări care necesită cunoștințe de specialitate”³.

Alții, o înscriu printre mijloacele de probă specifice legislației procesual-penale⁴. În acest context, a devenit o necesitate de a atribui constatărilor tehnico-științifice și medico-legale forță probatorie de rînd cu alte mijloace de probă, așa cum de exemplu, era și este stipulat în legislația procesual penală a României (Codul de procedură penală nr. 78 din 30 aprilie 1997). Așa de exemplu, art. 64 constată alături de alte mijloace de probă și constatări tehnico-științifice și constatări medico-legale, iar prin conținutul art.113-115 s-a stabilit obiectul, temeiurile și raportul constatării tehnico-științifice și medico-legale.

În doctrina s-a evidențiat și faptul că, deși sînt enumerate printre mijloacele de probă, constatări sînt recunoscute ca procedee de probațiune. Funcția mijloacelor tehnice este aceea de a evidenția informații ce constituie probe. Astfel, constatări reprezintă moduri de a opera asupra anumitor mijloace de probă, în vederea stabilirii exacte a valorii lor probatorii. Ca și mijloacele de probă, probele evidențiate prin constatări sînt entități extraprocusale ce dobîndesc, prin folosirea lor în procesul penal, caracter de categorii juridico-penale. Constatarea tehnico-științifică constituie un procedeu de probațiune, un complex de operațiuni tehnice, o modalitate de examinare a unor mijloace materiale de probă pentru a fi relevată valoarea lor probatorie⁵.

Reglementarea procesuală a constatărilor tehnico-științifice. Prin prevederile codului de procedură penală vechi al Republicii Moldova o astfel de activitate nu era prevăzută. Activitatea specialistului fiind limitată la „acte de urmărire” (art. 116/1 CPP)⁶.

Situația expusă, după părerea noastră, justifică constatarea pe cale legislativă, care a devenit un instrument rapid și eficient de explicare a unor aspecte variate, legate de săvîrșirea infracțiunilor, oferind posibilitatea valorificării neîntîrziate a unor date, stări, situații ce nu suferă amînări⁷.

2 E. Baltaga. Aplicarea cunoștințelor speciale medicale în cercetarea cauzelor penale. Teza de doctorat. ULIM, 2012. p.

3 M. Minovici. Tratat complet de Medicina Legală. Vol. II. București: Atelierele grafice SOCED, 1930. p.204.

4 Em. Stancu, G. Olteanu. Criminalistica. p.81.

5 http://www.euroavocatura.ro/articole/165/Constatarea_tehnico-stiintifica_in_activitatea_specialistilor_Departamentului_National_Atitoruptie (accesat 06.12.2014)

6 CPP România din 01.07.2010. În: Monitorul Oficial, Partea I nr. 486 din 15/07/2010 <http://www.cameramures.com/CPP.pdf> (accesat 16.12.2014).

7 T. Osoianu. Dispunerea și efectuarea expertizei în procesul penal: actualitate și perspectivă în reglementare. În: Avocatul poporului, nr.3, 2001. p. 37.

Prin conținutul art.1/1 al Legea nr.1086 din 2000 le definește ca „... o activitate efectuată de către specialist în cadrul acțiunii procesuale, sau de sine stătător, pentru explicarea unor fapte sau circumstanțe ale cauzei cercetate“.

Iar, prin conținutul art.93, alin. (2) punctul 7) constatările tehnico-științifice și medico-legale sînt admise ca „...mijloace de probă, ...mijloace prevăzute de legea procesuală, prin care se administrează probele într-o cauză penală“ (art.139 alin. (1) CPP RM).

După părerea noastră, finalitatea urmărită prin efectuarea constatării tehnico-științifice fiind ceea de a evidenția rolul unor stări de fapt sau situații în lămurirea unor împrejurări legate de desfășurarea activității ilicite, confirmă entitatea de mijloc de probă a acestora, care este prevăzută de legea procesuală, prin care se administrează probele într-o cauză penală. Aceasta se confirmă și prin faptul, că la efectuarea constatărilor tehnico-științifice se aplică aceleași reguli și metodici și se utilizează aceleași utilaje ca și la efectuarea expertizei judiciare, iar rezultatele acestora au aceeași valoare juridică.

Ca formă procesuală de aplicare a cunoștințelor, realizată cu concursul unei categorii aparte de participanți la proces — specialiștii — constatarea medico-legală face posibilă exacta cunoaștere a valorii probante a celor mai variate mijloace de proba care, altfel, nu ar putea fi valorificate de către organele de urmărire penală. Cei drept, susținem, că potrivit principiul liberei aprecieri a probelor, constatările tehnico-științifice și/sau medico-legale nu au o forță probantă privilegiată față de celelalte mijloace de probă. Aceste prevederi sînt sprijinite de marea majoritate de autori⁸.

Deși asemănătoare cu expertizele, cel puțin din punctul de vedere al metodei de investigație, constatările comportă câteva deosebiri. Elementele de diferențiere care confirmă individualitatea acestor mijloace de probă:

— **în primul rînd**, există deosebiri sub aspectul *momentului dispunerii* acestora. Cazurile în care pot fi efectuate constatări tehnico-științifice și medico-legale sînt prefigurate prin câteva cerințe, de o importanță deosebită, și sînt obligatorii cel puțin sub trei aspecte: în cazul în care există pericol de dispariție a unor mijloace de probă sau de schimbare a unor situații de fapt, și este necesară explicarea urgentă a unor fapte sau circumstanțe ale cauzei; se impune organului de urmărire penală sau instanței de judecată folosirea cunoștințelor unui specialist (art.139 alin. (1) CPP RM).

Avînd loc în cadrul activității de strîngere a probelor, din faza incipientă a procesului, este evident motivul pentru care legiuitorul le-a conferit un caracter de urgență: urmele infracțiunii tind să dispară ori să se degradeze, pe măsură ce timpul va trece în favoarea infractorului, atestă, avînd tot interesul ca organele competente să aibă acces la cît mai puține din probele și indiciile care i-ar dezvălui identitatea și vinovăția. De aceea, constatările tehnico-științifice și/sau medico-legale ne apar ca o modalitate majoră în lupta împotriva fenomenului infracțional, deoarece pun

8 I. Dolea. Drept procesual penal. Chișinău: Cartier juridic, 2005. p.204.

la dispoziția și în slujba activității specifice a organului de urmărire penală toate metodele științelor, cu întreg arsenalul lor de aparate și tehnologii⁹.

Conform prevederilor art. 140 al CPP RM constatarea medico-legală se dispune în cazul cînd este necesară o examinare corporală asupra învinutului ori părții vătămate pentru a constata pe corpul acestora existența urmelor infracțiunii“ (alin (4)). Literatura de specialitate prescrie și alte urgențe cînd se pot ivi astfel de situații¹⁰. Așa se explică și faptul că aceste acte procedurale se dispun de regulă numai în faza de urmărire penală.

Ca o excepție de la această prevedere, prin natura ei, comentează autorul V. Beliș, exhumarea se poate face atît în timpul urmăririi penale, cît și în timpul judecării și chiar după terminarea ei, uneori, chiar în condițiile în care există o hotărâre judecătorească definitivă, printr-o cerere de revizuire întemeiată (cînd s-au descoperit fapte sau împrejurări noi, necunoscute instanței la data soluționării cauzei). De asemenea, constatările medico-legale prin excepție pot fi refăcute sau completate, în timpul fazei de judecată, dacă instanța apreciază că raportul medico-legal nu este complet sau concluziile acestuia nu sînt precise¹¹.

Urgența cercetării este, în fond, o reflectare a principiului operativității aplicat la întregul proces, dar și la activitățile de cercetare criminalistică și medico-legală. O cercetare urgentă, operativă, determină o reducere a avansului de timp pe care autorul faptei îl are înaintea organului de urmărire penală. Prin prezența imediată a organului de urmărire penală și specialistului se creează posibilitatea identificării unor martori, fără a se exclude chiar surprinderea autorului la locul infracțiunii. De exemplu, în ipoteza unei morți violente cu aparență de sinucidere, este necesar ca cercetarea să nu se rezume la surprinderea elementelor ce pot confirma această versiune, ci să se aprofundeze cercetarea pentru a se stabili cu precizie dacă nu este un omor disimulat printr-o sinucidere.

În cazul expertizelor, ele pot fi dispuse la toate etapele de urmărire penală: după începerea urmăririi penal, după punerea în mișcare a urmăririi penale, și chiar în faza de judecată — „...în cazurile în care pentru constatarea circumstanțelor ce pot avea importanță probatorie pentru cauza penală sînt necesare cunoștințe speciale în domeniul științei, tehnicii, artei sau meșteșugului“ (art. 142 alin. (1) CPP RM).

— **în al doilea rînd**, constatarea tehnico-științifice și/sau medico-legale este un mijloc de probă efectuat de specialist sau tehnician.

Pentru statutul de tehnician, vorbește faptul, că constatările efectuate de specialist poartă un caracter tehnic, fără a executa o cercetare specializată, amplă¹².

9 R. Constantin, P. Drăghici, M. Ioniță. Expertizele mijloc de probă în procesul penal. București: Tehnica, 2000.

10 V. Beliș. Medicina legală în practica medico-judiciară. București: Juridica, 2003. p.20.

11 V. Beliș. Op. cit. p.20.

12 П.А. Кокорин Судебная экспертиза и деятельность специалиста — основные формы использования специальных знаний в работе следователя. Сибирский Юридический Вестник, № 4/2000. с. 43-54; Кокорин П.А. Судебный эксперт и экспертная деятельность

O opinie asemănătoare ne-o prezintă, autorii V.G. Zabolotskij și V.D. Arseniev, care susțin că specialistul, în cele mai multe cazuri, este lipsit de un statut procesual în activitatea sa; el, parcă se dizolvă în activitatea de investigare a ofițerului de urmărire penală, confirmând prezența sa doar prin notarea în procesul-verbal despre acțiunile procesuale efectuate, adevărate prin semnătură, transformându-l într-un tehnician¹³.

Tehnicianul este un subiect propriu și pentru sistemul de drept anglo-saxon, ce este chemat pentru a acorda un ajutor detectivului în descoperirea, colectarea și păstrarea probelor¹⁴.

„Specialistul este persoana care cunoaște temeinic o disciplină sau o anumită problemă și este antrenată în procesul penal, în modul prevăzut de lege, pentru a contribui la stabilirea adevărului“ (art.6 punc.43) CPP RM); pentru „...a participa la efectuarea unei acțiuni procesuale în cazurile prevăzute de (...) cod, care nu este interesată în rezultatele procesului penal“ (art.87 alin. (1) CPP RM).

Autorul I. Dolea, comentînd prevederile acestor articole, prin specialist are în vedere persoana fizică: care are cunoștințe temeinice într-un anumit domeniu de activitate umană (tehnică, știință, meserie, artă etc.); care a fost chemată la efectuarea acțiunii procesuale în modul prevăzut de art.236 din CPP; care nu se află în nici o situație de incompatibilitate arătate în art.86 din CPP¹⁵. Din cele expuse, autorul insistă asupra faptului, că specialistul reprezintă un subiect deplin al procesului penal, dar care nu este regăsit în prevederile Legii nr.1086/2000 la dispunere și efectuarea constatărilor. De exemplu, art.15¹ alin. (1) „Conducătorul instituției de expertiză judiciară adresează efectuarea expertizei judiciare, constatării tehnico-științifice sau medico-legale unuia sau mai multor experți, nominalizați...“; alin. (2) — „... conducătorul instituției de expertiză judiciară numește expertul concret sau grupul de experți pentru efectuarea expertizei judiciare, a constatării tehnico-științifice și medico-legale...“. Actul normativ recunoaște participarea specialistului numai „... în cazurile simple“ pentru a se pronunța „imediat asupra existenței sau inexistenței motivelor de autorecuzare, suficienței sau insuficienței obiectelor cercetării, necesității antrenării unor specialiști netitulari pentru soluționarea deplină a problemelor puse în fața expertizei judiciare, constatării tehnico-științifice și medico-legale“ (art.15²)

În opinia noastră specialistul reprezintă o noțiune cumulativă care a parcurs un drum lung în procesul de formare și de definire conceptuală, fiind persoană ce posedă cunoștințe speciale dintr-un domeniu și face parte din categoria persoanelor

по ныне действующему законодательству России. Материалы ежегодной научно-практической конференции преподавателей и студентов Юридического института ИГУ, Иркутск, №11/2001. с. 147-148 .

13 В.Д. Арсеньев, В.Г. Заблоцкий. Использование специальных знаний при установлении фактических обстоятельств уголовного дела. Красноярск: Изд-во Краснояр ун-та, 1986. p.71.

14 C. Vernon și alți. Encyclopedia of criminology. New York: Philosophical Library, 1949. p.319.

15 Ig. Dolea ș.a. Op. cit. p.250.

competente poate fi privită: 1) din punct de vedere conceptual ca *persoană avizată* (una din persoanele avizate); paradigma dreptului procesual-penal și teoriei probațiunii; 2) ca *participant* al procesului penal — subiect independent cu un statut juridic procesual (investit cu drepturi și obligații); persoana, ce acordă un ajutor organelor de urmărire penală; persoana ce participă în acțiuni procedurale. Astfel, îi stabilim specialistului un loc aparte în proces, delimitându-l, însă de expert după următoarele criterii: scopul de a fi antrenat în urmărirea penală; problemele puse pentru examinare; formele procesuale de participare în procesul penal; obiectul de cercetare; metodele de cercetare; statutul procesual al ambelor subiecți¹⁶. Totuși, avînd în vedere faptul, că aceste acte procedurale sînt efectuate de specialiști, ele sînt privite, de regulă, cu o mai mică credulitate. Deoarece este posibil ca această formă de aplicare a cunoștințelor speciale să nu reflecte realitatea, fie datorită incompetenței specialistului, fie datorită altor cauze și apreciate în procesul penal prin coroborare cu celelalte probe administrate¹⁷, opinie cu care nu sîntem de acord, întrucît specialistul chemat de a efectua astfel de investigații îi sînt înaintate aceleași cerințe ca și expertului: studii, specializări, competențe profesionale etc., chiar dacă conținutul art.87 alin.(2) CPP RM ne subliniază că „opinia expusă de specialist nu substituie concluzia expertului“.

— **în al treilea rînd**, *obiectul de cercetare* a acestora. Constatarea tehnico-științifică se efectuează asupra materialelor și informației puse la dispoziție sau indicate de către organul de urmărire penală sau instanța de judecată. (art.140 alin. (2) CPP RM). Prin „materiale și informații“ se înțelege schimbările ce intervin în configurația locului, a altor perimetre în care se desfășoară diferite activități de către organul de urmărire penală deplasate în teren,. În alte cazuri, semnificația unor modificări — urme ce atestă împrejurări legate de desfășurarea activității ilicite¹⁸.

Legiuitorul ne prezintă obiecte supuse examinării și prin conținutul art.6 al Legii nr.1086/2000): „...corpurile delictive, cadavrele și părțile lor, persoanele în viață, documentele, obiectele, mostrele și alte materiale din dosarul referitor la care este dispusă efectuarea expertizei judiciare, constatarea tehnico-științifică și medico-legală“. La cele menționate se poate spune că, de cele mai multe ori, constatările tehnico-științifice sînt o cale adecvată de a afla dacă anumite obiecte ori substanțe se pot sau nu constitui în mijloace materiale de probă, cu alte cuvinte, dacă au capacitatea de a fi izvor de probe, care pot contribui la rezolvarea cauzei penale. Iar dacă, privind corpul uman ca pe una din țintele pe care infracțiunea și-a lăsat urmele, raționamentul, de mai sus, își găsește aplicare și față de constatarea medico-legală. Prin mijlocirea acestui procedeu se determină semnificația urmelor și obiectelor ce au servit la săvîrșirea infracțiunii, sau care sînt un produs al acesteia¹⁹. Se apreciază

16 И.Н. Сорокоотягин. Криминалистические проблемы использования специальных познаний в расследовании преступлений: Дисс. д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1992. p.87.

17 Gh. Mateuț. Drept procesual penal. Partea generală. Vol. II. București: Lumina Lex, 1997. p.160.

18 Stancu. Tactica criminalistică. p.76.

19 R. Constantin, P. Drăghici, M. Ioniță. Op. cit., p.160.

că natura juridică a constatării medico-legale de probă este asemănătoare cu cea a constatării tehnico-științifice elementele factice de specialitate a căror constatare urmează să fie făcută fiind de domeniul medicinei legale și, depășind posibilitatea de cunoaștere și investigare ale organului de urmărire penală²⁰.

Se susține opinia că obiectul de cercetare al expertizelor judiciare este cu mult mai amplu decât al constatărilor, expertul exprimând un punct de vedere în problema în problema respectivă chiar interpretând constatările efectuate anterior. Așa de exemplu, autorul V. Beliș afirmă, că în literatura medico-legală de specialitate, clasificarea expertizelor se efectuează, având drept criteriu obiectul nemijlocit de cercetare: expertiza pe cadavre, expertiza persoanelor vii, expertiza de laborator și expertiza pe baze de acte (documente medicale)²¹.

Ca formă procesuală de aplicare a cunoștințelor speciale medicale, constatarea tehnico-științifică/medico-legală prezintă și unele elemente de apropiere cu expertiza judiciară, deoarece fiecare dintre aceste forme sunt chemate să servească unei finalități proprii²².

Dintre elementele comune acestor mijloace de probă, semnalăm următoarele:

— sub raportul obiectului, atât constatarea medico-legală, cât și expertiza, constituie activități de interpretare și cercetare științifico-practică a urmelor și mijloacelor materiale de proba, care presupun aplicarea unor anumite metode, mijloace tehnice și tehnici de lucru comune, în scopul identificării persoanelor și obiectelor aflate în anumite raporturi cu infracțiunea;

— la efectuarea constatărilor medico-legale se aplică aceleași reguli și metodici și se utilizează aceleași utilaje ca și la efectuarea expertizei medico-legale, iar rezultatele acestora au aceeași valoare juridică;

— sînt efectuate de persoane cu pregătire de specialitate. De regulă, de către specialistul și/sau expert;

— atât operațiile și concluziile la care ajung specialistul, cât și expertul, se materializează într-un raport de constatare medico-legală, pentru care practica judiciară merge pe linia asimilării acestuia cu raportul de expertiză;

— atât constatarea medico-legală, cât și expertiza constituie mijloace de probă cu valoare de sine stătătoare, pornind de la dispozițiile legale care le reglementează, prezentînd și suficiente elemente de diferențiere care le conferă individualitate și finalitate proprie sub raportul rațiunii care le justifică:

— dacă pentru efectuarea expertizei este suficient ca organul de urmărire penală, în interesul aflării adevărului, să constate necesitatea lămuririi unor fapte sau împrejurări de fapt de către o persoană cu pregătire de specialitate, pentru a se dispune efectuarea unei constatări, pe lângă realizarea acestei condiții, organul abilitat trebuie să constate, potrivit art.139 CPP RM;

20 V. Volonciu. Drept procesual penal. București: Ed. Didactică și Pedagogică, 1972. p.385.

21 V. Beliș. Op. cit., p.31.

22 A. Sava. Aprecierea probelor în procesul penal. Iași: Junimea, 2002. p.97.

— sub raportul dispunerii (momentului din care pot fi dispuse), constatarea este chemată să răspundă unor nevoi urgente, să valorifice fapte și împrejurări ce nu îngăduie amânarea, ea poate fi dispusă din momentul imediat următor începerii urmăririi penale, în tot cursul urmăririi penale, pînă la finalizarea acesteia (art.140 CPP RM), expertiza poate fi înfăptuită la orice etapă a procesului penal, pentru constatarea circumstanțelor, care deseori sînt obligatorii;

— de această deosebire se leagă o altă distincție. Dacă efectuarea expertizei presupune cunoașterea și chemarea părților, la efectuarea constatării, părțile nu participă în nici un fel. Conchidem, că faptul își găsește o îndoită explicație. Din moment ce constatarea medico-legală este dictată tocmai de necesitate înlăturării primejdiei dispariției unor mijloace materiale de probă și este necesară lămurirea urgentă a unor fapte sau împrejurări ale cauzei, fixarea unui termen și chemarea părților ar zădărnici finalitatea urmărită.

— efectuarea constatărilor tehnico-științifice și medico-legale este subordonată unor condiții procesuale, care diferă în cazul expertizelor. Potrivit art.139 CPP RM aceste condiții sunt: a) există pericolul de dispariție a unor mijloace de probă sau de schimbare a unor situații de fapt; b) necesitatea lămuririi urgente a unor fapte sau împrejurări ale cauzei; c) necesitatea folosirii cunoștințelor unor specialiști, condiție care, fără să fie prevăzută expres în lege, derivă din termeni utilizați de legiuitor și din natura acestui procedeu de probațiune. Între cele două condiții ce trebuiesc realizate pentru dispunerea constatării tehnico-științifice și medico-legală, poate exista doar un raport de dependență, deoarece, uneori, ceea ce justifică urgența lămuririi unor împrejurări este tocmai pericolul de dispariție a unor mijloace de probă sau de schimbare a unor situații de fapt.

— Pentru explicare urgentă a unor fapte sau circumstanțe ale cauzei intervine o altă condiție: folosirea cunoștințelor unui specialist și rezultatele acțiunii acestuia se consemnează într-un raport de constatare medico-legală. După unii autori, din lectura concluziilor cuprinse în raportul de constatare, organele competente vor afla dacă obiectul cercetat este *izvor de probă*, dacă *raportul de constatare* este *mijloc de probă*, iar concluziile specialistului — *probe*. Alți autori, privesc rapoartele de constatare mijloc de probă, dar sub forma de *înscriș*, care relatează despre existența unor probe. Susținînd opinia autorului R. Constantin, rapoartele de constatare reprezintă *modalitatea de aducere la cunoștința organului de urmărire penală* a falitului că, în urma procedurilor probatorii de constatare medico-legală, după opinia specialistului care le-a redactat, a fost stabilit/sau nu caracterul de mijloc material de probă al diverselor *urme* ale infracțiunii care au fost supuse cercetării²³. O dată aflat în posesia raportului de constatare, organul de urmărire penală va stabili, mai întîi, dacă specialistul a analizat obiectul (obiectivele) pe care i le-a stabilit și dacă a răspuns la toate întrebările; de asemenea, dacă s-a respectat termenul de realizare a lucrării; va verifica dacă acestea sunt concordante cu datele și probele obținute deja prin alte mijloace de probă.

23 R. Constantin, P. Drăghici, M. Ioniță. Op. cit., p.164.

În realitate, specificăm, că reprezentanții organelor abilitate vor avea o capacitate limitată de apreciere a acestui nivel, datorită caracterului limitat al cunoștințelor sale de specialitate (medico-legale), astfel că, nu de puține ori, la verificarea raportului efectuată de către judecător va avea în vedere doar coerența logică a operațiilor descrise și a acestora cu esența concluziilor și dacă specialistul a executat exact ceea ce i s-a cerut.

În cazul aprecierii raportului ca „formă“, evaluarea se va extinde și asupra conținutului, acordându-i încredere competenței specialistului. La limită, se poate spune că, practic, această competență înlocuiește aprecierea personală de către organul de urmărire penală a valorii probante a obiectului în cauză, specialistul fiind cel care decide în locul judecătorului.

Alteori, judecătorul, poate găsi deficiențe ale constatării tehnico-științifice și medico-legale, reflectate în rapoartele studiate, deficiențe care se pot datora superficialității sau grabei specialistului în efectuarea lucrării, ori care nu sînt imputabile acestuia.

Astfel, pentru a evita astfel de situații, legea procesuală permite dispunerea și efectuarea unei expertize (art.142 CPP RM — mai ales dacă nu mai există urgență) sau se va dispune refacerea sau completarea constatării (art.140 CPP RM).

Conchidem, că pentru ca judecătorul să sesizeze mai ușor eventualele deficiențe sau neconcordanțe ale acestor lucrări, ca și pentru ca sentimentul de încredere pe care îl inspiră un raport de constatare bine întocmit să se formeze în cunoștință de cauză, este de dorit ca acesta să posede cunoștințe de specialitate la care se face apel în activitatea specialiștilor.

NOȚIUNI GENERALE DESPRE ACTIVITATEA SPECIALĂ DE INVESTIGAȚII

Vitalie SÎLI, doctor în drept
Ludmila BĂLĂNUȚĂ, masterandă

Ensuring law and order, protection of values and social relationships from criminal attempts and guaranteeing inviolability of these values form the minimal basis that is necessary for the existence of the societal stability. At the same time, these are elements, which have to be realized by the state by means of its competent authorities. The democratic form of government, besides its representative nature, is also characterized by the main stress put on the personality of the human being and the observance of human rights and freedoms.

The special investigation activity, being a specific tool, is frequently arousing an ambiguous reaction from the part of citizens. It is considered that by carrying on this activity violations of human rights and freedoms are committed, as it is assumed that some provisions of the legal acts governing the special investigation activity are unconstitutional.

Though, by way of special investigation activity several important tasks can be accomplished with a view of ensuring the observance of the law in our society, the particular nature of special investigation measures consists in their intrusiveness into the private life of individuals. Therefore, the above-mentioned activity has to be regulated in detail with a view of avoiding abuses or misuses of power in the process of its accomplishment.

Keywords: *special investigation activity, concept of special investigation activity, peculiarities of special investigation activity, special investigation measures, ensuring human rights and freedoms, protection of values and social relationships.*

Asigurarea ordinii de drept, protejarea valorilor și relațiilor sociale de atentatele criminale și garantarea intangibilității acestora constituie baza minim necesară pentru existența stabilității în societate, fiind concomitent și elemente care urmează a fi realizate de către stat prin intermediul organelor abilitate. Sistemul democratic de guvernare a statului, în afară de caracterul reprezentativ al acestuia, se mai caracterizează și prin plasarea accentului principal pe personalitatea umană, respectarea drepturilor și libertăților acesteia.

Activitatea specială de investigații, fiind un instrument specific, frecvent trezește la cetățeni o reacție neunivocă, deoarece se consideră că prin efectuarea acesteia sunt încălcate drepturile și libertățile lor, presupunând că unele dispoziții ale actelor normative care reglementează activitatea specială de investigații sunt neconstituționale.

Cuvinte-cheie: *activitate specială de investigații, definirea activității speciale de investigații, particularitățile activității speciale de investigații, măsuri speciale de investigații, asigurarea drepturilor și libertăților omului, protejarea valorilor și relațiilor sociale.*

Asigurarea ordinii de drept, protejarea valorilor și relațiilor sociale de atentele criminale și garantarea intangibilității acestora constituie baza minim necesară pentru existența stabilității în societate, fiind concomitent și elemente care urmează a fi realizate de către stat prin intermediul organelor abilitate.

De fapt, sistemul democratic de guvernare a statului, în afară de caracterul reprezentativ al acestuia, se mai caracterizează și prin plasarea accentului principal pe personalitatea umană, respectarea drepturilor și libertăților acesteia.

Evoluția democrației și dezvoltarea sistemelor democratice de guvernare în stat au condus la instituirea, în cadrul societăților moderne, a unor principii fundamentale de drept care se caracterizează prin asigurarea dezvoltării în condiții optime a principalelor valori sociale, în special celor ce țin de personalitate, cum ar fi: libertatea, legalitatea, egalitatea, umanismul etc. Totuși, în afara asigurării condițiilor pentru dezvoltarea valorilor sociale, mai este necesară și realizarea unei activități specifice, exteriorizate în adoptarea unor măsuri eficiente pentru asigurarea ocrotirii acestora de atentatele ilegale.

Activitatea specială de investigații frecvent trezește la cetățeni o reacție neuni-vocă, deoarece se consideră că prin efectuarea acesteia sunt încălcate drepturile și libertățile lor, presupunând că unele dispoziții ale actelor normative care reglementează activitatea specială de investigații sunt neconstituționale¹.

Însă, indiferent de atitudinea unor subiecți față de activitățile respective, considerăm că acestea sunt absolut necesare, fapt care poate fi explicat prin următoarele: investigarea unor infracțiuni grave, deosebit de grave și excepțional de grave este dificil de realizat, iar uneori și imposibilă în cadrul procedurii penale fără obținerea unor informații suplimentare, neprocesuale, care sunt acumulate în cadrul activității speciale de investigație, în general, și cu ajutorul măsurilor speciale de investigații, în special. De fapt, activitatea specială de investigații reprezintă una din cele mai eficiente metode de depistare, prevenire și contracarare a criminalității, fiind o formă a activității statale².

Într-un șir de cazuri, fără utilizarea activă a posibilităților activității speciale de investigații, nu poate fi soluționată una din principalele sarcini ale procesului penal — elucidarea tuturor elementelor infracțiunii, probarea implicării în activitatea criminală și, respectiv, tragerea la răspundere penală a acelor vinovați.

Totuși, deși prin intermediul activității speciale de investigații pot fi soluționate mai multe sarcini importante, pentru asigurarea realizării justiției în societate, specificul măsurilor speciale de investigații constă în caracterul intrusiv al acestora în viața privată a persoanelor. Din acest motiv, activitatea respectivă trebuie să fie minuțios reglementată pentru ca în procesul efectuării acesteia să nu fie admise abuzuri sau depășiri de competență.

1 A se vedea: Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С приложениями решений Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека / Вступ. ст. В.Д. Зорькина. Москва, Норма, 2006, p. 5.

2 A se vedea: Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия. Общие положения. СПб, «Юридический центр Пресс», 2004, p.9.

Criminalitatea intenționată, în diversitatea formelor de manifestare, tinde să adopte noi mijloace și metode de comitere a infracțiunilor, în unele cazuri deosebit de rafinate și sofisticate. Astfel, uneori sunt constituite grupuri criminale organizate transnaționale, inclusiv de orientare teroristă, care sunt dotate cu mijloace tehnice performante, iar pentru a asigura obținerea scopului criminal sunt elaborate planuri și scheme complexe, se alocă mijloace financiare substanțiale. În asemenea cazuri, pentru a nu admite succesul unor astfel de tentative, acestora trebuie să le fie puse în față mijloace și metode sigure de preîntâmpinare și descoperire a infracțiunilor. Anume asemenea metode și mijloace sunt caracteristice pentru activitatea specială de investigații, care este efectuată de organele de ocrotire a normelor de drept³ și serviciile speciale ale statului.

Specificul conspirativ și confidențial al exercitării ASI a determinat existența unei situații în care activitatea în cauza a fost, pe parcursul unei perioade impunătoare de timp, practic nereglementată la nivel legislativ. Astfel, pentru prima dată sintagma „măsurile operative de investigații“, (măsurile speciale de investigații) apare în legislația URSS (respectiv al RSSM) în Bazele legislației procedural-penale ale URSS, adoptate la 25 decembrie 1958; în conformitate cu art.29 al actului normativ menționat organele de constatare „erau împuternicite să efectueze măsurile operative de investigații necesare în scopul relevării semnelor infracțiunii și a depistării persoanelor ce au comis aceste infracțiuni“⁴. Cu siguranță sunt destul de discutabile aspirațiile administrației din acea epocă de a da publicității informații ce țineau de activitatea organelor de stat, însă în cazul activității speciale de investigații existența actelor departamentale confidențiale este o practică uniformă, determinată de conținutul sensibil al acestor acțiuni; cu toate acestea e necesar a preciza că sub nici un fel caracterul secret al acestor documente nu face posibil includerea în textul lor a prevederilor ce vor orienta comportamentul subiecților spre realizarea obiectivelor cu prețul încălcării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului. În prezent, baza juridică a activității speciale de investigații efectuată pe teritoriul Republicii Moldova constă din: Constituția Republicii Moldova, Legea privind activitatea specială de investigații, alte acte legislative ale Republicii Moldova și actele normative departamentale adoptate de organele resort, precum și de convențiile și tratatele internaționale la care Republicii Moldova este parte⁵.

În Republica Moldova, după constituirea ca stat independent și suveran, au fost întreprinse acțiuni energice pentru adoptarea bazei legislative necesare bunei funcționări și ocrotirii valorilor și relațiilor sociale din societate. Astfel, în anul 1994 a fost adoptată Legea Republicii Moldova privind activitatea operativă de investigații, care, pe parcurs a fost supusă mai multor modificări. În anul 2012, la 29 martie, a

3 A se vedea: Вечерин Э. Закон об оперативно — розыскной деятельности и права граждан /Законность, N 2 / 1993, p. 2.

4 Горяинов К.К., Овчинский В.С., Синилов Г.К., Теория оперативно-розыскной деятельности. Москва: Норма, 2006, p.19.

5 Moraru V. Reglementarea juridică a activității operative de investigații//Analele științifice ale Universității de Stat din Moldova, Nr.7, Chișinău — 2004 — p.255.

fost adoptată Legea privind activitatea specială de investigații, publicată în Monitorul Oficial nr. 113-118/373 din 08.06.2012. Prin adoptarea legii respective s-a încercat modificarea bazei legislative care reglementează acest tip de activitate.

Activitatea specială de investigații, potrivit prevederilor legislației este una din activitățile statului a cărei desfășurare este strict reglementată prin lege. Dacă pornim de la clasică structurare a funcțiilor statului în: legislativă, executivă și judecătorească, atunci activitatea specială de investigații se regăsește în cadrul funcției statului ce ține de asigurarea ordinii de drept, referindu-se la activitatea executivă. Așadar, conform art. 1 al Legii privind activitatea specială de investigații această activitate reprezintă: o procedură cu caracter secret și/sau public, efectuată de autoritățile competente, cu sau fără utilizarea echipamentelor tehnice speciale, în scopul culegerii de informații necesare pentru prevenirea și combaterea criminalității, asigurarea securității statului, ordinii publice, apărarea drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor, descoperirea și cercetarea infracțiunilor.

Prin consfințirea activității speciale de investigații drept o procedură se înțelege perceperea acesteia ca un sistem de măsuri speciale de investigații stipulate de lege, desfășurate de subdiviziunile specializate ale organelor de stat cu aplicarea forțelor, mijloacelor și metodelor; atât publice, cât și secrete, cu respectarea regulilor de conspirație, în scopul prevenirii și descoperirii infracțiunilor, căutării infractorilor care se ascund și a persoanelor dispărute fără urmă, precum și al soluționării altor sarcini prevăzute de lege.

Activitatea specială de investigații, ca și alte activități desfășurate de organele statului în vederea ocrotirii ordinii de drept, este o activitate strict reglementată de lege, ce se realizează printr-un sistem de măsuri publice, cât și secrete (confidențiale), având propriile trăsături specifice, și anume:

- are un caracter de sine stătător; se manifestă prin faptul că în esență activitatea specială de investigații presupune utilizarea unor forțe, mijloace și metode speciale, care după formă, conținut și origine diferă de cele specifice activității de urmărire penală, administrative etc.; caracterul autonom este determinat și de mecanismul reglementării normative a acestei activități;
- este strict legiferată; prin lege organică sunt stabilite scopul, sarcinile, principiile, măsurile speciale de investigații, temeiurile și condițiile îndeplinirii lor, sunt prevăzute organele abilitate cu drepturi și obligații și reglementate alte aspecte în domeniul dat. Reglementarea strictă și detaliată permite utilizarea complexă a forțelor și mijloacelor din dotarea organelor speciale de investigație, aplicarea unor metode speciale pentru prevenirea și descoperirea infracțiunilor, căutarea persoanelor care se ascund de organele de urmărire penală sau de instanța de judecată ori care se eschivează de la executarea pedepsei penale, a persoanelor dispărute fără urmă, precum și soluționarea altor sarcini prevăzute de lege; acest fapt servește ca garant pentru respectarea legalității în procesul exercitării activității speciale de investigații și prevenirea încălcărilor drepturilor și libertăților constituționale ale cetățenilor;

- este realizată de către subiecți special împuterniciți; activitatea specială de investigații este exercitată de către subdiviziunile specializate ale Ministerului Afacerilor Interne, Ministerului Apărării, Centrului Național Anticorupție, Serviciului de Informații și Securitate, Serviciului de Protecție și Pază de Stat, Serviciului Vamal și ale Departamentului Instituțiilor Penitenciare ale Ministerului Justiției;
- se exercită numai în vederea atingerii scopurilor și realizării sarcinilor prevăzute de lege; îndeplinirea măsurilor speciale de investigații pentru realizarea scopurilor și a sarcinilor neprevăzute de Legea cu privire la activitatea specială de investigații nu se admite.

Perceperea necesității și utilității activității speciale de investigații se prezintă ca fiind imposibilă fără cunoașterea noțiunii și conținutului acesteia. În literatura de specialitate au fost propuse mai multe definiții ale activității speciale de investigații, prin care se încerca a cuprinde caracteristicile principale ale acesteia. Pentru a exemplifica cele expuse vom prezenta unele din noțiunile doctrinale ale acesteia.

Astfel, conform lui Șumilov A.Iu., Activitatea specială de investigații este o totalitate de măsuri publice și secrete, care sunt efectuate de către subdiviziunile speciale ale organelor statale, ce sunt delegate prin lege, în scopul apărării vieții, sănătății, drepturilor și libertăților persoanelor și cetățenilor, proprietății, asigurarea securității societății și statului împotriva atentatelor criminale. Activitatea specială reprezintă o activitate supusă reglementării de către legislația din domeniu, ce este îndeplinită pe baza publică și secretă de către organele abilitate de lege, în scopul prevenirii săvârșirii infracțiunilor, descoperirea infracțiunilor și căutarea, urmărirea persoanelor ce le-au săvârșit și (sau) se eschivează de justiție⁶.

Alți autori susțin că noțiunea „activitate specială de investigații” semnifică căutarea rapidă, deschisă sau conspirativă, a informației despre persoane și fapte, care prezintă interes operativ, pentru soluționarea sarcinilor activității speciale de investigații și se caracterizează prin orientarea investigativă a acestei activități⁷.

Conform altor opinii, activitatea specială de investigații este o modalitate social-utilă de activitate juridico-statală a organelor împuternicite de stat în acest sens, ce reprezintă prin sine un sistem de acte publice și secrete pentru aplicarea forțelor, măsurilor și mijloacelor speciale, precum și efectuarea măsurilor speciale de investigații și adoptarea deciziilor necesare, îndeplinite în scopul apărării persoanei și societății de atentatele criminale când sunt prezente dificultăți obiective sau imposibilitatea asigurării acestor scopuri pe alte căi⁸.

6 Шумилов А.Ю. Основы уголовно-розыскного права (Правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности). Общая часть. Учебное пособие, М., Шумилова И.И., 2000, с. 7

7 А се vedeа: Основы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел. Учебник. / Под общ. ред. Агафонова Ю.А. и Кваши Ю.Ф. Краснодар, КРУ МВД, 2007, р. 38.

8 Горяинов К.К., Овчинский В.С., Шумилов А.Ю. Оперативно-розыскная деятельность. Учебник. М., Инфра-М, 2001, р.47.

În același context, activitatea specială de investigații este percepută drept o formă a activității statale de ocrotire a normelor de drept, efectuată de organele speciale ale puterii executive ale statului, împuternicite pentru realizarea funcțiilor sale cu competențe juridice corespunzătoare⁹.

Activitatea specială de investigații — reprezintă un tip de activitate, înfăptuită public și secret de către subdiviziunile speciale ale organelor de stat abilitate pentru activitatea dată de către Legea privind activitatea specială de investigații, în limita competenței acestora, prin intermediul înfăptuirii măsurilor speciale de investigații în scopul apărării vieții, sănătății, drepturilor și libertăților omului și cetățeanului, proprietății, asigurării securității societății și statului împotriva atentatelor criminale, precum și în alte scopuri prevăzute de lege¹⁰.

Deși merită atenție majoritatea definițiilor propuse de către specialiștii în domeniu, totuși considerăm mai apropiată de conținutul Legii Republicii Moldova privind activitatea specială de investigații următoarea definiție doctrinală: „Activitatea specială de investigații reprezintă o procedură cu caracter secret și/sau public, efectuată de autoritățile competente, cu sau fără utilizarea echipamentelor tehnice speciale, în scopul culegerii de informații necesare pentru prevenirea și combaterea criminalității, asigurarea securității statului, ordinii publice, apărarea drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor, descoperirea și cercetarea infracțiunilor”¹¹.

În context, referindu-ne la prevederile Legii privind activitatea specială de investigații, din 29.03.2012, publicată în Monitorul Oficial nr. 113-118 din 08.12.2012, remarcăm că spre deosebire de legea precedentă, în actualul act normativ se conține o noțiune concretă a activității speciale de investigații, fiind prezentată drept o procedură cu caracter secret și/sau public, efectuată de autoritățile competente, cu sau fără utilizarea echipamentelor tehnice speciale, în scopul culegerii de informații necesare pentru prevenirea și combaterea criminalității, asigurarea securității statului, ordinii publice, apărarea drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor, descoperirea și cercetarea infracțiunilor.

Din definiția menționată pot fi deduse următoarele scopuri ale activității speciale de investigații:

- culegerea de informații necesare pentru prevenirea și combaterea criminalității;
- asigurarea securității statului, ordinii publice, apărarea drepturilor și intereselor legitime ale persoanelor;
- descoperirea și cercetarea infracțiunilor.

9 A se vedea: Основы оперативно-розыскной деятельности. Учебное пособие. 3-е изд., доп. и перераб. / Под ред. Чечетина А. Е. Барнаул, Барнаульский юридический институт МВД, 2007, p. 4.

10 Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия: Общие положения. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004, p. 13.

11 Ibidem.

De asemenea, articolul 2 al aceleiași Legi indică sarcinile activității speciale de investigații, fiind menționate următoarele:

- a) relevarea atentatelor criminale, prevenirea, curmarea infracțiunilor și identificarea persoanelor care le organizează și/sau comit;
- b) descoperirea și cercetarea infracțiunilor;
- c) căutarea persoanelor dispărute fără urmă ori a celor care se ascund de organele de urmărire penală sau de instanța de judecată ori se eschivează de la executarea pedepsei;
- d) colectarea de informații despre posibile evenimente și/sau acțiuni ce ar putea pune în pericol securitatea statului.

Astfel, legiuitorul a specificat obiectivele principale ale apărării: persoana, proprietatea, societatea, statul și a pus accentul pe asigurarea protecției lor de atentate ilicite. În calitate de mijloc de atingere a scopului trasat legiuitorul a nominalizat două forme speciale — asigurarea și apărarea. În opinia noastră apărarea ține de persoană, cetățean și proprietate. Cu alte cuvinte, poate fi vorba de protejarea intereselor unei persoane aparte sau a unui grup de persoane. Cît privește societatea și statul, care reprezintă un domeniu mult mai vast, la fel de important pentru societate, cetățeni și stat, este mai rezonabil de a utiliza o așa formă, ca asigurarea. Împreună, aceste noțiuni determină, în fond, caracterul, conținutul și liniile directorii ale activității speciale de investigații.

Generalizînd, putem conchide că scopul activității speciale de investigații constă în apărarea drepturilor, libertăților și intereselor legitime ale persoanelor fizice și juridice, a tuturor formelor de proprietate contra atentatelor criminale, precum și în asigurarea intereselor statului, a suveranității și integrității lui teritoriale¹².

Din Legea privind activitatea specială de investigații rezultă că activitatea specială de investigații este întreprinsă în privința unor activități care pot fi calificate drept infracțiuni. Din aceste considerente accentul urmează să fie pus pe culegerea de informații despre acțiuni în care se conțin indicii unor crime. Nu poate fi considerată activitate specială de investigații apărarea obiectelor care nu sunt stipulate în Codul penal, precum și obținerea informațiilor despre indicii activităților, care constituie contravenții administrative, abateri disciplinare, delikte de drept civil. Dacă în cadrul activității speciale de investigații sunt atinse asemenea scopuri, ele poartă un caracter secundar și contribuie la realizarea obiectivelor politicii de drept a țării în ansamblu. Deseori, doar în procesul activității speciale de investigații și a investigațiilor ulterioare, se poate stabili dacă este comisă o crimă sau un alt delikt, se conțin sau nu în acțiunile făptuitorului elementele componenței de infracțiune. De aceea, faptul infracțiunii și trăsăturile ei la etapa inițială sunt doar prezumate.

Activitatea specială de investigații poartă, de regulă, un caracter de conflict, rezultat din necorespunderea scopurilor și intereselor subiecților și obiecților acestei

12 Foșnea V., Sili V., Unele aspecte de ordin general privind esența și particularitățile activității speciale de investigații//Revista Studii Juridice Universitare, Anul V, Nr. 1-2, Chișinău, 2012, pag. 157-159.

activități. Subiecții activității speciale de investigații tind, primordial, spre depistarea și descoperirea infracțiunilor, depistarea și identificarea persoanelor implicate în comiterea lor, iar scopul obiectelor este de a se eschiva de răspundere, de a se ascunde de justiție. În aceste condiții, când la etapa inițială nu este clar statutul procesual al obiectelor activității speciale de investigații, iar vinovăția lor nu este stabilită, conținutul acesteia include un șir de principii care sunt nemijlocit îndreptate la asigurarea drepturilor și libertăților personalității (omului și cetățeanului) în cadrul exercitării activității speciale de investigații¹³.

Examinînd textul art. 2 al Codului de procedură penală R. Moldova, din 14.03.2003, observăm că între scopurile activității speciale de investigații și cele ale procesului penal există similitudini evidente, fiind posibilă atestarea tendinței spre scopuri comune.

De altfel, din definiția legală pot fi deduse următoarele trăsături ale activității speciale de investigații, și anume:

- activitatea specială de investigații este o varietate a activității oficiale de stat;
- subiecți ai activității speciale de investigații sînt doar subdiviziunile specializate ale organelor de stat, împuternicite pentru aceasta prin Legea privind activitatea specială de investigații;
- activitatea subiecților este limitată de împuternicirile stabilite prin lege;
- conținutul activității speciale de investigații este determinat de efectuarea măsurilor speciale de investigații;
- activitatea specială de investigații se exercită atît în mod public, cît și în mod secret.

Pentru a percepe o noțiune complexă este necesar a înțelege semnificația fiecăruia din termenii care constituie noțiunea în general.

Conform Dicționarului explicativ al limbii române prin activitate (activități) se subînțelege — ansamblu de acte fizice, intelectuale și morale făcute în scopul obținerii unui anumit rezultat¹⁴.

Noțiunea special(ă), conform aceluiași dicționar are următoarea semnificație: Care se deosebește de alte lucruri asemănătoare prin trăsături care îi sunt proprii; destinat pentru un anumit scop¹⁵.

Prin investigație, investigații — se subînțelege — cercetare, studiere minuțioasă, efectuată sistematic, cu scopul de a descoperi ceva (din franceză *investigation*, latină — *investigatio*)¹⁶.

13 Foșnea V., Sili V., Unele aspecte de ordin general privind esența și particularitățile activității speciale de investigații//Revista Studii Juridice Universitare, Anul V, Nr. 1-2, Chișinău, 2012, pag. 159-160.

14 Dicționar explicativ al limbii române. Ediția a II-a. București, Univers enciclopedic, 1998, pag. 10.

15 Dicționar explicativ al limbii române, op.cit, pag. 1007.

16 Ibidem, pag. 505.

Mai multe dificultăți apar în cazul perceperii și interpretării aspectului de realizarea a activității speciale de investigații în mod conspirativ. Totuși, esența realizării conspirative a activității speciale de investigații denotă că acesta este și principalul avantaj al acestei activități. Fără respectarea principiului menționat activitatea respectivă riscă să devină simple acte procedurale care o va face inutilă în sensul realizării sarcinilor ce țin de depistarea și prevenirea criminalității.

În izvoarele din mass-media nu o singură dată a fost abordată problema iraționalității reglementării legale a activității speciale de investigații, și mai întâi de toate a formei secrete a acesteia. Drept argument principal în acest sens au fost invocate încălcările drepturilor și libertăților cetățenilor, care ar surveni în rezultatul activității respective. Argumentul menționat nu poate fi acceptat deoarece sarcinile activității speciale de investigații sunt depistarea, relevarea, prevenirea, curmarea, descoperirea infracțiunilor și a persoanelor care le organizează, le comit sau le-au comis. Anume aceste persoane și încalcă drepturile și libertățile persoanelor. Evident, că măsurile și metodele confidentiale vor fi utilizate pînă atunci pînă cînd infractorii nu se vor dezice de procedeele secrete, care adesea se manifestă prin metode foarte rafinate. Pentru a depista și neutraliza acești infractori, de cele mai dese ori acțiunile de urmărire și actele speciale de investigație publice sunt net insuficiente.

Legea privind activitatea specială de investigații, indică că organele care exercită activitatea specială de investigații, respectînd regulile de conspirație sunt în drept să exercite măsurile speciale de investigații prevăzute de lege.

Analizînd noțiunea „conspirativ“, constatăm că în sensul dicționarului explicativ aceasta reprezintă: o acțiune sau o totalitate de acțiuni pregătite, desfășurate clandestin¹⁷, adică în secret.

Utilizarea în lupta cu criminalitatea a metodelor și mijloacelor conspirative în activitatea specială de investigații, de rînd cu cele publice reprezintă o necesitate a societății și statului. De regulă, pregătirea și săvârșirea infracțiunilor intenționate grave, deosebit de grave și excepțional de grave sunt ascunse destul de bine. De aceea, societatea și statul nu numai că au acceptă aplicarea împotriva faptelor social periculoase și persoanelor ce le săvîrșesc, a unui sistem de măsuri speciale de investigații, dar și au obligat organele competente de a înlăptui o astfel de activitate. Altfel, ar fi foarte dificil de a asigura inevitabilitatea răspunderii penale pentru persoanele, care săvîrșesc infracțiuni intenționate pe ascuns prin intermediul diferitor șiretlicuri.

Pentru ca o activitate să fie definită drept specială de investigații este necesară prezența tuturor indicilor stipulați în Legea privind activitatea specială de investigații. Lipsa doar a unuia din aceștia nu permite de a defini activitatea analizată drept specială de investigații, aceasta reprezentînd un alt tip de activitate, permisă sau nu de legislație, care însă nu are nimic comun cu activitatea specială de investigații. Rea-

17 Dicționar explicativ al limbii române. Ediția a II-a. București, Univers enciclopedic, 1998, pag. 215.

lizarea sarcinilor de către structuri, care nu fac parte din cele specializate, enumerate în art. 6 al Legii privind activitatea specială de investigații, a unor măsuri deschise, similare celor speciale de investigații, nu poate fi apreciată drept activitate specială de investigații, acestea constituind un element al activității particulare de detectiv, al activității administrative etc. Astfel, în cadrul activității de serviciu, colaboratorii poliției rutiere întreprind în mod deschis chestionarea, culegerea informațiilor, cercetarea încăperilor, edificiilor, porțiunilor de teren, mijloacelor de transport, urmărirea vizuală etc., care, însă, nu constituie activitate specială de investigații, ci sînt măsuri pur administrative. Totodată, colaboratorii nominalizați pot participa și la măsurile speciale de investigație, împreună cu ofițerii de investigații din organele abilitate prin Legea privind activitatea specială de investigații.

Nu poate fi apreciată drept activitate specială de investigație, nici activitatea particulară de detectiv, aceasta conținînd un șir de deosebiri esențiale, și anume: ea este exercitată nu de către subiecți ai activității speciale de investigații ci de persoane fizice și juridice, de întreprinderi și organizații, care dispun de licențe respective eliberate de Camera de Licențiere, și se întreprinde în scopul apărării intereselor legale ale clienților săi, avînd, cu alte cuvinte, alte obiective comparativ cu activitatea specială de investigație. Este interzis de a întreprinde în cadrul activității date careva măsuri speciale de investigație atribuite prin lege în exclusivitate organelor de stat, subiecți ai activității speciale de investigații. Totodată, în cadrul acestei activități este permisă chestionarea verbală a cetățenilor și a funcționarilor publici cu acordul lor, culegerea informațiilor, cercetarea obiectelor și actelor (cu acordul în scris al posesorilor acestora), cercetarea exterioară a clădirilor, încăperilor și altor obiective, urmărirea vizuală. Aceste măsuri sunt întreprinse în altă ordine și cu anumite interdicții, care nu sunt stipulate în Legea privind activitatea specială de investigații¹⁸.

Efectuînd o analiză conceptuală a noțiunii de „activitate specială de investigații” constatăm că aceasta poate avea trei accepțiuni semantice. Mai întîi de toate, activitatea specială de investigații este o categorie distinctă a activității de ocrotire a normelor de drept, ce are un caracter exclusiv statal și urmărește combaterea criminalității și asigurarea securității naționale; în al doilea rînd — este o știință juridică de sine stătătoare (teoria activității speciale de investigații); în al treilea rînd — este o disciplină de studiu, altfel vorbind, un curs științifico-didactic a activității speciale de investigații¹⁹. În continuare, la utilizarea sintagmei „activitatea specială de investigații” vom subînțelege prin aceasta activitatea investigativ-practică.

Una din principalele trăsături distincte ale activității speciale de investigații este caracterul investigativ-informativ al acesteia. Astfel, scopul determinant al efectuării măsurilor speciale de investigații este acumularea informației relevante, depistarea

18 Foșnea V., Sili V., Unele aspecte de ordin general privind esența și particularitățile activității speciale de investigații, op. cit. 159-161.

19 A se vedea: Лапин Е.С., Михайлова Ю.Н. Краткий курс теоретических основ оперативно-розыскной деятельности. Саратов: Научная книга, 2006, p. 3.

infrafracțiunilor camuflate și latente, a semnelor și faptelor infrafracționale, a subiecților acestora etc²⁰.

În conformitate cu Legea privind activitatea specială de investigații, pe teritoriul Republicii Moldova, dreptul de a exercita ASI o au subdiviziunile specializate ale următoarelor organe: Ministerul Afacerilor Interne; Ministerul Apărării; Centrul Național Anticorupție; Serviciul de Informații și Securitate; Serviciul de Protecție și Pază de Stat; Serviciul Vamal; Departamentul instituțiilor penitenciare al Ministerului de Justiție.

Pentru ca activitatea organelor menționate, care au fost desemnate prin lege drept subiecți ai activității speciale de investigații, să-și atingă scopul propus de lege, adică combaterea eficientă a criminalității, este necesară perceperea profundă a evoluției și metodologiei activităților orientate nemijlocit spre depistarea, prevenirea și contracararea formelor infrafracționale concrete. În acest context, atenție deosebită trebuie acordată particularităților depistării infrafracțiunilor și al relevării tuturor circumstanțelor posibile ale faptei.

Astfel, majoritatea infrafracțiunilor sunt depistate prin două moduri²¹:

- prin obținerea oficială a informației cu caracter probant, prin intermediul acțiunilor procesual-penale;
- prin obținerea neoficială (secretă) a informației relevante nemijlocit din mediul infrafracțional sau quasi-infracțional.

Totuși, considerăm că rolul activității speciale de investigații în procesul de combatere a criminalității este unul deosebit de important, oferind posibilități reale de a realiza la nivel practic prevenirea, depistarea și combaterea criminalității. Pe de altă parte, asigurarea protejării celor mai importante valori sociale de imixtiunea neargumentată a reprezentanților organelor de ocrotire a dreptului poate fi realizată prin reglementarea minuțioasă a tuturor aspectelor activității speciale de investigații și instituirea unor mecanisme transparente și eficiente de control asupra acestui gen de activitate.

În final, rezumând cele expuse, poate fi formulată concluzia că activitatea specială de investigații reprezintă un tip aparte de activitate efectuat de către organele competente ale statului, prevăzute de legislația în vigoare în calitate de subiecți ai acestei activități, în scopul depistării, prevenirii și curmării activității criminale, prin utilizarea unor procedee, mijloace, metode și forțe specifice.

20 A se vedea: Горяинов К.К., Овчинский В.С., Синилов Г.К. Теория оперативно-розыскной деятельности, Москва: Норма, 2006, p. 20.

21 Громов Н.А., Гуцин А.Н., Луговец Н.В., Лямин М.В. Доказательства, доказывание и использование результатов оперативно-розыскной деятельности. Москва: Приор-издат, 2006, p. 6.

СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ УГОЛОВНО–ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ПОЛИТИКИ РОССИИ

Ольга Владимировна КУЗЬМИНА, кандидат юридических наук, доцент*

The article defines the notion of criminal–procedural policy of the Russian Federation, its Constitutional Basis and the factors that influence the tendencies of its development are analysed.

Keywords: *human rights, procedural guarantees, criminal–procedural policy, principles of criminal proceedings, adversarity, form of action, conciliation.*

В статье дается понятие уголовно–процессуальной политики Российской Федерации, анализируются ее конституционные основы и факторы, влияющие на тенденции развития.

Ключевые слова и словосочетания: *права человека, процессуальные гарантии, уголовно–процессуальная политика, принципы уголовного процесса, состязательность, процессуальная форма, примирение.*

Происходящие в последнее время в России реформы, попытки построения гражданского общества, формирование правового государства обуславливают создание новой системы ценностей и влекут кардинальное изменение различных институтов правовой системы. Такие преобразования в сфере уголовного судопроизводства должны соответствовать Конституции РФ (согласно которой человек, его права и свободы являются высшей ценностью), а также мировым стандартам в сфере защиты прав личности. Появление нового подхода к трактовке поставленных перед отечественным уголовным судопроизводством задач и предоставление его участникам гарантий защиты прав и законных интересов связано с принятием в 1991 году Верховным Советом РСФСР «Концепции судебной реформы в Российской Федерации»¹, основные положения которой были законодательно закреплены в Конституции Российской Федерации 1993 года и Уголовно–процессуальном кодексе Российской Федерации

* Канд. юрид. наук, доцент, декан юридического факультета, зав. кафедрой уголовного права и процесса Ивановского государственного университета.

1 О Концепции судебной реформы в РСФСР: Постановление Верховного Совета РСФСР № 1801–1 от 24 октября 1991 года // Ведомости СНД и ВС РСФСР. № 44 от 31 октября 1991 года. Ст. 1435.

2001 года². Вектор реформирования отечественного уголовного судопроизводства направлен в сторону отказа от репрессивного процесса. Между тем преступность в России находится на достаточно высоком уровне, и власть не может ее не замечать, не реагировать на нее. Поэтому самое простое, но тем не менее весьма емкое определение уголовной политики таково: это отношение власти к преступности³. Причем, «отношение общества и государственной власти к преступлениям, степень его тождественности или расхождения есть одно из свидетельств целостности государства, его интегрированности, его нравственного здоровья»⁴.

Эффективное противодействие преступности возможно только при наличии детально разработанной уголовной политики, которая является одной из составных частей государственно-правовой политики и определяет основные направления, цели и средства воздействия на преступность. Она должна содержать объединяющую идею и служить общечеловеческим ценностям. Связь политики и права очевидна, «поскольку в основе их социального происхождения находится единый материальный базис и направлены они на регулирование интересов и поведения людей в обществе»⁵. Общим для государственной политики и права является то, что они формируются в соответствии с господствующим политическим сознанием, которое складывается на основе политической идеологии господствующих политических сил, находящихся у власти⁶. Правовая политика представляет собой набор мер и действий, которые позволяют отвечать на проблемы и вызовы юридической жизни общества⁷.

Уголовная политика как явление возникла вместе с государством и преступностью. Первые попытки ее научного анализа были предприняты еще в глубокой древности. В науке до сих пор не установлено, кто первым употребил термин «уголовная политика». Тем не менее крупнейший отечественный исследователь в этой области М. П. Чубинский отмечает, что уже в 1804 году П. Фейербах говорит об уголовной политике как существующем понятии⁸. Однако и по сей день не выработано единого подхода к нему, что связано с различным пониманием объемов и границ этого явления. Одни авторы включают в понятие уголовно-правовой политики уголовно-исполнительную, уголовно-процессуальную и криминологическую; другие считают, что это

2 Далее — УПК РФ.

3 См.: Александров А. И. Современная уголовная политика России: понятие, структура, содержание // Правоведение №3. 2012. №3. С.175.

4 Поздняков Э.А. Философия преступления. М., 2001. С.557.

5 Ляхов Ю.А. Новая уголовно-процессуальная политика. Ростов н/Д, 1992. С.6.

6 См.: Правовая политика и правовая культура в современной России (Обзор материалов «круглого стола») // Государство и право. 2013. №8. С.106.

7 См.: Малько А.В. Правовая политика: понятие, принципы, виды // Правовая политика: учебн. пособ. / под. ред. А.В. Малько, Р.В. Пузикова. Тамбов, 2012. С.10.

8 См.: Чубинский М.П. Курс уголовной политики. Ярославль, 1909. С. 2–3.

самостоятельные части внутригосударственной политики⁹. А.И. Александров еще более детально структурирует содержание уголовной политики, выделяя такие ее элементы, как уголовно–правовая, уголовно–превентивная, уголовно–розыскная, уголовно–процессуальная, уголовно–исполнительная и уголовно–организационная политика¹⁰. М.Ю. Воронин предлагает свою классификацию существующих взглядов ученых на определение уголовной политики. Он выделяет: а) подход, в соответствии с которым уголовная политика включает в себя всю совокупность мер уголовно–правового воздействия на преступность; б) подход, согласно которому уголовная политика связана с социальной профилактикой преступности, воздействием на ее детерминанты и применением уголовно–правовых мер; в) широкий спектр мер, начиная от уголовно–правовых и заканчивая мерами социального развития¹¹.

Таким образом, в юридической науке много внимания уделяется уголовной политике как в узком, так и в широком смыслах этого понятия. Об уголовно–процессуальной же политике говорится в основном как о составной части уголовной политики в широком понимании, когда имеется в виду реализация норм уголовного права. Уголовно–процессуальная политика как самостоятельная разновидность правовой политики государства по–прежнему остается недостаточно изученным явлением. Проблемы влияния уголовно–процессуальной политики государства на формирование уголовно–процессуального законодательства и практики производства по уголовным делам остаются в нашей стране незаслуженно обделенными вниманием. Причины этого, по мнению З.З. Зинатуллина, кроются в том, что в 90–е годы XX века в условиях коренных преобразований в России все пресытились политикой и даже к использованию этого слова в правовой науке стали относиться настороженно¹². На наш взгляд, сущность уголовно–процессуальной политики государства заключается в представлении о должной организации уголовного процесса и желании реализовать это представление. Она отражает отношение власти к расследованию преступлений и разрешению уголовных дел. Власть определяет, на каких принципах будет строиться уголовный процесс, каким образом должны устанавливаться обстоятельства преступления, каков порядок привлечения лица к уголовной ответственности, каковы возможные меры процессуального принуждения, в каком порядке виновному лицу назначается наказание, а невиновное — реоби-

9 См.: Лопашенко Н.А. Основы уголовно–правового воздействия: уголовное право, уголовный закон, уголовно–правовая политика. СПб, 2004. С.263.

10 См.: Александров А.И. Современная уголовная политика России: понятие, структура, содержание. С.179.

11 См.: Воронин М.Ю. Уголовная политика: понятие, история возникновения и развития. М., 2000. С.265.

12 См. Зинатуллин З.З. Вновь о направлениях и некоторых вопросах методологии исследований в сфере уголовно–процессуальной науки // Вестник Оренбургского государственного университета. 2006. № 4. С.161.

лится и т.д.¹³ Формами воплощения уголовно–процессуальной политики в жизнь являются формирование уголовно–процессуального законодательства и практика его реализации. С.С. Босхолов полагает, что уголовная политика может проявляться через: а) государственную доктрину борьбы с преступностью, выраженную в соответствующих директивных актах (законах, указах Президента, постановлениях правительства); б) научную теорию и синтез соответствующих политических, социологических и правовых знаний; в) особый вид социальной деятельности, направленной на активное, наступательное противодействие преступности¹⁴. Безусловно, что уголовно–процессуальная политика производна от уголовной и связана с ней множеством нитей. Уголовная политика является приоритетной по отношению к уголовно–исполнительной, уголовно–процессуальной и криминологической¹⁵. Нельзя не согласиться с Н.А. Лопашенко в том, что любая политика, входящая в государственную политику противодействия преступности, опирается на разработанные уголовно–правовой политикой понятия преступного и наказуемого, исходит из них¹⁶. Порядок деятельности государственных органов, характер прав и обязанностей участников процесса, виды процессуальных гарантий, характер применяемых в процессе мер принуждения в значительной мере определяется характером материально–правовых отношений¹⁷. В то же время следует иметь в виду, что уголовно–процессуальная политика может рассматриваться как самостоятельная сфера правовой политики. На ее определенную самостоятельность справедливо указывали Н.С. Алексеев, В.Г. Даев, Л.Д. Кокорев: «Неразрывная связь уголовно–правовой и уголовно–процессуальной политики в целом не вызывает сомнений, поскольку материальное уголовное право не может быть реализовано вне процесса, а процесс существует для правильной реализации материального права. Однако наличие собственного содержания у каждой отрасли требует конкретизации содержания политики, осуществляемой при помощи каждого конкретного вида правового регулирования»¹⁸. По своей сути уголовное и уголовно–процессуальное право — это родственные отрасли права, т.к. конечным результатом любой процессуальной деятельности является установление характера материально–правовых отношений.

13 См.: Александров А.И. Уголовно–процессуальная политика Российской Федерации на современном этапе: понятие и основные направления // Ученые записки Санкт–Петербургского им. В.Б. Бобкова филиала Российской таможенной академии. 2010. № 2(36). С.11.

14 См.: Босхолов С.С. Основы уголовной политики: конституционный, криминологический, уголовно–правовой и информационный аспекты. М., 1999. С.32.

15 См.: Епифанова Е.В. Уголовно–правовая политика // Правовая политика: уч. пособ. / под ред. А.В. Малько, Р.В. Пузикова. Тамбов. 2012. С.339.

16 См.: Лопашенко Н.А. Указ. соч. С. 268.

17 См.: Даев В.Г. Взаимосвязь процессуальной формы с материальным правом. Развитие и совершенствование уголовно–процессуальной формы. Воронеж, 1979. С.45–52.

18 Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж, 1980. С.15.

В этой связи интересен подход А.Э. Жалинского к тому потенциалу, который содержит в себе состязательная конструкция судопроизводства, а также к тем возможностям, которые создает УПК РФ для развития уголовно-правовых средств защиты от обвинения. Его нормы в сочетании с социальной потребностью совершенствования уголовно-правовой практики актуализируют проблему введения понятий материального обвинения и материальной защиты. Признание этих институтов должно соответствовать состязательности процесса. Материальное обвинение реализуется в структуре отношений уголовной ответственности; уголовно-процессуальное — в структуре уголовного судопроизводства. Однако оба вида обвинения постоянно воздействуют друг на друга¹⁹. Таким образом, автор приходит к выводу о необходимости введения материальной состязательности в уголовном праве России, что детерминировано состязательностью уголовно-процессуальной.

Подобно тому, как уголовно-правовые отношения могут быть реализованы только через уголовно-процессуальные, уголовно-процессуальная политика вырабатывает формы реализации уголовно-правовой политики на основе учета закономерных различий в предметах уголовно-правового и уголовно-процессуального регулирования.

Отметим, что некоторые процессуалисты полагают, что принципы уголовного процесса являются наиболее адекватными показателями уголовно-процессуальной политики государства, поскольку именно в них закрепляется идейно-властное выражение воли руководства страны, посредством которого формируется эта политика²⁰. Все принципы, перечисленные во второй главе УПК РФ могут быть качественной основой для функционирования отечественной системы уголовной и уголовно-процессуальной политики²¹.

В настоящее время в России принцип состязательности определяет общую модель уголовного судопроизводства (ст. 123 Конституции РФ, ст.15 УПК РФ). Она построена на признании высшей социальной ценностью соблюдения должной правовой процедуры, приоритете прав и свобод человека, в силу чего осуждение невиновного считается более опасным для общества, чем оставление безнаказанным виновного. Организация уголовного процесса в строгом соответствии с принципом состязательности приобретает особую значимость в контексте построения гражданского общества, важнейшей задачей которого

19 См.: Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2009 // СПС КонсультантПлюс.

20 См.: Челохсаев О.З. Современная уголовно-процессуальная политика: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С.6-7; Кондрат И.Н. Уголовная политика государства и нормативное правовое регулирование уголовно-процессуальных отношений. М., 2014. С.43.

21 См.: Титенко Ю.А. Принципы, виды и механизм реализации российской правовой политики: общетеоретический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2007. С.10.

является защита прав и свобод человека и гражданина. Эта основная идея в первую очередь касается норм уголовного и уголовно–процессуального права, поскольку именно они наиболее существенно затрагивают гарантированные на конституционном и международном уровне права и свободы. На протяжении многих десятилетий XX века уголовная политика России носила преимущественно репрессивный характер. Наша страна в течение длительного периода находилась на одном из первых мест в мире по численности заключенных. Однако, как показывает практика, жестокое наказание не перевоспитывает, а, наоборот, озлобляет человека. Необходимость законодательного закрепления приоритета прав человека стала важным фактором реформирования как уголовного, так и уголовно–процессуального законодательства. Введение состязательной модели судопроизводства в Российской Федерации свидетельствует о приверженности нашего государства ценностям гуманизма и фундаментальных прав и свобод человека. Конкретное содержание отношения «государство — личность» в сфере уголовного судопроизводства проявляется, с одной стороны, в исторической форме уголовного процесса, сущностным признаком которой является соотношение процессуальных статусов органов уголовного преследования и обвиняемого, защитника, а с другой стороны, в сочетании в нем публичных и диспозитивных начал²². Существует неразрывная связь уголовной политики с общей конструкцией уголовно–процессуальной формы, обусловленной политическими, экономическими, историческими и культурными причинами. Поэтому призывы к расширению уголовной ответственности и усилению наказания не гармонируют с такими направлениями современной уголовно–процессуальной политики Российской Федерации, как гуманизация уголовного процесса, повышение защищенности личности, демократизация уголовно–процессуальных мер борьбы с преступностью, строжайшее соблюдение законности²³. Представляется, что состязательно организованный процесс создает определенные условия для развития уголовно–правовых средств защиты от обвинения, усиливает возможности уголовного закона и приводит его в соответствие с реальными социальными потребностями, главной из которых является обеспечение жизни человека и самореализации его личности.

Концепция современного уголовного процесса России заключается в том, что его назначение реализуется в процессуальной форме, которая, с одной стороны, способствует установлению обстоятельств дела, а с другой, — обеспечивает соблюдение прав и законных интересов граждан. Она воплощает в себе многовековой отечественный и зарубежный опыт борьбы с преступностью, отражает гносеологические и психологические закономерности и достижения общественной практики, включает в себя выработанные наукой и практикой

22 См.: Шестакова С.Д. Состязательность уголовного процесса. СПб., 2001. С.117–118.

23 См.: Новиков С.А. Институт показаний в свете современной уголовно–процессуальной политики России: тенденции развития и актуальные проблемы // Правоведение. 2013. №2. С.201.

наиболее эффективные и вместе с тем демократические, гуманные средства и способы установления объективных обстоятельств в деле и наказания виновных. Она призвана обеспечить оптимальные условия для достижения целей правосудия. Уголовное преследование возможно только в процессуальной форме. Это лучшее, чего достигло человечество в данной сфере²⁴.

Одно из концептуальных положений, предопределившее состязательную форму уголовного процесса, выражено в ст.6 УПК РФ. Назначение уголовного судопроизводства в том, чтобы служить защите прав и свобод человека и гражданина, а не быть политическим орудием, средством борьбы с преступностью²⁵. Любая деятельность государства имеет смысл лишь тогда, когда направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. Провозгласив приоритет личности, Конституция РФ придала ее интересам статус публичных. «Сущность уголовно–процессуального права двуединая, но по сравнению с уголовным правом преимущественное значение имеет та сторона этой двуединой сущности, которая гарантирует свободу граждан от злоупотребления государством своей репрессивной властью»²⁶. Уголовно–процессуальная политика должна соответствовать провозглашенному назначению уголовного судопроизводства. Учитывая рост преступности и ущерб от нее, важно вести речь не о борьбе с преступностью, а о ее удержании на социально терпимом уровне²⁷. Традиционно одним из жизненно важных вопросов уголовно–процессуальной политики является обоснованность, характер и степень процессуального воздействия государственных органов на правонарушителя. Во всех случаях, когда есть возможность решить задачу при минимальном ограничении прав личности, необходимо отказываться от жестоких мер. Самым главным при формировании уголовной и уголовно–процессуальной политики является вопрос применения принуждения, гарантированности прав человека и законности их ограничения, оптимизации процессуальной формы. По сути, речь должна идти о решении проблемы баланса личных, общественных и государственных интересов в сфере уголовного преследования. Достижение целей уголовного судопроизводства невозможно без надлежащих гарантий реализации прав его участников. Соблюдение разумного баланса между защитой общества от преступности и охраной прав и свобод

24 См.: Григорьев В.Н. О некоторых современных тенденциях в развитии уголовно–процессуальной формы // Уголовно–процессуальное законодательство в современных условиях: проблемы теории и практики: сб. ст. М., 2010. С.23.

25 См.: Lupinskaya P.A. Высокое политическое значение уголовного судопроизводства // Lex Russica (Научные труды Московской государственной юридической академии). М., 2008. №2. С.277–297.

26 Понятовская Т.Г. Концептуальные основы системы понятий и инструментов уголовного и уголовно–процессуального права. Ижевск, 1996. С.45.

27 См.: Смирнова И.Г. Социальная ценность российского уголовного судопроизводства: автореф. дис. ... д–ра юрид. наук. Томск, 2012. С.26.

отдельных лиц, попавших в сферу уголовного процесса, всегда представляло сложную проблему.

Уровень развития общества, социально–экономические и политические факторы в целом определяют тенденции развития уголовного процесса. С изменением общих социально–экономических ориентиров России меняется и политика. Ю.А. Ляхов отмечает, что отрыв от происходящих изменений в таком социально–политическом явлении, как политико–правовая идеология и стратегия государства, могут привести исследователей уголовно–процессуальной политики к недостаточно полным и обоснованным или даже ошибочным выводам²⁸. Формирование уголовно–процессуальной политики должно осуществляться на основе как внутригосударственных (национальных), так и международных стандартов, «под которыми понимаются правовые требования осуществления уголовного судопроизводства, основанные на общепризнанных принципах международного права, закрепленных в международно–правовых нормах (общего характера либо международных договорах, ратифицированных всеми либо большинством государств); судебных решений международных судебных органов, носящих прецедентный характер, относящихся к сфере регулирования уголовно–процессуальных отношений, а также национальных норм права»²⁹. В то же время развитие уголовного процесса в России происходит на собственной исторической основе, но с учетом международно–правового опыта. Основные заимствования, реализованные в ходе судебно–правовой реформы в нашей стране, касаются прав человека и суда: общепризнанные принципы, стандарты правосудия, суд присяжных и судебный контроль в стадии предварительного расследования. Вместе с тем существует объективная необходимость в использовании западного и своего исторического опыта реализации общих уголовно–процессуальных стратегий, тесно связанных с уголовно–процессуальной политикой современных государств: 1) защиты прав и свобод подозреваемого и обвиняемого; 2) уголовного преследования; 3) социальной поддержки обвиняемого; 4) социальной поддержки потерпевшего; 5) рациональности и эффективности уголовного судопроизводства; 6) примирения³⁰. Для России это является неизбежным, учитывая ее активную включенность в международные процессы.

28 См.: Ляхов Ю.А. Сущность и тенденции развития уголовно–процессуальной политики Российской Федерации: дис. ... докт. юрид. наук. Ростов/н/Д, 1994. С.104.

29 Пономаренков В.А. Уголовно–процессуальная правовая политика // Правовая политика: учеб. пособ. С. 464.

30 См.: Стойко Н.Г. Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико–правовое исследование англоамериканской и романо–германской правовых систем. СПб., 2006. С.240–241.

TRIBUNA DOCTORANDULUI
TRIBUNE OF THE POST-GRADUATE STUDENTS

PARTENERIATUL DINTRE UNIUNEA EUROPEANĂ ȘI STATELE MAGHREB ÎN CONTEXTUL PROVOCĂRILOR CE STAU ÎN FAȚA UNEI INTEGRĂRI REGIONALE APROFUNDATE (PARTEA I)

Abdelaziz MUKHTAR, doctorand, ULIM

Recenzent: **Natalia OSOIANU**, doctor în drept, lector superior

Maghreb is a region with a very rich development potential. Located between sub-Saharan Africa and the European Union, on the one hand, and the Eastern Mediterranean, on the other hand, the Maghreb has the advantage of having access to both the Atlantic coast and in the coastal area of the Mediterranean Sea, as well as potential routes to inland transport. It also has considerable natural and human resources, as well as the common cultural and linguistic links.

Keywords: European Union, Maghreb, partnership, integration, reforms.

Maghrebul este o regiune cu un potențial de dezvoltare foarte bogat. Situat între Africa Subsahariană și Uniunea Europeană, pe de o parte, și estul Mediteranei, pe de altă parte, Maghrebul dispune de avantajul de a avea acces atât la coasta Atlanticului, cât și la zona de coastă a Mării Mediterane, precum și la potențiale căi de transport terestre. De asemenea, dispune de resurse naturale și umane considerabile, precum și de legături culturale și lingvistice comune.

Cuvinte cheie: Uniunea Europeană, Maghreb, parteneriat, integrare, reforme.

De la bun început trebuie să remarcăm faptul, că deși Maghrebul este una din regiunile cele mai apropiate de continentul european din punct de vedere evoluțional, acesta în continuare rămâne a fi una dintre regiunile cel mai puțin integrate ale lumii. Prin urmare, potențialul său de dezvoltare a rămas, în general, blocat. Din punct de vedere economic, costul „non-Maghrebului“ a fost estimat, în mai multe ocazii, la 1-2 % din PIB.¹ Cu toate acestea, costul real al neintegrării merge dincolo de creșterea economică, incluzând securitatea și dezvoltarea umană mai vastă în regiune.

Provocările cu care se confruntă regiunea au făcut obiectul mai multor documente, printre care cele enumerate mai jos.

1 Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament — Wider Europe-Neighbourhood: A new Framework for Relations with our Eastern and Southern Neighbours, COM(2003) 104 final, Brussels, 11 Martie 2003 [online] http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/communic/wider/wider_en.pdf (consultat la 18.03.2014).

Reformele democratice

Toate țările din Maghreb trec printr-un proces de reformă politică. În sfera politică, cetățenii au așteptări mari în ceea ce privește participarea la viața publică, responsabilitatea, accesul la informații, libertatea de expresie și accesul la justiție. Societatea civilă a câștigat în importanță și este mai în măsură să își îndeplinească rolul de partener legitim al guvernării locale în crearea unor societăți mai favorabile incluziunii. Îmbunătățirea proceselor electorale a consolidat responsabilitatea în regiune. Parlamentele, la fel ca și diverse partide/mișcări politice care și-au făcut apariția pe scena politică, au potențialul de a deveni actori-cheie în acest sens. În același timp, instituțiile necesare protejării valorilor democratice, a statului de drept și a respectării drepturilor omului sunt deficitare. În acest context, sarcina de a consolida și promova reforme democratice care să respecte pe deplin normele internaționale privind drepturile omului rămâne extrem de dificilă.

Reformele socio-economice

Creșterea în Maghreb continuă să fie prea slabă pentru a absorbi fluxurile mari de populație pe piața muncii, pentru a reduce sărăcia și șomajul (situat, în 2011, între 10 % și 18 % în Algeria, Maroc și Tunisia și la peste 30 % în Mauritania). În Raportul PNUD pe 2011 privind provocările dezvoltării în lumea arabă se estimează că, chiar luând în considerare un scenariu prudent (și anume cu menținerea ratelor actuale ale șomajului și ale participării la piața muncii), țările din Maghreb trebuie să creeze 1,8 milioane de locuri de muncă până în 2015 și 7,8 milioane până în 2030.² În plus, dacă nu se va reuși să se creeze suficiente oportunități de ocupare a forței de muncă, acest lucru ar putea duce în ultimă instanță la agravarea sărăciei, în cazul în care capitalul uman reprezentat de tineret continuă să rămână neexploatat. În absența unei creșteri economice susținute și a unor politici eficiente în favoarea ocupării forței de muncă (inclusiv investiții în capitalul uman și promovarea unor condiții de muncă decente), în rândul tinerilor se vor menține niveluri ridicate de șomaj, iar sectorul informal va continua să reprezinte o proporție semnificativă a economiei reale. La rândul lor, acești factori vor continua să prezinte riscuri semnificative pentru stabilitatea socială viitoare și pentru procesul de tranziție spre democrație.

În multe dintre țările din Maghreb, creșterea în agricultură a fost afectată de probleme structurale, cum ar fi investiții limitate, disponibilitatea apei, degradarea solului, schimbările climatice și accesul dificil la serviciile de bază. Sectorul agricol se confruntă cu provocarea de a genera o producție mai mare și de o mai bună calitate, cu alte cuvinte de a spori productivitatea agricolă, de a trece la metode de producție durabile și de a îmbunătăți condițiile de trai în zonele rurale, pe baza unor strategii pe termen lung.

2 Comunicare comună către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, *Sprijinirea unei cooperări și a unei integrări regionale mai strânse în Maghreb: Algeria, Libia, Mauritania, Maroc și Tunisia*, 17 decembrie 2012, Bruxelles, Join (2012) 36 final [online] <http://ru.scribd.com/doc/228087300/Raport-General-privind-Activitatea-UE-2013> (consultat la 21.03.2014).

În prezent, potențialul de a dezvolta economii cu adevărat diversificate, pe baza emergenței unui sector privat dinamic, este departe de a fi realizat. Maghrebul nu a reușit până acum să creeze piețe de consum regionale, să exploateze economii de scară și să profite pe deplin de avantajul proximității sale față de Europa și de principalele rute maritime intercontinentale pentru a dezvolta legături de producție regionale, a deveni o verigă a lanțului valorii adăugate globale și a atrage astfel mai multe investiții. În prea multe cazuri, menținerea unor economii închise a permis câtorva întreprinderi autohtone favorizate să prospere de pe urma avantajelor rezultate din manipularea pieței sau a cadrului politic și a cimentat poziția de monopol. În plus, corupția a fost identificată drept obstacol major în calea investițiilor și a afacerilor.

În contextul dezvoltării sociale și umane, în ciuda unor importante realizări în unele domenii, în special al educației și al speranței de viață, o parte semnificativă a populației continuă să nu aibă acces la un loc de muncă adecvat, la protecție socială sau la drepturi sociale. Mai mult, în majoritatea țărilor din Maghreb, persistă diferențe sociale interne considerabile, bogăția fiind concentrată în câteva regiuni. Ca urmare, țările din Maghreb rămân țări de emigrare în principal către Europa, cu excepția Libiei. Acestea sunt, de asemenea, țări de tranzit pentru migrația ilegală spre Europa. Dezvoltarea durabilă poate fi realizată numai dacă generația tânără dispune de un nivel bun de educație și poate participa la viața socială și economică în propria țară. O populație cu un nivel bun de educație reprezintă o bază pentru stabilitate și poate contribui la dezvoltarea unei societăți democratice. Instituțiile de învățământ superior sunt actori-cheie în tranziția democratică, deoarece sunt responsabile de formarea unei noi generații de lideri și educatori. În plus, în urma primăverii arabe, chestiunea reformei politicii culturale a dobândit o importanță specială.

Amenințări globale

Problemele reprezentate de terorism și criminalitatea internațională sunt motive de îngrijorare majoră în regiune și în afara acesteia, în vecinătatea sudică extinsă, precum și în Sahel. Al-Qaida din Maghrebul Islamic (AQMI) a alcătuit o rețea de terorism în special în Maghreb și în Mali. Situația s-a deteriorat în urma conflictului din Libia, din cauza creșterii traficului de arme, persoane și droguri și a prezenței luptătorilor jihadiști care au participat la conflict, regiunea sahel-sahariană transformându-se astfel într-o zonă de instabilitate. De asemenea, conflictul a declanșat rebeliunea tuaregilor din nordul Mali, care a permis AQMI să își extindă și mai mult influența.³ Pentru a realiza obiectivele stabilite de UE în Strategia sa pentru securitate și dezvoltare în Sahel (care vizează Algeria, Mauritania, Mali și Niger, dar a cărei punere în aplicare se concentrează pe ultimele trei țări), va fi important să se colaboreze strâns cu țările din Maghreb, care sunt direct afectate de situația din zona Sahara-Sahel, și care au, în același timp, un rol activ în această zonă.

3 European Commission, Euro-Mediterranean Partnership, Regional Co-operation: An overview of programmes and projects, EuropeAid [online] http://ec.europa.eu/europeaid/where/neighbourhood/regional-cooperation/documents/infonotes_enpisouth_regional_cooperation_en.pdf (consultat la 23.03.2014).

Mediul și schimbările climatice

Maghrebul este o zonă care se confruntă cu numeroase provocări în domeniul mediului și al exploatarea resurselor naturale. Sunt necesare acțiuni naționale și regionale pentru a rezolva aspectele legate de mediu, inclusiv în ceea ce privește aerul, apa, mediul marin, solul și biodiversitatea. Țările din Maghreb sunt, de asemenea, foarte vulnerabile și se confruntă deja cu consecințele schimbărilor climatice, care ar putea avea efecte grave asupra principalelor sectoare ale economiei (de exemplu agricultura, turismul, prețurile la alimente). În același timp, regiunea oferă oportunități unice de a evolua spre o dezvoltare cu emisii reduse de carbon, în special punând un accent sporit pe energia regenerabilă și eficiența energetică, inclusiv prin proiecte și politici transfrontaliere. Acest lucru ar contribui totodată la crearea de locuri de muncă și la atragerea de investiții în regiune.

UE este hotărâtă să își aprofundeze relațiile bilaterale cu țările din Maghreb. În același timp, consideră că diferitele organizații și structuri regionale deja existente trebuie redinamizate pentru a răspunde provocărilor comune. UE este pregătită să își intensifice sprijinul, să dezvolte sinergii și să amelioreze coordonarea cu inițiativele existente la nivel bilateral.

Viitorul summit propus al Uniunii Maghrebului Arab (UMA) va fi un eveniment important, care va da un nou impuls integrării Maghrebului. Comisia Europeană și Înaltul Reprezentant salută dialogul purtat până în prezent cu UMA și se angajează să îl intensifice și să abordeze noi domenii de cooperare, pornind în special de la activitățile tehnice deja întreprinse cu UMA.

Anumite cadre internaționale pot fi utilizate pentru a facilita o cooperare sporită și îmbunătățită între țările din Maghreb, precum și cu vecinii acestora din nord și sud. Uniunea pentru Mediterana (UpM) își poate utiliza flexibilitatea pentru a promova proiecte de cooperare subregionale în favoarea țărilor din Maghreb. Grupul celor cinci țări ale UE din sudul Mediteranei și al țărilor din Maghreb (așa-numitul „5+5” — Forumul Mediteranei de Vest este alcătuit din Algeria, Franța, Italia, Libia, Malta, Mauritania, Maroc, Portugalia, Spania și Tunisia) este valoros, deoarece asigură cooperarea dintre țările în cauză, pe baza intereselor și a obiectivelor comune, a căror realizare poate fi susținută, în anumite cazuri, de UE, de exemplu prin finanțarea studiilor de fezabilitate sau pregătirea proiectelor.⁴ Inițiativa „pays du champ” (Algeria, Mali, Mauritania, Niger), menită să abordeze chestiunea Sahara-Sahel, în paralel cu strategia UE pentru Sahel, oferă, de asemenea, cadre pentru o colaborare strânsă cu Maghrebul.

De asemenea, trebuie luată în considerare dimensiunea continentală a Africii: regiunea Maghreb va continua să fie asociată inițiativelor transregionale și continentale în cadrul Strategiei comune Africa-UE, în special cu sprijinul programului panafrican, în momentul instituirii acestuia.

4 Daoud Kamel. La lente agonie de l'Union du Maghreb arabe. Slate Afrique, 26/09/2011 [online] <http://www.slateafrique.com/40821/cooperation-regionalele-maghreb-arabe-etait-voeu-pieu> (consultat la 19.03.2014).

De beneficiile unei integrări mai strânse în Maghreb ar profita nu numai cetățenii celor cinci țări în cauză, ci și vecinii acestora, inclusiv Uniunea Europeană. Pentru UE, dezvoltarea unei zone de stabilitate și prosperitate în Maghreb, fondată pe răspunderea democratică și statul de drept, este un obiectiv esențial al relațiilor noastre bilaterale și poate fi intensificată numai printr-o abordare regională. Pentru ambele coaste ale Mediteranei, nu există decât beneficii de pe urma unei mai mari stabilități, a unor piețe mai integrate, a contactelor interpersonale mai strânse și a unor schimburi intelectuale, economice și de culturale aprofundate.

În acest context, UE ar putea sprijini o serie de inițiative în domeniile enumerate mai jos, mobilizând o serie de instrumente, de la dialog politic consolidat până la asistență tehnică și proiecte specifice.

A. Reformele democratice

UE sprijină deja reformele democratice în statele din Maghreb, luând în considerare evoluțiile specifice fiecărei țări în cauză. Pe lângă aceste acțiuni, UE poate:

- sprijini inițiative regionale și subregionale menite să consolideze organizațiile și rețelele societății civile în scopul promovării unui angajament mai profund în guvernanta democratică, responsabilitate și dialog politic. Acest lucru poate fi realizat prin mobilizarea Instrumentului european de vecinătate și parteneriat, inclusiv a Facilității pentru societatea civilă a țărilor din vecinătatea de sud, a Instrumentului european pentru democrație și drepturile omului și a programului „Actorii nestatali și autoritățile locale”. De asemenea, se pot organiza și sprijini inițiative subregionale, cum ar fi Forumul social din Maghreb, Forumul sindical din Maghreb, rețelele societății civile etc.;
- sprijini o cooperare și schimburi intensificate între parlamentele țărilor din Maghreb și cele din statele membre ale UE și Parlamentul European;
- sprijini în continuare eforturile țărilor partenere din Maghreb de a-și moderniza sistemele judiciare, inclusiv îmbunătățirea accesului la justiție, independența sistemului judiciar și respectarea statului de drept;
- consolida capacitatea instituțională a autorităților locale din cadrul guvernanței locale, a factorilor de decizie și a celor care prestează servicii în special în ceea ce privește transparența, reformele descentralizate și furnizarea de servicii de calitate către populație, prin cooperare *inter pares* cu autoritățile locale din UE;
- lansa un nou program pentru a consolida rolul mediei și al culturii în Maghreb ca vectori ai democratizării, ai promovării libertății de expresie și ai soluționării conflictelor. Printre alte activități, acest program va promova cooperarea *inter pares* la nivel subregional, pentru a sprijini procesul de transformare a mediei controlate de stat într-o medie a serviciului public.

B. Amenințări globale

Țările din Maghreb au responsabilitatea primară în lupta împotriva terorismului și a traficului de diferite tipuri. Succesul în acest domeniu depinde de o strânsă

coordonare și, prin urmare, UE sprijină toate eforturile pentru a promova o cooperare mai puternică între toate țările din Maghreb în acest sens. Conflicte vechi și nerezolvate, precum și tensiuni continue rezultate din conflicte mai recente, reprezintă alte potențiale amenințări la adresa securității și împiedică o integrare mai aprofundată. Din perspectiva UE, instabilitatea în regiunea Sahara/Sahel poate constitui o amenințare și la adresa propriei securități și, în consecință, UE trebuie să își aprofundeze, la rândul său, dialogul prin intensificarea eforturilor de cooperare cu țările din regiune. În plus, trebuie intensificate eforturile de reducere a traficului ilegal de substanțe chimice, biologice, radioactive și nucleare (CBRN).

În acest context, UE poate:

- stabili contacte periodice între personalul militar al UE, Centrul de analiză a informațiilor al Uniunii Europene, Europol și autoritățile competente ale țărilor din Maghreb, în scopul de a asigura un schimb mai eficace de informații;
- după caz, acorda consultanță tehnică autorităților competente ale țărilor din Maghreb și structurilor active în lupta împotriva terorismului și a traficului;
- participa la activități vizând securitatea în cadrul „5+5”, precum și sprijini dezvoltarea acestora, în special când acestea se referă la activități civile și militare care contribuie la gestionarea frontierelor aeriene, maritime și terestre;
- sprijini sistemul judiciar, școlile/centrele de formare polițienească și militară din statele din Maghreb la elaborarea programelor de formare deschise participanților regionali și africani, prin furnizarea de consiliere tehnică, după caz;
- sprijini măsurile de dezvoltare a capacităților, schimburile tehnice și schimbul de bune practici cu UE pentru a analiza condițiile care determină propagarea terorismului și încurajează rezistența societală față de instigarea, recrutarea și radicalizarea violentă, în special în rândul tineretului;
- intensifica eforturile în cadrul inițiativei privind centrele de excelență din UE în domeniul reducerii riscurilor CBRN;
- conform comunicărilor comune din 2011, sprijini eforturile de soluționare a conflictelor și de reconciliere, în special prin măsuri de consolidare a încrederii, în cazul în care UE este invitată să facă acest lucru de către părțile în cauză.⁵

C. Sprijinirea dezvoltării economice favorabile incluziunii

Problemele structurale reprezentate de o rată ridicată a șomajului, de nivelul scăzut al instituțiilor de învățământ, formare și a celor responsabile cu piața muncii, de un sector privat nedezvoltat și de niveluri scăzute de integrare economică și comercială sunt interconectate. În absența unui sector privat competitiv, vor fi

5 Comunicare comună către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, *Sprijinirea unei cooperări și a unei integrări regionale mai strânse în Maghreb: Algeria, Libia, Mauritania, Maroc și Tunisia*, 17 decembrie 2012, Bruxelles, Join (2012) 36 final [online] <http://ru.scribd.com/doc/228087300/Raport-General-privind-Activitatea-UE-2013> (consultat la 21.03.2014).

create puține locuri de muncă decente. Dacă nu se depun eforturi de reformare a politicilor în materie de educație și ocupare a forței de muncă, sectorul privat nu va fi în măsură să se dezvolte, iar în absența unor economii deschise și integrate, concurența va rămâne limitată, piețele neexploatate și investițiile necesare creării de locuri de muncă nu vor fi realizate.

Provocarea reprezentată de locurile de muncă

Educația și formarea sunt esențiale în contextul creării de locuri de muncă și al capacității de inserție profesională. În Maghreb, sistemele naționale de învățământ trebuie să pună un accent mai mare pe capacitatea de inserție profesională, promovând în special o educație și o formare profesională (EFP) de mai mare calitate și pe valorificarea în mai mare măsură a acestor oportunități. În același timp, procesul de modernizare a sistemelor de învățământ superior trebuie să continue, axându-se pe îmbunătățirea calității și relevanței acestora pentru nevoile de pe piața forței de muncă. În paralel, măsurile privind piața muncii bazate pe cerere ar trebui completate de un dialog social eficient.⁶

Politicile naționale de educație și de ocupare a forței de muncă pot fi completate în mod util prin inițiative regionale. În acest context, UE poate:

- sprijini crearea de rețele la nivelul Maghrebului între partenerii relevanți în domeniul educației/ocupării forței de muncă (instituțiile de învățământ și partenerii sociali);
- contribui la consolidarea schimburilor tehnice privind EFP și aspectele legate de ocuparea forței de muncă în regiunea Maghreb, inclusiv între serviciile publice de ocupare a forței de muncă;
- analiza posibilitatea de a efectua schimburi tehnice la nivelul Maghrebului privind anumite teme în contextul cadrului de acțiuni de la Marrakesh, vizând ocuparea forței de muncă, capacitatea de inserție profesională și munca decentă;
- sprijini în continuare modernizarea sistemelor de învățământ superior din țările din Maghreb prin programele Tempus, Erasmus MUNDUS și programele care le succed.

Aceste instrumente vor continua să fie utilizate pentru a promova convergența voluntară a sistemelor de învățământ superior din țările partenere cu evoluția sistemelor din UE în contextul procesului de la Bologna.

Reprezentanții sectorului privat din Maghreb au identificat drept cerințe esențiale pentru dezvoltarea sectorului privat următoarele elemente: dezvoltarea competențelor, calitatea producției, accesul la finanțare, accesul la piețe (atât în cadrul regiunii, cât și în afara acesteia), dezvoltarea rurală și dezvoltarea sectorului agroalimentar și, mai ales, transparența reglementării și securitatea juridică.

6 European Commission, Euro-Mediterranean Partnership, Regional Co-operation: An overview of programmes and projects, EuropeAid [online] http://ec.europa.eu/europeaid/where/neighbourhood/regional-cooperation/documents/infonotes_enpisouth_regional_cooperation_en.pdf (consultat la 23.03.2014).

Guvernele trebuie să creeze un climat propice antreprenoriatului, inovării și dezvoltării IMM-urilor, să garanteze condiții de concurență echitabile pentru toți operatorii și să reducă ineficacitatea și corupția în cadrul administrației publice. În acest sens, un acces echitabil și simplu la piața achizițiilor publice prezintă o importanță deosebită. Rețelele de antreprenori, camerele de comerț și alte părți interesate pot oferi oportunități de sprijin reciproc, dar și mecanisme pentru a identifica clienții și furnizorii. Un domeniu care merită o atenție deosebită este promovarea spiritului antreprenorial al femeilor.

Țările din Maghreb vor fi partenerii principali ai UE în noul Program-cadru de cercetare „Orizont 2020”, în cazul căruia cooperarea internațională este deosebit de importantă.⁷ Aceste țări vor fi implicate în elaborarea Agendei comune de cercetare și inovare între UE și țările mediteraneene partenere. Țările din Maghreb vor institui parteneriate cu UE prin dialoguri în materie de politică științifică, prin inițiative comune de cercetare pentru a face față unor provocări societale comune legate de apă, securitatea alimentară, sănătate, mediu, energie, precum și prin dezvoltarea capacităților de cercetare și inovare.

Pe baza măsurilor de asistență pe care le acordă în prezent în regiune pentru sprijinirea dezvoltării sectorului privat, UE poate:

- sprijini crearea de rețele între oameni de afaceri din Maghreb, inclusiv prin intermediul asociațiilor lor naționale și prin organizarea de evenimente;
- sprijini crearea unei rețele care să ofere consiliere întreprinderilor din Maghreb care intenționează să investească în alte țări din Maghreb (dezvoltarea planurilor de afaceri, cunoștințe privind legislația locală etc.);
- furniza sprijin tehnic băncilor din Maghreb care doresc să își extindă activitatea în întreaga regiune (de exemplu, sistemele de plată);
- sprijini țările partenere, prin intermediul noului Program European pentru Agricultură și Dezvoltare Rurală (ENPARD), în adoptarea unor politici pentru o creștere mai solidă și mai favorabilă incluziunii în zonele rurale și în sectorul agroalimentar;⁸
- promova antreprenoriatul feminin, inclusiv prin mentorat, facilitarea accesului la finanțare și sprijinirea asistenței publice pentru întreprinderile nou-înființate;
- furniza formare la locul de muncă și îndrumare în cadrul întreprinderilor mici și mijlocii (IMM) în alte țări partenere, adresate tinerilor profesioniști/noilor antreprenori care intenționează să își înființeze o societate, pentru a facilita crearea de noi întreprinderi și dezvoltarea reușită a ideilor de afaceri, pentru a consolida capacitatea furnizorilor de servicii de sprijin al întreprinderilor;
- în urma deciziei de majorare a capacității de creditare a Băncii Europene de Investiții, a Băncii Europene pentru Reconstrucție și Dezvoltare și a altor instituții financiare europene, ar putea fi disponibilă o asistență supliment-

7 Idem.

8 Idem.

tară pentru a sprijini dezvoltarea IMM-urilor. Mai ales în acest domeniu, ar putea fi avută în vedere cooperarea cu viitoarea Bancă pentru Dezvoltare a Maghrebului;

- extinde Rețeaua întreprinderilor europene, care este deja prezentă în regiune, la țările partenere care nu sunt încă acoperite de aceasta și integra grupări și alte rețele de întreprinderi în platformele europene de colaborare.

Cultura are o contribuție deosebit de importantă la dezvoltarea umană, socială și economică durabilă.

În regiunea Maghreb, UE poate sprijini dezvoltarea sectorului cultural ca vector pentru o dezvoltare durabilă a regiunii, prin încurajarea reformei politicii culturale și consolidarea capacității factorilor de decizie din domeniul culturii, precum și prin susținerea promovării investițiilor, a sectorului privat și a dezvoltării capacităților antreprenoriale ale operatorilor culturali, în special la nivelul Maghrebului.

Schimburile comerciale

O mai mare integrare comercială regională între țările din Maghreb, însoțită de instituirea unor zone de liber schimb aprofundate și cuprinzătoare între partenerii din Maghreb și UE, ar fi avantajoasă pentru ambele părți. Întreprinderile și investitorii din UE ar putea beneficia de pe urma unei mai mari dezvoltări și integrări de piață, fapt care nu numai că le-ar oferi acces la piețe de export mai vaste, dar ar integra totodată regiunea în rețelele de producție ale acestora. Eliminarea barierelor existente în calea schimburilor comerciale, deschiderea frontierelor (inclusiv a frontierei dintre Algeria și Maroc) și integrarea regiunii în lanțurile de aprovizionare și rețelele de producție mondiale ar putea genera un potențial economic considerabil. Astfel de evoluții depind însă de voința politică a țărilor partenere.

Pentru a încuraja o mai mare integrare comercială și economică în Maghreb, UE și-a axat sprijinul pe integrarea comercială diversificată și sporită sud-sud, precum și pe promovarea investițiilor. La nivel bilateral, până în prezent UE și-a concentrat eforturile asupra țărilor care nu au aderat încă la OMC (Algeria și Libia) și asupra instituirii unor zone de liber schimb aprofundate și cuprinzătoare (Maroc și Tunisia).⁹ În sfârșit, crearea unei rețele de astfel de acorduri între UE și Maghreb, precum și între partenerii din Maghreb, ar contribui la realizarea proiectului unei comunități economice între UE și partenerii săi din cadrul PEV.

Pe baza relațiilor comerciale existente între UE și țările din Maghreb, UE poate:

- sprijini în continuare dezvoltarea legăturilor de producție regionale prin exploatarea posibilităților cumulului de origine și sensibilizarea în acest sens a membrilor zonei paneuromediteraneene, pe lângă promovarea viitoarelor norme adaptate exportatorilor (care au o importanță deosebită pentru indus-

9 European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, European Neighbourhood Policy: Economic Review of EU Neighbour Countries, European Economy [online] http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication13087_en.pdf39 (consultat la 23.03.2014).

tria textilă, dar sunt relevante și pentru industriile cu valoare adăugată mai mare);

- furniza în continuare sprijin și expertiză tehnică pentru a însoți procesul de integrare comercială și economică în cadrul Uniunii Maghrebului Arab (UMA) și a Acordului de la Agadir;¹⁰
- sprijini inițiativele partenerilor din Maghreb pentru a sensibiliza opinia publică referitor la condițiile aplicabile schimburilor comerciale și investițiilor, de exemplu prin intermediul Mecanismului euro-mediteraneean de facilitare a schimburilor comerciale și a investițiilor, pentru a reduce barierele netaarifare în calea comerțului și pentru a îmbunătăți și actualiza procedurile și infrastructurile vamale în scopul promovării comerțului interregional;
- facilita comerțul cu produse industriale prin finalizarea pregătirilor pentru lansarea negocierilor referitoare la un acord privind evaluarea conformității și acceptarea cu fiecare dintre țările din Maghreb;
- consolida cooperarea cu comunitatea de afaceri din Maghreb pentru a permite întreprinderilor să își facă mai bine cunoscute interesele și preocupările în ceea ce privește comerțul și inițiativele de investiție în regiune. Instituirea unui forum al întreprinderilor UE-Maghreb ar putea reprezenta un prim pas în acest sens (*va urma*).

10 Idem.

PRINCIPIILE CARE GUVERNEAZĂ ACTIVITATEA DE URBANISM ÎN CADRUL ADMINISTRAȚIEI PUBLICE

Dumitru Munteanu, doctorand, ULIM

Recenzent: **Victor POPA**, doctor habilitat, profesor universitar

Urbanism is governed by numerous principles. These principles are related to his special nature and contribute to his individualization between other domains. By studying the regulations we can detach some rules that import the whole domain. The principles of urbanism are mostly the same as the principles of public local administration where decentralization and local autonomy are very important concepts.

Keywords: urbanity principles, urbanism, public administration, urbanism plan, urban development, local autonomy, decentralization.

Urbanismului este guvernat de o serie de principii, care decurg din natura sa specială și contribuie la individualizarea lui în raport cu celelalte domenii de reglementare. Analiza ansamblului reglementărilor existente, permite desprinderea anumitor reguli orientative pentru întreg domeniul. Principiile urbanismului se identifică în mare parte cu principiile administrației publice, descentralizarea și autonomia locală având un rol foarte important.

Cuvinte cheie: principiile urbanismului, urbanism, administrație publică, plan de urbanism, descentralizare, dezvoltare urbanistică, autonomie locală.

Urbanismului este guvernat de o serie de principii, care decurg din natura sa specială și contribuie la individualizarea lui în raport cu celelalte domenii de reglementare. Analiza ansamblului reglementărilor existente, permite desprinderea anumitor reguli orientative pentru întreg domeniul. Aceste principii vizează fondul dreptului, dar sunt, în egală măsură, și de natură instituțională.

Legea administrației publice locale¹ consacră prin articolul 2, modul de responsabilizare a Administrației Publice în circumscripțiile administrativ-teritoriale: „ea se organizează și funcționează în temeiul principiilor autonomiei locale, descentralizării și desconcentrării serviciilor publice, eligibilității și responsabilității autorităților administrative locale, legalității, cooperării și solidarității între autoritățile administrației publice precum și al consultării cetățenilor, inclusiv prin referendum în soluționarea problemelor locale de interes deosebit”. Legea 350/2001 privind amenajarea teritoriului

¹ Legea 215/2001 privind administrația publică locală, publicată în Monitorul Oficial, nr. 204 din 23.04.2001.

și urbanismul² reglementează de asemenea principiile care guvernează activitatea de amenajare a teritoriului și urbanismului acestea suprapunându-se parțial cu cele prevăzute de legea administrației publice locale. Astfel conform art. 5 activitatea de amenajare a teritoriului și de urbanism trebuie să se desfășoare cu respectarea autonomiei locale, pe baza principiului parteneriatului, transparenței, descentralizării serviciilor publice, participării populației în procesul de luare a deciziilor, precum și al dezvoltării durabile, conform cărora deciziile generației prezente trebuie să asigure dezvoltarea, fără a compromite dreptul generațiilor viitoare la existență și dezvoltare proprie.

Referitor la principiul parteneriatului, Parteneriatul ar putea fi definit ca „un acord între două sau mai multe organisme, cu scopul realizării unui obiectiv cu impact pozitiv asupra dezvoltării locale și asupra pieței locale a forței de muncă”³.

În cadrul parteneriatului local este importantă relația de asociere care se stabilește între diferiți actori ai dezvoltării locale. Fiecare dintre acești actori trebuie să cunoască foarte bine care le sunt atribuțiile, contribuțiile și modul de participare la parteneriat.

Un aspect deosebit de important în ceea ce privește succesul parteneriatului public/privat, îl constituie reprezentativitatea celor două componente. Astfel, cele două părți care dialoghează și pun în comun experiență, inovație, resurse materiale, umane și financiare, trebuie să aibă girul organizațiilor din care provin, pentru a putea să soluționeze problemele colectivităților locale. Așadar, vorbim despre caracterul deschis al parteneriatului dintre cele două sectoare (public/privat)⁴.

Așa cum am arătat anterior, ceea ce cu siguranță putem afirma în legătură cu actorii acestor parteneriate este coeziunea și colaborarea dintre ei. Chiar dacă este vorba despre entități extrem de diferite, elementul comun tuturor participanților este realizarea cu succes a proiectului în lucru.

În ceea ce privește principiul transparenței la nivelul Uniunii Europene, în vara anului 2001 a fost lansată Carta Albă asupra Guvernării Europene, document elaborat de către Comisia Europeană. Pentru asigurarea unei guvernări cât mai democratice, cartea propune cinci principii: deschidere, participare, responsabilitate, eficiență și coerență. Participarea se regăsește între aceste principii întrucât de exercițiul acesteia, de-a lungul întregului proces de elaborare a politicilor comunitare, de la concepție la implementare, depinde calitatea, relevanța și eficiența politicilor Uniunii Europene, încrederea în rezultatele finale și în instituțiile pe care le pun în practică.

În România, legislația care creează cadrul de implementare a ceea ce am putea numi „guvernare transparentă și participativă” este relativ recent adoptată. Principalele acte normative sunt: Legea nr. 544/2001⁵ privind liberul acces la informațiile

2 Legea 350/2001 privind amenajarea teritoriului și urbanismul, publicată în Monitorul Oficial, nr. 373 din 10.07.2001.

3 Matei L. Managementul dezvoltării locale, București: Ed. Economică, 2001, p. 5.

4 Idem

5 Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public, publicată în Monitorul Oficial nr. 663 din 23.10.2001.

de interes public, Legea nr. 215/2001⁶ a administrației publice locale, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 52/2003⁷ privind transparența decizională în administrația publică și Legea nr. 161/2003⁸ privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției.

Conform Legii nr. 52/2003 privind transparența decizională în administrația publică, procesul decizional are două componente majore: elaborarea actelor normative și luarea deciziilor în ședințele forurilor deliberative. Se impune a fi precizat că produsele acestui proces sunt, la rândul lor, informații de interes public, care urmează să fie transmise comunității prin intermediul mijloacelor de informare în masă.

Transparența activității administrației publice locale ca și în cadrul domeniului urbanismului și amenajării teritoriului ar trebui să constituie regula în toate etapele și procedurile (premergătoare, concomitente și ulterioare) decizionale, confidențialitatea fiind excepția care se limitează la informația stabilită prin lege datorită nevoii protejării unor interese specifice domeniului siguranței publice, prevenirii infracțiunilor, protejării monezii și a creditului, a intimității.

Lipsa transparenței, alături de alte carențe ale activității de reglementare, conduce la încrederea scăzută a societății în forța și importanța actelor normative. Absența consultărilor face ca normele să fie frecvent modificate sau înlocuite, lucru ce determină o accentuată instabilitate legislativă și nu oferă siguranța necesară cadrului legal existent în România. Aplicarea reală a principiului transparenței (care acoperă și procedurile, și garanțiile care privesc atât accesul la informații, cât și participarea la procesul de decizie) ar duce la o mai mare încredere în legi și reglementări, din moment ce ele au fost adoptate cu consultarea celor interesați.

Transparența are rolul de a preveni acțiunile care amenință integritatea publică (acte de corupție) și de a evalua performanța administrației publice locale (capacitatea administrativă).

Principiul dezvoltării durabile implică o multitudine de dimensiuni economico-sociale și juridice specifice. Constituind o resursă din ce în ce mai rară, solul și spațiul orașelor în general trebuie să fie afectate și folosite într-un mod și o rată care să nu conducă la declinul pe termen lung al generațiilor prezente și viitoare (definiția „utilizării durabile”, în anexa nr. I a Legii nr. 137/1995⁹).

Printre modalitățile de implementare a principiilor și elementelor strategice care conduc la dezvoltarea durabilă a societății se numără și corelarea planificării de mediu cu cea de amenajare a sectorului și de urbanism (art.4, lit. c) din Legea nr. 137/1995).

6 Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale, publicată în Monitorul Oficial nr. 204 din 23.04.2001.

7 Legea nr. 52/2003 privind transparența decizională în administrația publică, publicată în Monitorul Oficial nr. 70 din 03.02.2003.

8 Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, publicată în Monitorul Oficial nr. 279 din 02.04.2003.

9 publicată în Monitorul Oficial nr. 70 din 17.02.2000.

Conform art.5 lit. c) garantarea dreptului la un mediu sănătos presupune și dreptul la consultare în vederea luării deciziilor privind eliberarea acordurilor și autorizațiilor de mediu, inclusiv pentru planurile de amenajare a sectorului și de urbanism.

Consacrarea deplină și aplicarea efectivă a unui asemenea principiu presupun dezvoltări substanțiale ale legislației românești, atât la nivel de principiu, cât și în reglementarea punctuală. Indiferent însă de asemenea evoluții normative, principiul gestionării durabile a spațiului urban impune conținutul și obiectivele viitoare ale reglementărilor în domeniul urbanismului.

Gestionarea durabilă a spațiului urban se află în strânsă legătură cu dezvoltarea durabilă¹⁰ a acestuia, astfel dezvoltarea a devenit un obiectiv al fiecărei societăți. Provenit dintr-o concepție pur economică ce viza creșterea producției prin industrializare, termenul este definit azi ca un proces ce conduce la creșterea bunăstării. Activitatea economică și bunăstarea materială sunt importante, dar dezvoltarea nu se rezumă la creșterea produsului național brut. Educația, sănătatea, cultura, mediul sunt la fel de importante.

Dezvoltarea corespunde unui proces de mobilitate, de schimbare cu caracter deliberativ pentru atingerea obiectivelor economico-sociale. Dezvoltarea are două faze, una virtuală și una reală. Dezvoltarea virtuală presupune parcurgerea ciclului de creativitate ca o idee de proiect confruntarea cu unele teste de realitate și definirea suprastructurii și infrastructurii proiectului, integrarea în alte proiecte și în mediu și instituționalizarea proiectului. Dezvoltarea reală are, este sau ar trebui să fie însoțită de creștere economică și se obține din transformarea dezvoltării virtuale în dezvoltare reală, proces mijlocit de management¹¹.

Procesul de dezvoltare, într-o anumită regiune sau unitate administrativ-teritorială, care determină o creștere a calității vieții la nivel local¹² poate fi considerată o dezvoltare locală. Aceasta are ca obiectiv prosperitatea economică și bunăstarea socială prin crearea unui mediu favorabil pentru afaceri, concomitent cu integrarea în comunitate a grupurilor vulnerabile, folosirea resurselor endogene, dezvoltarea sectorului privat.

Ca definiție¹³ dezvoltarea economică locală este „procesul prin care administrația locală și / sau comunitatea, bazată pe grupuri, administrează resursele existente și intră într-un nou angajament de parteneriat fie cu sectorul privat, fie una cu cealaltă, pentru a crea noi locuri de muncă și pentru a stimula activitățile economice într-o zonă economică bine definită“. Dezvoltarea economică presupune dezvoltarea

10 Ionașcu G. Dezvoltarea și reabilitarea așezărilor umane din România, București: Tempus, 2003, p.11-12.

11 Dumitrescu M. Strategii și management strategic, București: Editura Economică, 2002, p. 96.

12 Parlăgi A. Dicționar de administrație publică, București: Editura Economică, 2004, p. 86.

13 Edward J. Blakelz, Planning Local Economic Development: Teory and Practice citat în: Morrison D. Dezvoltare economică. O modalitate strategică pentru administrația publică locală, București: ICMA, 2006, p. 22.

capacității economice regionale sau locale și formularea răspunsului la schimbările economice, tehnologice, sociale etc.

Dezvoltarea socio-economică locală reprezintă un proces de dezvoltare într-o anumită regiune sau arie geografică, care are ca efect o îmbunătățire a calității vieții la nivel local. Aceasta se referă la dezvoltarea capacității unei economii locale sau regionale de a stimula o creștere economică stabilă și prin aceasta de a crea locuri de muncă și condiții pentru valorificarea oportunităților proprii schimbărilor rapide în plan economic, tehnologic și social.

Actorii acestui tip de dezvoltare includ autoritățile și organismele administrației publice¹⁴ (de la nivel local, județean și central) responsabile de politicile sectoriale (industrie, mediu, muncă, lucrări publice, transporturi etc) reprezentanții activităților economice și ai serviciilor publice (întreprinderi, bănci, sindicate etc.) instituțiile de învățământ, organizațiile neguvernamentale, mass-media etc.

Dezvoltarea care, îndeplinind cerințele generației actuale, facilitează generațiilor viitoare îndeplinirea propriilor opțiuni, este dezvoltare durabilă. Dezvoltarea durabilă urmărește reconcilierea între două aspirații fundamentale, și anume necesitatea dezvoltării economice și sociale, dar și protecția și îmbunătățirea stării mediului¹⁵.

În concluzie conceptul de dezvoltare durabilă se referă la o formă de creștere economică ce satisface nevoile societății în termeni de bunăstare pe termen scurt, mediu și mai ales lung. Ea se fundamentează pe considerentul că dezvoltarea trebuie să vină în întâmpinarea nevoilor prezente fără să pună în pericol pe cele ale generațiilor viitoare. În termeni practici, acest lucru înseamnă crearea condițiilor pentru dezvoltarea economică pe termen lung, în același timp protejând mediul înconjurător. Dezvoltarea durabilă reprezintă o direcție de urmat, ce încearcă să echilibreze factorii de mediu, sociali și economici¹⁶.

Dezvoltarea locală diversifică și îmbogățește activitățile pe un teritoriu dat prin mobilizarea resurselor și energiilor existente în zonă. Rezultat al eforturilor unei populații, dezvoltarea locală înseamnă punerea în aplicare a unui proiect de dezvoltare economică, socială și culturală. Acestea transformă un spațiu de vecinătate într-un spațiu de într-ajutorare activă¹⁷.

Definirea conceptului de „local“ se face nu numai în legătură cu unitățile administrativ teritoriale, ci și la nivel intercomunal, interregional și chiar transfrontalier. Este necesar a se înțelege, în contextul dezvoltării regionale, locul și rolul dezvoltării locale, parteneriatul dezvoltării și tipologia relațiilor la diverse niveluri administrative. Dezvoltarea locală presupune existența unui cadru normativ-procedural, a unui parteneriat local, a unei strategii de dezvoltare locală și a unor resurse.

14 Matei L., Dincă D. Participarea cetățenească în luarea deciziei. Manual de instruire, București: USAID-RTI, 2002, p. 165.

15 Ghiga C. Infrastructură teritorială și dezvoltare urbană. București: Uranus, 2005, p. 99

16 Moga A. Dezvoltarea durabila. Concept. În: Forum-supliment Arhitect Design, nr. 3 din 2001, p. 14.

17 Frege X. Descentralizarea. București: Humanitas, 1991, p. 57.

Conform art. 120 din Constituția României, administrația publică din unitățile administrativ-teritoriale se întemeiază pe principiul autonomiei locale și pe cel al descentralizării serviciilor publice.

Regimul bazat pe principiul descentralizării administrative este acel regim în care administrația intereselor locale este dată în grija organelor alese pe plan local de către colectivitățile locale. Acest regim este complet opus regimului centralizat.

Descentralizarea constă în delegarea responsabilităților și resurselor unor autorități infranaționale relativ independente și autonome care răspund în fața cetățenilor regiunii sau comunității și nu în fața puterii centrale.

Descentralizarea presupune: pe de o parte, conducerea activităților localităților de către autorități locale alese de colectivitățile locale și pe de altă parte, diminuarea competențelor.

Astfel, statul poate acorda județelor și comunelor anumite competențe cum ar fi: organizarea poliției, dreptul de a stabili impozite, de a recurge la măsura expropriării, de a deține bunuri și domeniul public.

Descentralizarea politică implică conferirea către cetățeni a unei puteri mai mari în procesul de luare a deciziilor, în particular acest lucru întâmplându-se prin derularea de procese democratice.

Dincolo de argumentele care susțin descentralizarea politică este de reținut următoarea afirmație: deciziile luate cu o cât mai mare participare din partea cetățenilor vor fi mai bine fundamentate și mai relevante având în vedere diferite interese care se manifestă la nivelul societății decât acelea luate numai la nivelul autorităților politice naționale. Acest concept implică faptul că alegerea reprezentanților pe circumscripții electorale prin vot permite cetățenilor să-i cunoască mai bine pe cei care îi reprezintă politic și în același timp, permite aleșilor să cunoască mai bine nevoile și aspirațiile celor care i-au ales.

Succesul descentralizării politice, în general, depinde de o serie de componente cheie: reforme constituționale sau statutare, existența pluralismului politic, întărirea corpurilor legiuitoare și a unităților politice locale. Absența unora dintre aceste aspecte poate conduce la „capturarea” sistemului electoral de elite locale care, apoi ar putea dezvolta și implementa politici și acțiuni care să-i favorizeze pe ei sau grupurile care îi susțin. De obicei, descentralizarea politică determină baza apariției și dezvoltării unor numeroase sarcini administrative la nivelul sectorului public.

Principalele avantaje ale descentralizării din punctul nostru de vedere sunt:

- constituie un mod de fragmentare și dispersare a puterii politice. Trebuie spus ca guvernele conduc instituțiile cele mai puternice din societate. Nu numai că stabilesc regulile care guvernează sistemul economic, dar guvernele, și nu numai ele, au autoritatea, capacitatea și puterea să dispună în mod legitim de bogăția, libertatea și chiar de viața individului. În fața acestei puteri este important să se stabilească și să se mențină un sistem de echilibru. Descentralizarea reprezintă cel mai bun mijloc, dacă nu unicul, pentru a realiza un asemenea echilibru. Acest echilibru al puterilor poate fi realizat prin: des-

centralizarea capacității de adoptare a deciziilor în chiar interiorul statului, prin constituirea mai multor niveluri de guvernare, fiecare având un anumit grad de independență și autonomie în raport cu cealaltă; obiectivul este de a evita o concentrare excesivă a puterii și a autorității și de a promova crearea elitelor concurente;

- servește creării unui spațiu civic suplimentar. Generând mai multe centre de putere, în mod inevitabil se creează mai mult spațiu în care organizațiile societății civile (grupuri de interese, patronatele, sindicatele, media etc.) pot să dezvolte și să găsească mijloace de subzistență. Asemenea centre ale puterii, în special atunci când beneficiază de o anumită autonomie, pot contribui la consolidarea responsabilității guvernului față de societate;
- creează oportunități pentru apariția grupărilor politice de opoziție și, mai ales, resurse pentru partidele politice de opoziție. Descentralizarea asigură partidelor politice de opoziție ocazia de a se mobiliza, de a-și concentra eforturile și de a-și câștiga puteri care decurg din exercițiul responsabilităților locale;
- creează numeroase oportunități de dezvoltare a competențelor și practicilor democratice. Numeroși observatori, începând cu Rousseau, au sugerat că guvernământul local constituie nu numai o rampă de lansare spre poziții mai înalte, dar și o experiență în domeniul negocierii și compromisului, elemente necesare unei guvernări democratice¹⁸;
- oferă mai multe opțiuni cetățenilor în căutarea unui anumit serviciu. Dacă soluția obținută la un anumit nivel nu este satisfăcătoare, cetățenii pot pune în practică strategii menite a provoca o reacție pozitivă pe lângă o altă instanță;
- posibilitatea de adaptare la diversitatea așteptărilor populare. În numeroase țări, regiunile au venituri, nevoi diferite și găzduiesc numeroase grupuri etnice, regionale și tribale. Descentralizarea permite combaterea unei anumite uniformități cu posibilitatea de a face adaptări la nivel local și de a fi într-o măsură mai mare în acord cu nevoile și interesele populației;
- creează un sentiment mai puternic de eficacitate politică în rândul cetățenilor. În general, populația tinde să reacționeze pozitiv la un guvernământ mai apropiat de ea și mai tangibil, chiar dacă politicile urmărite de guvernământ nu sunt cele mai favorabile pentru indivizi;
- oferă mai multe posibilități inițiativei economice locale. Un grad ridicat de autonomie locală, competențe extinse, inclusiv în domeniul fiscal și legislativ, sunt condițiile reușitei dezvoltării economice locale.

Principiul descentralizării cunoaște dezvoltări specifice în materie de urbanism. Astfel, descentralizarea constă în această privință în faptul că principalele documentații și premise de urbanism sunt aprobate de autoritățile publice locale după

18 Profiroiu M. Reforma administrației publice în perspectiva integrării României în Uniunea Europeană. București: Institutul European, 2006, p. 21.

cum urmează: planul urbanistic zonal, planul urbanistic de detaliu și regulamentul local de urbanism sunt elaborate și aprobate de consiliile județene sau locale, respectiv Consiliul General al Municipiului București, iar autorizațiile de construire se eliberează de către delegațiile permanente ale consiliilor județene, de primarul general al municipiului București sau de primari (conform anexei și art.4 din Legea 50/1991). În același timp, statul, administrația juridică locală nu au renunțat la toate prerogativele lor.

Pe lângă faptul că Parlamentul aprobă Planul de amenajare a teritoriului național, elaborat și avizat de Guvern, acesta din urmă adoptă și Regulamentul general de urbanism.

De asemenea, Ministerul Lucrărilor Publice și Amenajării Teritoriului avizează documentațiile de urbanism, aprobate apoi de autoritățile publice locale. În sfârșit, organele statului asigură realizarea reglementărilor juridice în domeniu.

Descentralizare teritorială se distinge de descentralizarea numită tehnică sau descentralizarea prin servicii (diferențierea se fundamentează pe distincția colectivitate teritorială / stabiliment public). Numeroși autori privesc descentralizarea prin servicii ca o tehnică de gestiune administrativă apropiată de deconcentrare¹⁹ sau ca un procedeu de gestiune a serviciilor publice deosebit de descentralizare sau deconcentrare²⁰. Această opoziție nu este întotdeauna determinantă în materie de descentralizare.

Descentralizarea răspunde unui spațiu geografic determinat, care înglobează de fapt toți administrații care se găsesc aici și permite colectivităților locale să realizeze activități diferite, încredințate prin lege pentru a administra interesele populațiilor din aceste circumscipții.

Definim descentralizarea ca fiind acel sistem potrivit căruia administrarea intereselor locale, comunale, orașenești sau județene se realizează de către autorități liber alese de către cetățenii colectivității respective. Având la dispoziție, mijloace financiare proprii și beneficiind de putere autonomă de decizie, acest sistem răspunde ideii de libertate.

Autonomia locală este o formă de exprimare a principiului descentralizării administrative. Aceasta este asociată cu stabilirea unui statut distinct al colectivităților locale, al autorităților acestora, în raport cu administrația de stat și cu autoritățile care exercită funcțiile acestuia în unitățile administrativ-teritoriale.

Acest principiu este legat de colectivitățile locale care, în Carta Europeană²¹ sunt definite, ținându-se cont de reglementările naționale, ca fiind colectivități locale de bază (comune, districte, departamente), dar și colectivități regionale, în măsura în care statele părți la aceasta convenție nu recurg la rezervele pe care Carta le permite. În continuare, prin art. 4 din Carta Europeană exercițiul autonom al puterii locale,

19 Chapus R. Droit administrative général. Paris: Montchrestien, 1988, p. 263.

20 Dugrip O., Saidj L. Les établissements publics nationaux. Paris: L.G.D.J., 1992, p. 15.

21 Carta Europeană a autonomiei locale, adoptată de Consiliul Europei la 15.10.1985, www.conventions.coe.int.

se instituie principiul subsidiarității, stipulându-se că aceste colectivități locale dispun, în cadrul legii, de întreaga competență de a lua inițiativa pentru orice chestiune care nu este exclusă din domeniul competențelor lor sau care nu este atribuită unei alte autorități, că exercițiul puterii publice trebuie, de o manieră generală, să revină acelor autorități care sunt cele mai apropiate de cetățeni și că puterile, competențele, încredințate colectivităților locale trebuie să fie în mod normal depline și întregi.

Așadar, subsidiaritatea presupune ca accentul, greutatea, în luarea deciziilor de interes public, să coboare cât mai spre nivelul de bază, să nu mai constituie un monopol sau o regulă pentru administrația de stat. De aceea, regula în materie de competență pentru satisfacerea interesului public trebuie să o constituie autoritățile locale autonome la nivelul de bază (comuna și orașul), care sunt cele mai apropiate de nevoile cetățenilor și sunt alese de aceștia, iar excepțiile trebuie să le reprezinte autoritățile administrației publice autonome de la nivelul intermediar și autoritățile administrației de stat.

Potrivit art. 3 din Carta Europeană exercițiul autonom al puterii locale, prin autonomie locală se înțelege dreptul și capacitatea efectivă ale autorităților administrației publice locale de a soluționa și de a gestiona, în cadrul legii, în nume propriu și în interesul populației locale, o parte importantă a treburilor publice.

Problema autonomiei locale se pune numai în statele unitare sau în statele din componența unei federații. În toate cazurile, autonomia locală relevă gradul de independența a colectivităților locale în raport cu statul din care fac parte. Ca atare, autonomia locală nu poate fi confundată cu organizarea raportului dintre statul federal și componentele acestuia. În statele federale, relațiile dintre statul federal și componentele acestuia exclud orice putere a autorităților federale asupra colectivităților locale din statele componente, controlul se manifesta numai la nivelul statelor, fiind excluse imixtiunile acestora în problemele colectivităților locale care dispun de autorități proprii ce se află sub controlul exclusiv al autorităților statului din care fac parte.

STUDIU PRIVIND PREVENIREA ȘI COMBATEREA CRIMINALITĂȚII VIOLENTE

Elena DUDA, doctorandă, ULIM

Recenzent: **Alexandru MARIT**, doctor în drept, conferențiar universitar

Crime prevention means first and foremost, to prevent the Commission of those actions or inactions, human society to consider harmful to its values, for its normal evolution towards progress, which is why these behaviours were sanctioned by criminal law.

Keywords: *crime, violence, prevention, social values, the offending phenomenon, behavior.*

Prevenirea criminalității înseamnă în primul rând, preîntâmpinarea săvârșirii pentru prima dată a acelor acțiuni ori inacțiuni umane pe care societatea la considera dăunătoare pentru valorile sale, pentru evoluția sa normală către progres, motiv pentru care aceste comportamente au fost sancționate de legea penală.

Cuvinte-cheie: *criminalitate, violență, prevenire, valori sociale, fenomen infracțional, comportament.*

Examinând situația reală referitor la infracțiunile săvârșite cu violență în ultimii ani, precum și cauzele care le-au făcut posibile, considerăm că este firesc să abordăm problema măsurilor destinate perfecționării activităților sociale, destinate prevenirii și combaterii acestora, precum și a găsirii unor metode optime de tratament în ceea ce privește pe autorii acestor grave fapte antisociale.

Asemenea măsuri sunt pe cât de complexe pe atât de diversificate și tocmai de aceea trebuie insistat îndeosebi asupra celor care prezintă relevanta din punct de vedere al criminologiei.

Deși prevenirea criminalității este considerată dintotdeauna drept obiectivul principal al politicii penale, ea a rămas mai degrabă, un concept vag, insuficient definit teoretic.

Trebuie menționat că soluțiile naționale în problema luptei împotriva criminalității nu depind doar de acuratețea concepției teoretice, de structurile, programele și metodele prin care se înlăptuiește strategia națională de luptă împotriva criminalității, ci și de mijloacele materiale și financiare pe care statul poate să le afecteze acestui scop. În consecință, eficacitatea soluțiilor adoptate pentru prevenirea și combaterea fenomenului infracțional depinde de dezvoltarea social-economică a statului, de puterea reală a acestuia.¹

1 Cioclei V. Manual de criminologie. Ediția 5. București: CH Beck, 2011, p.121.

Prevenirea criminalității înseamnă în primul rând, preîntâmpinarea săvârșirii pentru prima dată a acelor acțiuni ori inacțiuni umane pe care societatea la considera dăunătoare pentru valorile sale, pentru evoluția sa normală către progres, motiv pentru care aceste comportamente au fost sancționate de legea penală.

În sens strict, prevenirea vizează mai ales acele comportamente care prezintă un grad de pericol social suficient de mare ca să necesite o reacție prin mijloace de drept penal împotriva făptuitorilor.

În sens larg, prevenirea se îndreaptă împotriva tuturor comportamentelor deviate care, prin acumularea și adâncirea unor procese socio-umane specifice, pot conduce la săvârșirea de fapte antisociale sancționate de legea penală.

Acțiunea preventivă nu va produce efectele scontate dacă se va desfășura izolat, pe domenii sau tipologii infracționale. Prevenirea criminalității trebuie să vizeze fenomenul în întregul său, nu ca totalitate de infracțiuni săvârșite pe un anumit teritoriu, într-o perioadă de timp dată, ci ca sistem, înțeles ca ansamblu superior organizat de elemente aflate în relații atât între ele, cât și cu întregul căruia i se subsumează, ansamblu care este orientat către realizarea unor efecte specifice, în condiții specifice.

Măsurile concrete de prevenire a criminalității trebuie să reprezinte argumente suficient de puternice pentru că, în balanță procesului individual de luare a deciziilor, să constituie factori decisivi de împiedicare a trecerii la săvârșirea actului infracțional. Aceste măsuri trebuie să vizeze acele domenii ale socialului, economicului, juridicul etc., în care apar și se manifestă cu mai multă forță cauzele care determină și condițiile care favorizează și comportamentul delincent.

Apreciem că *prevenirea criminalității* desemnează un proces social permanent, care presupune aplicarea unui ansamblu de măsuri cu caracter social, cultural, economic, politic, administrativ și juridic destinate să preîntâmpine săvârșirea faptelor antisociale, prin identificarea, neutralizarea și înlăturarea cauzelor fenomenului infracțional.

Examenul teoretic al practicii judiciare și penitenciare în materia infracțiunilor de violență releva convingător necesitatea că în activitatea de prevenire și combatere a unor atare infracțiuni să se stabilească riguros științific, pe cât este omenește posibil, deopotrivă consecințele sociale imediate directe, cât și urmările mai îndepărtate conexe și indirecte, deoarece chiar consecințele indirecte, la atare categorii de infracțiuni sunt susceptibile a avea amploare și gravitate, ceea ce este de natură să influențeze în concret justa calificare a faptei și tratamentul sancționator legal ce se aplică.²

În acest context se impun anumite măsuri, precizând totodată faptul că, în domeniul prevenirii combaterii infracțiunilor săvârșite cu violență acest lucru este integrant datorită faptului că aceste infracțiuni au caracter spontan, rare fiind situațiile când acestea sunt pregătite din timp.

2 Predescu O. Convenția Europeană a Drepturilor Omului — Implicațiile ei asupra dreptului penal român. București: Lumina Lex, 1998, p.72.

Modele de prevenire a criminalității

a) *Modelul clasic.* O lungă perioadă de timp reacția socială antiinfracțională a avut o esență eminentamente represivă, popoarele antice dezvoltând sisteme legislative și instituționale care răspundeau în bună măsură, mai ales prin asprimea lor, scopurilor pentru care fuseseră create.

Prevenirea generală. Problema prevenirii criminalității a fost abordată de către filozoful grec Platon (427-347 î.e.n.) care a propus înlocuirea ideii retributive cu ideea de utilitate socială a pedepsei, conform căreia scopul sancțiunii trebuie să fie prevenirea generală (prin forța exemplului) și prevenirea specială (ca efect intimidant al pedepsei).

Potrivit teoriei clasice de drept penal, Beccaria susține că omul este o ființă rațională care, trăind sub imperiul liberului sau arbitru, trebuie să suporte consecințele faptelor sale. Din acest motiv,

- cu cât pedeapsa prevăzută de lege este mai severă, cu atât omul se va abține să comită actul incriminat;
- cu cât aplicarea legii este mai certă și mai rapidă, cu atât efectul preventiv va fi mai evident.

În perioada interbelică și după cel de-al doilea război mondial, doctrina școlii Apărării Sociale a susținut că protejarea societății împotriva crimei trebuie să fie realizată prin măsuri penale și extrapenale destinate să neutralizeze delinquentul, fie prin eliminare sau segregare, fie prin aplicarea de metode curative sau educative.

Prevenirea specială reprezintă complexul de măsuri destinate să împiedice săvârșirea unor fapte antisociale de către persoanele care au săvârșit, deja, o infracțiune.

În perioada modernă, prevenirea criminalității nu se mai realizează doar prin măsuri de drept penal, ea constituie domeniul de acțiune al controlului social, atât formal (sistemul justiției penale), cât și informal (organizații non-guvernamentale, specialiști din diverse domenii, organizații comunitare etc.).³

Cea mai importantă pârghie o constituie, însă, controlul social specializat, respectiv justiția, poliția, curtea de conturi, garda financiară, controlul financiar intern, poliția sanitară, poliția de frontieră, organisme ale statului care, prin lege, au obligația să intervină în timp util pentru anihilarea focarelor criminogene.

b) *Modelul social.* În ultimele două decenii, creșterea explozivă a criminalității pe plan mondial a determinat o adevărată criză a sistemelor justiției penale și a organismelor clasice de control social, mai ales în țările vest-europene.

Apariția noilor strategii naționale trebuie văzută în contextul principalelor schimbări economice, culturale și sociale care au afectat țările lumii în ultima perioadă. Ca rezultat al acestor schimbări, politica penală din multe țări se îndreaptă către utilizarea unor măsuri cu caracter special anticipativ, despre care se crede că ar avea mai mult succes în prevenirea fenomenului infracțional.

Acest model presupune implicarea societății în efortul de prevenire a criminalității, fără a însemna, însă, o trecere a responsabilității din sarcina sistemului justiției

3 Bulai C. Drept Penal Român, Partea generală. București: Șansa SRL, 1992, p.66.

penale către masele eterogene ale populației. Utilizând rezultatele științifice ale studiilor criminologice asupra cauzalității delincvenței la nivel macrosocial și individual, modelul social de prevenire are meritul de a aborda frontal factorii criminogeni și de a încerca limitarea impactului acestora, prin măsuri de asistență comunitară acordată persoanelor aflate în condiții de stres economic, social ori psihologic.

Principala carență a modelului social se datorează faptului că acest model presupune o foarte bună coeziune socială, o serioasă integrare culturală și o conștientizare comunitară care să genereze un spirit civic pronunțat.

Prevenirea primară este definită ca o strategie preventivă de bază care, prin măsuri specifice în domeniile social, economic, cultural, educativ, încearcă să anihileze atât situațiile criminogene, cât și rădăcinile adânci ale criminalității. Domeniul intervenției predelictuale include programele de creare a locurilor de muncă, a condițiilor civilizate de habitat, a școlilor, locurilor de odihnă și recreere, instituțiilor de asistență medicală.

Prevenirea trebuie să se adreseze mai ales infractorilor potențiali, atât la nivel individual, cât și al microgrupurilor. Astfel, materialele de specialitate prezintă un important număr de programe de prevenire care funcționează în țările occidentale și se adresează cu prioritate familiei, școlii, și în general, tinerilor.

În privința familiilor se acționează prin măsuri comunitare pentru:

- furnizarea de ajutor celor aflați de stres economic și psihologic;
- educarea și orientarea părinților tineri;
- educarea preșcolarilor proveniți din familii dezorganizate, ori de „socializare negativă“.

În mod primordial trebuie vizată perfecționarea sistemului de educație și instruire în general, astfel încât fiecare individ să conștientizeze faptul că respectarea normelor de drept și a regulilor de conviețuire socială este o condiție fără de care statul democrat nu poate exista, că democrația înseamnă libertate dirijată de norme unanim acceptate de societate și ca atare obligația de a fi respectate de toți membrii săi.⁴

În acest context respectarea drepturilor semenilor noștri, a demnității fiecăruia, este o cerință de prim ordin. Sistemul de învățământ are obligația de a forma tinerilor convingerea fermă privitoare la raporturile sociale dintre indivizi, raporturi și norme bazate ferm și exclusiv pe legi și pe norme morale. S-a observat că aproape toți autorii infracțiunilor săvârșite cu violență au carenta atât de instruire cât mai ales în educație.

Mulți dintre ei înțeleg libertatea și democrația că pe o porțiță deschisă spre insultă, spre atentat la demnitatea, sănătatea, integritatea corporală și chiar viața semenilor lor.

Școala se bucură de o atenție reală, datorită rolului său formativ pronunțat. Ea poate oferi cunoștințe privind rolul și importanța valorilor sociale, a respectului față de lege și morală, implicațiile crimei, modul în care funcționează sistemul justiției penale, căile de evitare a comportamentului delincent.

4 Gorgoș C. *Vademecum în psihiatrie*. București: Medicală, 1985, p.71.

Constatându-se că orientarea spre tratamentul individual al școlărilor ori abordarea unui aspect educațional singular s-au dovedit a fi contraproductive, eforturile s-au îndreptat în două direcții:

- către supravegherea școlărilor în vederea reducerii violenței, în acest scop sunt angajați tinerii absolvenți aflați în șomaj;
- organizarea unor cursuri speciale, în afara orelor de program, pentru copiii care au probleme de asimilare a noțiunilor ori de adaptare la mediul școlar.

Nu trebuie neglijată nici îmbunătățirea sistemului de asistență socială a populației. Investigația făcută în cuprinsul lucrării a arătat că o însemnată parte a infractorilor care au comis fapte cu violență provin din rândul bolnavilor psihici, a celor care au crescut în familii dezorganizate, care au dus o viață parazită. La toate acestea trebuie să adăugăm și categoria persoanelor rămase fără serviciu și fără posibilități materiale de existență, care deseori ajung să comită infracțiuni și îndeosebi din categoria celor cu violență.

Frecventarea anturajelor parazitare, consumul de alcool de la vârste fragede, vagabondajul, cerșetoria, conviețuirea în condiții de promiscuitate etc., reprezintă tot atâtea cauze ale infracțiunilor săvârșite cu violență.

Pentru o bună parte din aceste surse infracționale, protecția socială este fie modestă, fie inexistentă.

Un alt domeniu important al prevenirii îl constituie angajarea în munca a tinerilor, care este considerată ca fiind esențială pentru dezvoltarea acestora prin educație socială, vizând încurajarea lor pentru asumarea responsabilității propriilor destine. Lipsa ori pierderea locului de muncă și imposibilitatea de reîncadrare în timp rezonabil determina modificarea serioasă a structurii de personalitate a tinerilor, dezvoltă sentimente revanșarde, stări depresive, manifestări deviante și chiar recurgerea la acte infracționale. De aceea, programele de prevenire se orientează în trei direcții:

- identificarea și chiar crearea de noi locuri de muncă pentru tineri, prioritate absolută având cei cu responsabilități sporite;⁵
- organizarea timpului liber pentru tinerii rămași fără loc de muncă, acest tip de acțiune preventivă ia în considerare atât activitățile distractive, cât și cele de reconversie și recalificare a tinerilor;
- crearea de facilități de tratament pentru cei cu probleme deosebite (tineri care se droghează, alcoolici).

Programele de prevenire socială a criminalității mai iau în considerare politică de sănătate, de planificare urbană și, în general, toate domeniile care se pot constitui în factori generatori de criminalitate potențială.

Prevenirea secundară are ca obiect adoptarea unei politici penale adecvate și transpunerea în practică a acesteia. Aceasta este aria preventivă care se confruntă în mod concret cu fenomenul infracțional, asigurând prevenirea prin identificarea timpurie și anihilarea factorilor criminogeni. Activitățile prevenirii secundare sunt

5 Laforgue R. Psychopatologie de Vécheque. Paris: Payot, 1963, p.21.

desfășurate de organele legislative (în ceea ce privește adoptarea legislației penale) și executive (care au datoria aplicării legii).

De importanță majoră sunt măsurile pentru continua consolidare a statului de drept și reasezarea întregii vieți economico-sociale și politice pe principii democratice. În acest sens este necesar să se asigure o reală separare a puterilor în stat, să se elimine fenomenul corupției și eludarea spiritului legilor aflate în vigoare. Puterea legislativă trebuie să adopte cu mai multă operativitate legile de importanta fundamentală pentru buna funcționare a instituțiilor statului de drept.

Aceasta trebuie să pedepsească mult mai aspru anumite infracțiuni printre care și cele îndreptate împotriva vieții cetățeanului. Fără adoptarea unor măsuri represive adecvate și transpunerea lor efectivă în practică, criminalitatea cu violență se va accentua iar dreptul fundamental la viață și integritate corporală a cetățeanului nu va putea fi apărat.

Fără o politică puternică, bine echipată și pregătită, fără o justiție corectă și bine pregătită profesional, infracționalitatea nu va înceta să crească. În același scop, lupta împotriva corupției în aceste instituții este absolut necesară, deoarece astfel se mențin condițiile subiective în baza cărora infractorii pot spera că nu vor suporta rigorile legii.⁶

Prevenirea terțiara include activitățile destinate evitării riscului de recidiva la persoanele care au mai săvârșit infracțiuni. În această zonă a prevenirii, se acționează pentru tratamentul, reeducarea, resocializarea și reinsertia socială a infractorilor. Totuși datorită anvergurii limitate a sancțiunilor orientate spre tratament, prevenirea terțiara este redusă la represiune și neutralizare.

În același timp în complexul de măsuri destinate perfecționării activităților sociale de prevenire și combatere a infracțiunilor săvârșite cu violență, un rol bine definit îl are și sistemul penitenciar. Putem afirma că în prezent, datorită condițiilor specifice etapei pe care o parcurgem, sistemul penitenciar încă nu reușește să contribuie la reducerea criminalității în țara noastră.

În acest sens câteva măsuri de perfecționare a sistemului penitenciar în general și legat de acesta, crearea instituțiilor publice menite să contribuie la resocializarea foștilor deținuți, ar reprezenta condiții favorabile reducerii numărului infracțiunilor săvârșite cu violență și îndeosebi la prevenirea recidivismului și a repetării faptelor antisociale de cei puși în libertate din penitenciar.

Îngrijorător este faptul că penitenciarele sunt pe mai departe suprapopulate, fenomen care se intensifică cu trecerea timpului (cazarea pe timp de vară se face acum inclusiv în corturi de tip de militar, ca soluție disperată în fata fenomenului de supraaglomerare a închisorilor).

Influențele nefaste a celor cu concepții alterate se manifestă din plin, reparația se realizează numai la nivelul principalelor criterii ale sale, iar acțiunile reeducative se desfășoară cu mari dificultăți și evident cu efecte pozitive diminuate. Drept urmare,

6 Nistoreanu Gh. Drept Penal — partea specială. București. Continent XXI, 1995, p.161.

perioada de detenție, desfășurată uneori în promiscuitate (deținuții dorm câte doi sau trei în pat), în condiții materiale precare (insuficientă dotărilor sanitare) și într-o inactivitate dăunătoare nu fac altceva decât să contribuie la alterarea concepțiilor despre lume și viața, la imprimarea unor deprinderi și convingeri infraționale și în final la recidiva.

Modelul social vizează reducerea criminalității prin reducerea necesității de a săvârși fapte săvârșite cu violență. El este un model generos, dar care presupune mari eforturi materiale și umane, deci o anumită bunăstare a societății în care se aplică. Modelul social necesita, în plus atragerea comunității în procesele specifice și în acțiunile concrete de prevenire, presupunând o bună coeziune socială. Alături de costurile ridicate, aceasta cerință reprezintă un serios handicap, deoarece:

- stratificarea socială excesivă generează interese diferite ale indivizilor, precum și opinii diferite cu privire la prioritățile prevenirii;
- interesul comun este relativ restrâns și vizează mai ales prevenirea criminalității violente, a celei stradale și a delincvenței juvenile, a infraționilor care lovesc în interesele tuturor grupurilor sociale.⁷

c) *Modelul situațional (tehnologic)*. Modelul situațional de prevenire reprezintă o cale pragmatică de reducere a oportunităților de săvârșire a faptelor antisociale, prin măsuri realiste, relativ simple și cu costuri reduse.

Acest model are în vedere potențialele victime, încercând să le determine să utilizeze variate precauțiuni care reduce riscul victimizării.

Fără îndoială că anumite aspecte ale acestui model de prevenire a criminalității se adresează infractorilor, în ideea producerii unui anumit impact psihologic asupra acestora (prin creșterea riscurilor la care se expun) și a-i determina să renunțe la „trecerea la act“.

Criminologia ca activitate multidisciplinară ce are ca obiectiv cunoașterea cauzelor și condițiilor ce determina fenomenul infrațional precum și stabilirea celor mai eficiente mijloace de combatere a acestui fenomen implică, într-o etapă inițială „activitatea de asistență și expertiză medicală“, desfășurată de o echipă de specialiști (psihiatri, sociologi, psihologi, pedagogi, geneticieni, antropologi), aceasta mai ales când nu revin la probleme de „criminologie clinică“ care privesc studiul cauzelor patologice ale delicvenței și găsirea mijloacelor specifice de combatere în cadrul unui ansamblu de măsuri.

Studiul sociologic al stării infraționale cât și al particularității lor individuale de personalitate ce determina polimorfismul condiției antisociale chiar în aceleași condiții situative, presupune aportul sociologului, psihologului, pedagogului și al medicului în vederea stabilirii unor soluții adecvate de prevenire și combatere a actului antisocial.

Una din principalele probleme care trebuie aduse în discuție în cadrul preocupării de „criminologie clinică“ prin intermediul cercetării interdisciplinare medico-

7 Stekel W. Psihologia eroticii masculine. București: Trei, 1999, p.107.

legale, socio-psihiatrice și juridice este cea a delimitării și a caracterizării noțiunii de stare de pericolozitate, a precizării elementelor psiho-patologice și medico-legale care determină potențialul agresiv antisocial, al definirii și interpretării aspectelor psiho-patologice și socio-psiologice în starea infracțională.

Comportamentul agresivo-patologic poate fi expresia psihozelor cronice evolutive, schizofrenia, delirul de persecuție sau de gelozie din etilismul cronic, delirul de prejudiciu din psihozele șenile, psihoză halucinatorie cronică, psihoză maniaco-depresivă în faza maniacală. Acțiunea terapeutică se poate adresa uneia din cele trei componente structurale de bază: biologică, psihologică și socială. Personalitatea umană se reprezintă ca un sistem complex bio-psiho-social:

- zona biologică constituită în biotopi;
- zona psihologică unește structuri psihice.

Inadaptarea în mediul social constituie consecință unor trăsături particulare ale personalității imature, disarmonice, nevrotice, sau defectuale.

O presiune socială crescută din partea organelor și a normelor sociale care se opun unor tendințe individuale, normale, limitând libertatea de acțiune a persoanei, posibilitatea realizării complete a aspirațiilor sale, presiune resimțită imediat pe plan psihologic de către individ (frustrare, supra-solicitare, interdicții, stresuri, reprimarea tendințelor personale) acționează determinând stări de tensiune, situații conflictuale exprimate pe plan psihologic printr-o varietate polimorfă de conduite reactive îngreunând adaptarea individuală la comunitatea social-umana.

În afirmarea „personalității criminale” concepția simplistă de cunoaștere a personalității infractorului sau făptuitorului numai prin prisma conținutului și circumstanțelor infracțiunii sau a actului antisocial (omuciderea) precum și a stabilirii responsabilității numai în funcție de diagnosticul psihiatric sau de gradul de intensitate a tulburărilor psihice, sta tocmai la baza greșitei înțelegeri pe care o au cei ce consideră că o expertiză în acest domeniu se poate efectua unilateral.⁸

În concepția criminologică, un tip particular de personalitate criminală ar trebui înțeles că o structură patologică printr-o dezvoltare dizarmonică sau aberantă în condiții negative de climat social, de instruire, de educație, influențe culturale și aspirații („sociopatia”) pe un fond constituțional vulnerabil, perdispozant (aspecte biogenetice, psiho-genetice, socio-genetice) și favorizată de factori psihopatici și socio-psihoLOGI complecși.

Într-a asemenea stare de creștere a criminalității în România se circumscrie și evoluția infracțiunilor săvârșite prin acte de violență.

Lupta împotriva criminalității de violență presupune o activitate elaborată, susținută științific, deoarece acest fenomen atât de complex nu poate fi contracarat, anihilat decât prin asemenea demersuri. Astfel, combaterea criminalității de violență presupune o operă de profilaxie criminală, care să se materializeze într-o activitate de decimare, reducere a cauzelor majore de factură criminogenă, folosindu-se

8 Bogdan T. Probleme de psihologie judiciară. București: Științifică, 1973, p.67.

mijloace diferențiate în funcție de natura cauzelor care au determinat săvârșirea de infracțiuni.

Resocializarea infractorului

a) *Conceptul de resocializare a infractorului.* Diversele sisteme penale și sociale de sancționare, tratament și resocializare a infractorilor se fundamentează pe anumite concepții filozofice, morale, politice și religioase, având ca finalitate realizarea protecției și apărării sociale a societății, prevenirea comiterii de noi crime și delicate și reintegrarea și reabilitarea morală și socială a persoanelor condamnate la diverse pedepse. Deși aceste sisteme includ o gamă largă de sancțiuni și pedepse, ele trebuie să fie cât mai mult individualizate, astfel încât atât alegerea, cât și aplicarea lor să conducă la reducerea riscului reiterării unor noi fapte antisociale de către individul condamnat și la reabilitarea lui normală după executarea pedepsei, oferind, totodată, o protecție adecvată și pentru societate. Principiul că detenția și privarea de libertate trebuie folosite ca o ultimă soluție (“ultimo ratio”) este acceptat în majoritatea sistemelor penale de sancționare a delinvențelor, astfel încât înainte ca tribunalele să hotărască privarea de libertate, ele trebuie să ia în considerație toate celelalte sancțiuni posibile mai puțin radicale, decizia privind privarea de libertate fiind adoptată „numai când cazul în discuție este de așa natură încât pedepsele mai puțin radicale nu pot fi acceptate”.⁹

Resocializarea este un proces educativ, reeducativ și de tratament aplicat persoanelor condamnate penal, prin care se urmărește readaptarea infractorilor la sistemul de norme și valori general acceptate de societate, în scopul reintegrării sociale a acestora și prevenirii recidivei.

Din definiția prezentată rezulta caracteristicile acestui tip special de recuperare socială:

- resocializarea vizează persoane care au săvârșit deja o infracțiune;
- resocializarea are drept scop imediat prevenirea recidivei, deci reprezintă o componentă a prevenirii speciale;
- resocializarea constituie un demers social realizat în mod științific, de personal calificat în acest scop;
- metodele resocializării sunt: educarea, reeducarea și tratamentul.

Educarea vizează mai ales pe infractorii a căror personalitate a suferit o „socializare negativă”, asimilând norme și valori contrare celor general acceptate de societate.

Reeducarea se adresează infractorilor a căror personalitate a suferit o inadaptare la sistemul de norme amintit.

Educarea și reeducarea se realizează prin modalități diverse atât teoretice, cât și practice, prin care se dorește ca infractorii să redobândească respectul pentru oameni și lege, pentru muncă, pentru calificarea ori recalificarea profesională.

9 Stănoiu M. R., Brezeanu O., Dianu T. *Tranziția și criminalitatea*. București: Oscar Print, 1994, p.107.

Tratamentul de resocializare se realizează prin metode terapeutice apreciate a fi adecvate (chirurgicale, medico-pedagogice, psiho-terapeutice, psihanalitice etc.), urmărindu-se remodelarea personalității infractorului, ameliorarea tendințelor sale reacționale, reînnoirea motivațiilor care îi animă interesele și modificarea atitudinilor acestuia, în scopul reinsertiei sociale prin readaptarea la mediul socio-cultural.

Regimul de tratament și resocializare diferă sensibil de la o țară la alta, mergând de la internarea acestora în stabilimente deschise, semideschise sau închise și până la detenția lor totală în penitenciare și instituții speciale de maximă siguranță și securitate. Pentru acest motiv, însăși noțiunea de tratament aplicată este utilizată atât într-un sens mai restrâns, cât și într-unul mai larg:¹⁰

- în *sens restrâns*, noțiunea de tratament se referă la „măsurile individuale și terapeutice care sunt folosite pentru a-i determina pe deținuți să își schimbe modul de viață și să-i îndepărteze de activitățile lor criminale;
- într-un *sens mai larg*, noțiunea de tratament trebuie să includă o serie de măsuri și soluții care să asigure deținutului pregătirea școlară și profesională, libertatea religioasă, activități și exerciții fizice și sportive, vizite, corespondență, lectură, acces la mijloacele de informare în masă, asistență psihologică (psihiatrică) și medicală de specialitate.

Indiferent de diferitele accepțiuni acordate noțiunii de tratament, majoritatea specialiștilor sunt de acord că el trebuie subordonat unor finalități care urmăresc:

- cultivarea obiceiului de a munci și de a trăi din muncă, de unde și preocuparea că în timpul detenției aceștia să-și poată continua pregătirea școlară și profesională;
- educarea și pregătirea deținuților pentru o nouă viață, după terminarea pedepsei închisorii, în vederea reinsertiei lor normale post-penale;
- acordarea de asistență socială, medicală și juridică de specialitate în scopul rezolvării problemelor personale ale deținuților.

Modelul curativ subliniază necesitatea *examenului medico-psihologic* al infractorului ce a fost subliniată de Cesare Lombroso în raportul prezentat la Congresul Internațional asupra penitenciarelor, care a avut loc la Sankt-Petersburg, în 1890.

Examenul medico-psiho-social a fost instituit, pe plan legislativ în Franța, în anul 1959. George Levasseur s-a ocupat pe larg de examenul de personalitate, el arătând că acesta are un conținut complex, care cuprinde:

- un examen cu privire la personalitatea inculpatului și o anchetă referitoare la situația socială, materială și familială a acestuia;
- un examen medical;
- un examen medico-psihologic;
- orice alte măsuri.

Examenul de personalitate și ancheta socială sunt obligatorii în materie criminală și facultative în materie corecțională. Examenul medico-psihologic este facultativ în ambele situații.

10 Nistoreanu Gh., Boroi A. Drept penal. Partea specială. București: AII Beck, 2004, p.87.

Subliniind importanța generalizării examenului de personalitate în legislația franceză, P. Bouzat arată că această măsură a fost salutăta de către criminologi că o cucerire de prim ordin, esențială într-un stat de drept modern, întrucât permite să se cunoască personalitatea infractorului și să se prepare măsurile în scopul facilitării readaptării sociale a acestuia.

b) *Starea periculoasă*. Aprecierea criminologică a „stării periculoase“ presupune evaluarea capacității infraționale și a posibilității de adaptare la mediul social al delincventului.

Conceptual de stare periculoasă nu este o noțiune juridică, ci o realitate clinică observabilă. Clinic, starea periculoasă se poate manifesta atât sub forma cronică (permanentă), cât și sub forma iminentă:¹¹

- forma cronică a stării periculoase poate fi definită ca o „modalitate psihologică și morală care caracterizează individul antisocial“; poate fi sesizată mai ales la recidiviști;
- Etienne de Greff a constatat faptul că, înainte de trecerea la săvârșirea actului infrațional, toți delincvenții parcurg o stare periculoasă iminentă. Ea poate fi caracterizată ca o stare de criză, de frământări, a individului care și-a propus să comită o faptă pedepsită de lege.

Această apreciere se bazează pe metodele și tehnicile utilizate frecvent în criminologie: observarea, interpretarea și experimentarea.

În faza observării sunt puse în evidență elementele de personalitate ale individului studiat, precum și factorii sociali care au contribuit la orientarea antisocială a personalității.

În timpul experimentelor efectuate vor fi identificate trăsăturile patologice care constituie nucleul personalității orientate antisocial, variabilitatea acestora sugerând nivelul de adaptabilitate socială a persoanei în cauză.

Faza interpretării cuprinde trei etape:

- aprecierea asupra personalității delincventului — formularea diagnosticului criminologic;
- exprimarea unei ipoteze asupra comportamentului ulterior, ipoteză care poartă numele de prognostic criminologic;
- formularea unui program de tratament bio-psiho-social.

Criminologia clinică abordează personalitatea infractorului în unitatea și dinamica acesteia, fiind utilizate mai multe tehnici de investigare: ancheta socială, observarea directă, examenul medical, psihiatric și psihologic, interviul clinic aprofundat, testele psihologice.

Cu ajutorul acestor tehnici se urmărește o recompensare a realității care a precedat săvârșirea actului infrațional, implicând studierea parcursului social al individului, a experiențelor sale succesive.

b) *Diagnosticul criminologic*. Formularea diagnosticului criminologic se realizează în trei etape succesive: aprecierea capacității infraționale, evaluarea inadapării sociale și aprecierea stării periculoase prin sinteza primelor două elemente.

11 Rădulescu S. Sociologia crimei și criminalității. București: Șansa, 1996, p.73.

Diagnosticul capacității infraționale presupune aprecierea trăsăturilor psihologice care compun personalitatea orientată antisocial. Ele rezulta din compararea indicilor bio-psihologici evidențiați cu ocazia examenului medico-psihologic și a indicilor sociali rezultați din ancheta socială.

Aprecierea adaptabilității persoanei studiate ia în considerare nivelul aptitudinilor fizice, psihice și profesionale pe de o parte, iar pe de altă parte, pulsunile instinctive ale acesteia, aspirațiile sale al un anumit status social.¹²

Diagnosticul stării periculoase presupune, în final, sinteza capacității infraționale și a inadaptării sociale prin aprecierea gradului de intensitate al fiecărei lături.

Combinarea unei capacități infraționale ridicate cu o adaptabilitate redusă a individului determina un diagnostic criminologic diferit, deoarece inadaptarea socială a persoanei în cauză atrage atenția celor din jur.

c) Modalități de resocializare. Realizarea unei resocializări normale și eficiente a individului delincvent este condiționată de o serie de factori, între care mai importanți sunt:

- factorii care definesc caracteristicile și elementele specifice ale instituției în care se realizează procesul de resocializare (centru de reeducare, stabiliment deschis, penitenciar, institute medico-legale, etc.);
- factorii care definesc individualizarea sancțiunii și durata acesteia, precum și măsurile de asistență medicală, socială și educative adoptate în funcție de personalitatea fiecărui delincvent.

În funcție de acești factori, resocializarea individului delincvent se realizează în două etape sau momente:

- în timpul executării sancțiunii penale (cu sau fără privare de libertate), când se urmărește, prioritar, schimbarea și transformarea vechiului sistem de norme, valori și convingeri ale individului delincvent, prin „dirijarea“ comportamentului său spre scopuri deziderabile social, utilizându-se în acest scop forme de normalizare, deschidere și responsabilizare a delincventului dintre cele mai diverse;
- după executarea sancțiunii penale, când se urmărește reinsertia postpenală a fostului delincvent, încadrarea lui într-o activitate socială, dobândirea unui nou status și îndeplinirea unor noi roluri, ca și diminuarea efectelor procesului de „stigmatizare“ în viața socială.

În conformitate cu Regulile penitenciarelor europene, adaptate de Consiliul Europei în domeniul penitenciar, resocializarea și tratamentul delincvenților trebuie subordonate unor finalități precise, menite să asigure menținerea stării de sănătate și respectul deținuților, prin asigurarea unor condiții de viață compatibile cu demnitatea umană și cu standardele acceptate în cadrul comunității.

Scopurile detenției trebuie să reducă, pe cât posibil, traumatizarea psihică a persoanei condamnate, prevenind apariția unor perturbări emoționale, idei obse-

12 Jung C.G. Personalitate și transfer, Editura Teora, București, 1997, p.122.

sive, infantilism, idei de sinucidere, comportamente violente și agresive și încurajând acele atitudini și aptitudini care să permită o reinserție normală a acestora în societate.¹³

Principiul fundamental al acțiunii de resocializare și tratament a delincvenților îl reprezintă normalizarea, prin apropierea pe cât posibil a condițiilor vieții din penitenciar cu cele ale lumii exterioare acestuia. Ca regulă generală, normalizarea presupune că, în timpul executării pedepsei, deținutul își păstrează și își exercită marea majoritate a drepturilor civile (dreptul la vot, dreptul la libera conștiință religioasă, dreptul la proprietate). În vederea diminuării riscurilor efectelor negative ale detenției, normalizarea presupune realizarea a doua deziderate:

- *deschiderea*, prin internarea în stabilimente deschise, care să asigure deținuților condiții de viață aproape sau chiar identice cu cele din afară locului de detenție (dreptul la corespondența nelimitată, contact permanent cu familia, vizionarea de programe TV și radio), singurele restricții fiind cele referitoare la libera deplasare în afară stabilimentelor;
- *responsabilizarea*, prin încercarea de a întări simțul răspunderii personale și încrederea proprie a deținuților, implicându-i într-o serie de activități zilnice în cadrul locului de detenție, reobișnuindu-i cu viața din afara închisorii.

d) *Programe de tratament*. Tratamentul de resocializare a infractorului urmărește modelarea personalității acestuia, ameliorarea tendințelor sale reacționale, reînnoirea motivațiilor și modificarea atitudinilor, în scopul prevenirii recidivei și facilitării reinserției sociale prin readaptarea individului la mediul social.

În criminologia clinică, principală metodă de tratament este psihoterapia. Psihoterapia se bazează pe teorii ale psihologiei normale, patologice și sociale, care pot fi utilizate în scopul de a trata tulburări în etiologia cărora apar, cu preponderență, factori psihosociale. Această metodă constă în stabilirea unei relații speciale de comunicare verbală între terapeut și delincvenți, luați individual ori în grup.

Psihoterapii individuale

Psihanaliza — vizează identificarea motivelor inconștiente ale diverselor tulburări, dezechilibre sau comportamente specifice infractorilor, în scopul înlăturării lor, ori a dezvoltării și anihilării acestora prin conștientizare.

Aplicarea psihanalizei în criminologie întâmpina dificultăți determinate de condițiile speciale de timp (durata tratamentului este de 3-4 ani cu o frecvență de 4-5 ori pe săptămână), de loc și de înaltă calificare a psihanalistului. La aceste dificultăți se adaugă cele determinate de personalitatea dificilă a infractorilor. Aceste considerente determină că psihanaliza să poată fi aplicată numai unui grup restrâns de infractori, aflați în penitenciar sau în mediul liber, care se supun acestui gen de tratament.¹⁴

13 Astarastoe V., Scripcaru Gh. Criminologie clinică. București: Polirom, 2003, p.52.

14 Nistoreanu Gh. Drept Penal — partea specială. București. Continent XXI, 1995, p.81.

Odată acceptată această colaborare, analistul va încerca să-l influențeze pe infractor, să-i schimbe concepțiile, să-i formeze o nouă optică de viață care să-l ajute să se integreze în societate.

Psihoterapia rațională se bazează pe represiunea psihologică, vizând conștientizarea pacientului în legătură cu trăsăturile pozitive și negative ale caracterului său și determinarea acestuia să se autoconcentreze și să-și cenzureze comportamentul, să nu se lase influențat și intimidat de partenerii săi, să ia decizii proprii. Acesta terapie poate fi aplicată atât în libertate cât și în semi-liberatate, precum și în penitenciar.

Psihoterapii colective

Au la baza interacțiunile care apar la nivelul grupului în scopul depășirii dificultăților relaționale și emoționale ale membrilor grupului.

În cadrul psihoterapiei în grup, analizatul folosește inter-relațiile care apar în grup pentru a examina problemele de ordin personal pe care le ridică participanții. Terapia se bazează pe discuția liberă între membrii grupului, în cadrul căruia subiecții își expun propriile probleme și încearcă să se „elibereze” de tendințele negative.

O altă metodă de resocializare este metoda relațiilor de grup, care se bazează pe teoria asociațiilor diferențiale și constă în punerea infractorului în contact cu grupuri sociale care respectă legea.¹⁵

Această metodă se aplică în general în perioada de probațiune sau de eliberare condițională și succesul ei depinde de respectarea unor reguli, între care menționăm:

- grupul va fi constituit în așa fel încât infractorul să se bucure de o anumită considerație;
- cu cât infractorul va fi atras mai mult de către grup, cu atât mai mare va fi influența pe care grupul o va exercita asupra acestuia;
- atracția exercitată de grup trebuie să se bazeze pe interesele majore ale delincventului și nu pe cele marginale;
- grupul constituit trebuie să fie preponderant anticriminal, astfel încât orice abatere de la normele grupului să fie considerate o apropiere de calea infracțională;
- grupul este acela care trebuie să-și exercite presiunea asupra infractorului și să nu aștepte că schimbările comportamentale să se ivească de la sine.

15 Beliş V. Medicina legală. București: Teora, 1992, p.22.

ABORDĂRI ȘTIINȚIFICO-PRACTICE PRIVIND INTERFERENȚE ÎNTRE AUTORITĂȚI PUBLICE ÎN REALIZAREA COMPETENȚELOR SALE CONSTITUȚIONALE

Igor CRISTAL, doctorand, ULM

Recenzent: **Vitalie GAMURARI**, doctor în drept, conferențiar universitar

Afin d'atteindre l'intérêt public, les autorités publiques, en vertu de pouvoirs constitutionnels disponibles et la marge de liberté laissée à leur libre appréciation, sont liés à la coopération mutuelle. Quand ils relèvent de la compétence qui ne leur appartient pas, se produit l'abus, l'excès de pouvoir ou soi-disant „conflit constitutionnel“ qui affecte dans l'ensemble l'intérêt public, l'économie nationale et implicitement les citoyens. En plus des règlements qui doivent être conformes aux principes de clarté et de prévisibilité des normes, afin d'assurer l'équilibre constitutionnel, il est exigé la conscience juridique et la tradition démocratique à la fois des gouvernants et des gouvernés.

Mots-clés: Autorité publique, pouvoirs publics, interférence des pouvoirs, équilibre des pouvoirs, collaboration et contrôle mutuel des autorités, surmonter les prérogatives constitutionnelles.

Pentru realizarea interesului public, autoritățile publice potrivit competențelor constituționale de care dispun și de marja de libertate lăsată la libera lor apreciere sunt obligate la colaborare reciprocă. Atunci când acestea intră în aria de competență care nu le aparțin apare abuzul, excesul de putere ori așa numitul „conflit constituțional“ care afectează global interesul public, economia națională și implicit drepturile și libertățile cetățenilor. Pe lângă reglementările ce trebuie să corespundă principiilor clarității și previzibilității normelor, în vederea asigurării echilibrului constituțional, este nevoie de o conștiință juridică și tradiție democratică atât a guvernanților cât și celor guvernați.

Cuvinte cheie: Autorități publice, putere publică, interferența puterilor, echilibrul puterilor, colaborarea și controlul reciproc al autorităților, depășirea prerogativelor constituționale.

Ca un adevăr axiomatic istoria fiecărei țări arată că orice putere este capabilă de abuz. Autoritatea, după natura sa, este o trăsătură caracteristică a puterii „întruchipată de o persoană, o instituție etc.". Specificul ei se manifestă prin faptul că acelor subiecți ai raporturilor de putere, cărora le este caracteristică autoritatea, li se asigură recunoașterea și încrederea din partea celor ce i-au investit cu puterea. Autoritatea se prezintă ca un fenomen de autogenerare a puterii, care se transformă cu timpul în una din formele existenței sale, cel mai des legată de procesul legitimității. La această latură a sensului termenului „auctoritas“ atrage atenția E. Benveniste, subliniind că

în cazul puterii „auctoritas“ este vorba despre forță, dumnezeiască la baza sa, legată de sensul inițial al cuvântului *augeo* — a produce, a înmulți¹.

Interferența puterii legislative cu cea executivă și judecătorească este un rezultat al aplicării principiului separației puterii. Practica constituțională a statelor a demonstrat că o separație absolută sau totală între puteri ar echivala cu un blocaj constituțional. Pentru a evita un asemenea blocaj există modalități de conlucrare și colaborare între ele. Rațiunea unei asemenea cooperări este evitarea atât a confuziei puterilor, cât și a autarhiei fiecăreia dintre ele. Confuzia duce în mod inevitabil la tiranie, iar autarhia are ca urmare haosul social, întrucât fiecare dintre puteri s-ar simți îndreptățită să adopte autonom orice fel de decizii, bulversând mecanismele de guvernare încredințate prin Constituție fiecăreia. De aceea, Constituantul nu a oferit nici uneia o putere discreționară, ci dimpotrivă, a prevăzut un sistem de verificare reciprocă și echilibrare denumit *checks and balans* (frâne și contrabalanțe), prin intermediul căruia fiecare putere veghează ca cealaltă să nu fie exercitată abuziv și să strice echilibrul existent între ele².

Prin mecanisme de interferență a structurilor de guvernare (autorităților publice) se înțelege ansamblul metodelor sau formelor prin intermediul cărora instituțiile guvernante, exercitându-și prerogativele constituționale, concură printr-o interferență la înfăptuirea conducerii sistemului social global³.

Puterea discreționară constă în marja de libertate lăsată la libera apreciere a unei autorități astfel ca în vederea atingerii scopului indicat de legiuitor să poată recurge la orice mijloc de acțiune în limitele competenței sale sau, altfel spus, legea nu trebuie să statueze asupra problemelor a căror soluție reclamă o apreciere discreționară și se poate modifica conform circumstanțelor⁴.

Pentru realizarea atribuțiilor sale, statul își organizează un sistem de instituții, structuri, care dau expresie concretă puterilor publice. Acestea se materializează în termenii „autoritate publică“, „organ de stat“ și „putere de stat“. În Constituție, la Titlul III, este utilizat termenul de „autoritate publică“, iar în unele acte normative, puterile în stat sunt desemnate prin „organe de stat“ (de exemplu, în Legea Republicii Moldova cu privire la Consiliul Superior al Magistraturii)⁵. Organul de stat, în literatura de specialitate, este definit ca o parte componentă și indisolubilă a aparatului de stat, care se creează în conformitate cu legea, are structura sa internă, dispune de o anumită competență, împuterniciri autoritare și activează utilizând anumite metode specifice.

1 Aramă E., Jecov I. Legitimitatea — condiție obligatorie a menținerii puterii de stat. În: Revista Națională de Drept, Nr. 4, 2013, p. 2.

2 Ionescu C. Studii de drept constituțional. București: Lumina Lex, 2001, p. 168.

3 Idem. p. 170.

4 Tofan Apostol D. Puterea discreționară și excesul de putere al autorităților publice. București: ALL BECK, 1999, p. 22.

5 <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&id=313302>

Se consideră⁶ că noțiunea de „autoritate publică“ are o sferă de cuprindere mai mare decât cea de „organ“, respectiv autoritățile care nu au și calitatea de organe (de exemplu autoritatea judecătorească) sunt organizate, în principal pe principiile autonomiei, deci al nesubordonării ierarhice, în timp ce „organele“ fac parte dintr-o structură bazată pe subordonare ierarhică.

După cum susține dr. habilitat V. Popa legiutorul nostru nu a utilizat principiul separării puterilor în nominalizarea autorităților publice, ci simpla lor enumerare. Astfel, de exemplu, la art. 60 al Constituției Republicii Moldova găsim reglementarea că Parlamentul este organul reprezentativ suprem și unica autoritate legislativă, practic, punându-se semnul egalității între organ și autoritate.

Autorii⁷ comentariului Constituției nu sunt de acord cu sintagma „unica autoritate legislativă“, aducând următoarele argumente: „Potrivit art. 2 din Constituție și poporul poate participa la procesul legislativ prin intermediul referendumurilor; alin. (1) al art. 106/2 din Constituție, care poartă denumirea „Delegarea legislativă“, stabilește că, în vederea realizării programului de activitate al Guvernului, Parlamentul poate adopta, la propunerea acestuia, o lege specială de abilitare a Guvernului pentru a emite ordonanțe în domenii care nu fac obiectul legilor organice. Alin. (2) al aceluiași articol prevede că legea de abilitare va stabili, în mod obligatoriu, domeniul și data până la care se pot emite ordonanțe. După cum observăm, există o discrepanță în Constituție: art. 60 atribuie Parlamentului calitatea de unică autoritate legislativă a statului, iar art. 106/2 abilitază Guvernul cu dreptul de a emite ordonanțe (legi ordinare) în anumite domenii care nu fac obiectul de reglementare al legilor organice“.

În ceea ce ne privește, considerăm că obiecțiile aduse de autorii comentariului se întemeiază pe niște excepții care confirmă regula generală și nu sunt suficiente pentru o abordare critică.

Puterea publică e una: cu toate acestea, în exercițiul său, ea poate și trebuie să fie divizată între diferite organe. Pluritatea organelor nu distruge unitatea statului, dimpotrivă, ea este o condiție pentru ca această unitate să poată corect desfășura și organiza guvernarea⁸.

Fiecare organ al aparatului (mecanismului) de stat exercită funcția ce îi revine acestuia reiesind din direcțiile de activitate ale statului. Fiind părți componente ale unuia și aceluiași aparat de stat, organele statului se deosebesc unul de altul prin modul lor de formare, prin genurile de activitate statală, caracterul și limitele competenței etc.

Exercitând practic funcția care îi revine, fiecare organ ale statului este autonom în activitatea sa, însă pentru buna funcționare a tuturor sferelor, ramurilor și com-

6 Preda M. *Autoritățile administrației publice: Sistemul constituțional român*. București: Lumina Lex, 1999, p. 24.

7 Constituția Republicii Moldova: Comentariu. Chișinău: Arc, 2012, p. 242.

8 Poalelungi O. Statutul autorității publice ca factor ce condiționează puterea juridică a actului normativ-juridic. În: *Revista Națională de Drept*, Nr. 6, 2013, p. 23.

plexelor din economia națională, pentru buna activitate în domeniul social-politic, cultural-educativ și pentru alte activități ce revin statului, întru soluționarea justă și eficientă a problemelor în diferite sfere ale vieții sociale și activității statului, toate organele aparatului de stat sunt sortite conlucrării, în acest sens având sarcini unice (de exemplu, colaborarea la pregătirea unor proiecte de acte normative; la consolidarea legalității și ordinii de drept, la combaterea-criminalității). Fiecare organ de stat întru chipează o funcție anume, însă conlucrarea lor este inevitabilă, deoarece aparatul de stat nu este pur și simplu un angrenaj mecanic al organelor sale luate aparte. Organele cu funcție legislativă, executivă și judecătorească sunt înzestrate prin lege cu împuterniciri corespunzătoare, care sunt realizate de către aceste organe prin forme juridico-organizaționale concrete și specifice fiecăruia din ele, prin metode corespunzătoare activității lor.

Pentru exercitarea fiecărei dintre aceste funcții, există o anumită putere: legislativă (care este și reprezentativă), executivă, judecătorească, fiecare încredințată unor autorități distincte: puterea legislativă — reprezentanților poporului, adunării reprezentanților (Parlamentul); puterea executivă — șeful de stat și executivului (Guvernul); puterea judecătorească — instanțelor judecătorești.

Mai există în conștiința societății și „puteri neformale“, precum: puterea electorală, manifestată prin puterea alegătorilor de a-și exprima nemijlocit voința; b) puterea administrativă, prin care se are în vedere puterea poporului de a administra treburile statului nemijlocit sau prin adunări ce adoptă constituții; c) mijloacele de informare în masă, ca o putere ce formează opinia publică; d) puterea de control, care se manifestă prin puterea unui singur partid de a guverna⁹.

Noțiunea de „autoritate publică“ este prevăzută de Legea nr.158 din 04.07.2008 cu privire la funcția și statutul funcționarului public¹⁰ și de Legea contenciosului administrativ din 10.02.2000¹¹, fiind, practic, indentice în ambele acte legislative. Prin „autoritate publică“ înțelegându-se orice structură organizatorică (sau organ), instituită prin lege sau printr-un alt act normativ, care acționează în regim de putere publică în scopul realizării unui interes public.

Autorități publice sunt, deci, formele instituționalizate ale puterii, prin intermediul cărora are loc exercitarea puterii legislative, puterii executive și puterii judecătorești în stat. Acestea sunt de rang constituțional (Parlamentul, Președintele Republicii, Guvernul, instanțele judecătorești, Consiliul Superior al Magistraturii, Procuratura, Curtea de Conturi, Curtea Constituțională, autoritățile administrației publice) sau extraconstituțional (consacrate prin legi, de exemplu Comisia Națională de Integritate, Consiliul Coordonator al Audiovizualului).

Statutul juridic al autorității publice se caracterizează prin următoarele elemente: denumirea autorității, modul de constituire, competența, structura internă a autorității

9 Rotaru M. Echilibrul puterii într-un stat de drept în condițiile integrării europene. În: Legea și viața, Nr. 1, 2007, p. 8.

10 <http://lex.justice.md/md/330050/>

11 <http://lex.justice.md/md/311729/>

(comisii, comitete, fracțiuni etc.), procedura funcționării (proces de ordin juridic și politic — proces legislativ, procedurile de control), răspunderea autorității. În baza statutului juridic, putem determina poziția autorității în raport cu alte organe statale care formează aparatul statului — parte componentă a mecanismului lui¹².

Competența materială (*ratione materiae*) se referă la domeniul în care autoritatea publică își exercită atribuțiile conferite prin lege. Poate fi de două tipuri: generală (adică în toate domeniile, de ex.: competența Guvernului) și specială sau numai în anumite domenii, cum ar fi competența ministerelor. Nici o autoritate cu competențe speciale într-un anumit domeniu nu va putea emite un act administrativ cu acțiune generală asupra tuturor domeniilor sau din alt domeniu de activitate.

Competența teritorială (*ratione loci*) definește câmpul geografic al acțiunii administrative al unei autorități publice: ansamblul teritoriului național — competență națională, sau numai teritoriul unui sat, oraș sau raion — competență locală. Competența teritorială are însemnătate și se impune doar pentru autoritățile locale, deoarece autoritățile centrale au toată competența teritorială, adică actele lor sunt valabile pe întreg teritoriul țării, iar a celor locale doar în teritoriul unității administrativ-teritoriale respective.

Competența temporală (*ratione temporis*) aparține autorității publice care este investită cu puterea de a emite un act sau de a efectua o operațiune materială la momentul în care actul este emis sau operațiunea este efectuată (de exemplu, Guvernul împuternicit corespunzător de către Parlament poate emite o perioadă de timp ordonanțe). Actul administrativ poate fi emis prematur de o autoritate încă neinvestită legal cu atribuții de putere publică în domeniul respectiv sau, dimpotrivă, tardiv, de o autoritate ce nu mai are competența de a-l emite.

Uneori, titularul competenței este în imposibilitate de a o realiza, iar continuitatea realizării acesteia este necesară. În aceste cazuri, legea prevede posibilitatea delegării competenței. Delegarea constă în desemnarea unei alte persoane pentru a exercita anumite competențe ce-i revin titularului de competență. Obiectul delegării de competență îl constituie însărcinarea unei autorități publice subordonate de a acționa în numele autorității legal competente, în anumite cazuri determinate. Delegarea poate interveni și în interiorul autorității publice, între funcționarii publici.

Imperativul concilierii necesității de a respecta strict regulile de competență cu necesitatea practică de a construi sisteme de gestionare eficiente a problematicii complexe cu care se confruntă administrația publică a dus la acceptarea în doctrină a unor reguli mai puțin restrictive, la formularea unui compromis¹³.

O condiție esențială a delegării este ca ea să fie autorizată expres, actul de delegare să precizeze exact întinderea delegării, nefiind admisibilă delegarea tuturor atribuțiilor autorității publice, și titularul delegării (autoritatea publică delegatară). Autoritatea

12 Poalelungi O., op. cit., p. 23.

13 Diaconu M. Reflecții asupra unor condiții de valabilitate a actului administrativ. În: Legea și viața, Nr. 4, 2012, p. 34.

publică delegată nu poate subdelega atribuțiile de putere publică (competența), ci doar dreptul de semnătură.

Consultarea facultativă (avizul facultativ) presupune libertatea de decizie a autorității publice, în condițiile în care există posibilitatea solicitării unei opinii altei autorități publice, instituții publice, unui funcționar public sau unei persoane fizice sau juridice private. Rămâne la latitudinea autorității publice să solicite sau nu avizul, iar dacă l-a solicitat, poate ține sau nu seama de conținutul lui la emiterea actului.

În cazul consultării obligatorii (aviz consultativ), autoritatea publică emitentă este obligată prin lege să solicite opinia unei alte autorități sau publicului, însă nu trebuie să se conformeze acelei opinii atunci când emite actul, dar actul final trebuie să corespundă proiectului supus consultării, orice modificare a proiectului antrenând obligativitatea unei noi consultări.

Obligația contrasemnării este prevăzută, de exemplu, în Constituție — pentru ordonanțele și hotărârile guvernamentale, care trebuie contrasemnate de miniștrii care au obligația punerii loc în executare; în cazul hotărârilor consiliului local ce trebuie contrasemnate de secretar. Referitor la procedura contrasemnării, Curtea Constituțională a constatat în jurisprudența sa¹⁴ că „nerespectarea condițiilor de validitate la adoptarea sau emiterea acestor acte (decrete) atrage nulitatea sau inexistența lor. /.../ Contrasemnătura, ca o condiție esențială a validității decretelor emise și a hotărârilor adoptate, face parte integrantă din textul acestor acte. /.../ Instituția contrasemnării este complexă, antrenând multiple aspecte ale aplicării ei. Atât existența contrasemnării, cât și lipsa ei atrag după sine diverse întrebări și interpretări. În ultimă instanță, această complexitate se datorează faptului că instituția contrasemnării este plasată la interferența dreptului constituțional (ca element ce determină un regim politic), științelor politice (ca element de analiză a mecanismului de interdependență a puterilor în stat) și a dreptului administrativ (ca element esențial al procedurii prin care se determină validitatea unui act)“.

Cvorumul reprezintă o formalitate legală necesară a fi îndeplinită, pentru ca ședința în care se adoptă actul să fie legal constituită. Cvorumul reprezintă, așadar, numărul de membri, raportat la numărul total al membrilor organului colegial, care trebuie să fie prezenți pentru ca deliberările acestuia să fie valabile (de exemplu, ședințele consiliului local sunt valabil constituite în prezența majorității membrilor aleși)¹⁵.

Cerința funcțională a sistemului autorităților publice o constituie respectarea principiului separației și colaborării puterilor în stat. Constituția pune semnul egalității și dă aceleași înțelesuri termenilor „puteri“ și „autorități publice“, determinând în primul caz puterile legislativă, executivă și judecătorească, ca apoi să le determine ca autoritate legislativă sau autoritate judecătorească. Întru realizarea normelor constituționale, în Republica Moldova au fost adoptate mai multe legi ce au ca obiect

14 <http://constcourt.md/download.php?file=cHVibGJlL2NjZG9jL2hvdGFyaXJpL3JvXzE5OTlfaF8xNC5wZGY%3D>

15 Diaconu M. op. cit., p. 34.

de reglementare sistemul de organizare a autorităților publice în vederea realizării principiului autonomiei și colaborării puterilor. Practica, însă demonstrează că nici una din ramurile puterii nu este capabilă să asigure stabilitatea societății, ordinea publică, ameliorarea proceselor social-economice etc. în mod independent, de aceea se întâmplă să atribuie rezultatele negative activității altei ramuri a puterii sau să ceară (dobândească) atribuții suplimentare ca condiție pentru a-și asuma responsabilitatea de soluționare a problemelor dificile.

Diversele autorități ce constituie elementele funcționale ale sistemului autorităților publice pot fi grupate potrivit câtorva criterii:

a) potrivit sursei autorității publice, autoritățile publice urmează a fi calificate ca: a) reprezentative (sau direct reprezentative) și b) derivate (indirect reprezentative). Din prima categorie fac parte Parlamentul care este ales prin vot universal, egal, direct, secret și liber exprimat al corpului electoral, precum și primarii și consiliile locale alese prin vot universal, egal, direct, secret și liber exprimat de către corpul electoral din circumscripțiile unităților administrativ-teritoriale. Din a doua categorie face parte Președintele Republicii Moldova, ales prin vot secret de către Parlament. Cei care alcătuiesc alte autorități publice decât cele arătate sunt investiți, desemnați sau numiți, fie de către organele reprezentative, fie de cele derivate, fie de către autoritățile administrative ierarhic superioare;

b) potrivit funcției fundamentale ce revine fiecărei autorități publice pot fi distinse: a) autoritatea deliberativă, îndeplinind în principal funcția legislativă (normativă); b) autoritatea administrativă (executivă) ce are o triplă ramificație — autoritatea prezidențială, îndeplinind funcția de mediere între „puterile statului“ (prevăzută expres în România) și de garant al suveranității, independenței naționale, al unității și integrității teritoriale a țării (atribuțiile Președintelui Republicii în realizarea funcției de garant al suveranității, independenței naționale, al unității și integrității teritoriale a țării sunt exercitate cu participarea altor organe ale puterii de stat, precum Parlamentul, Prim-ministrul sau Guvernul); autoritatea guvernamentală, având ca principală funcție asigurarea îndeplinirii politicii interne și externe a statului și exercitarea conducerii generale a administrației publice; autoritatea publică locală, având ca funcție principală gestionarea colectivităților pe care le reprezintă; c) autoritatea judecătorească, chemată să îndeplinească justiția;

c) potrivit nivelului la care funcționează, unele autorități sunt centrale — Parlamentul, Președintele Republicii Moldova, Guvernul, Curtea Supremă de Justiție, Procuratura Generală, Consiliul Superior al Magistraturii etc, altele sunt locale — consiliile locale, primarii, procuraturile teritoriale, judecătoriile de sector etc.

Modelul structural consideră sistemul ca un complex de interdependențe între elementele sale componente¹⁶. În literatura de specialitate¹⁷ se disting patru mari

16 Mărgineanu G. Organizarea sistemică a autorităților publice. În: Administrarea publică, Nr. 1-2, 2004, p. 193.

17 Ionescu C., op. cit., p. 194-200.

categorii de structuri de guvernare, reieșind din principiul separației celor trei puteri: a) regimul confuziei puterilor (deținerea și exercitarea de către același organ a prerogativelor constituționale de natură legislativă și executivă); b) regimul separației rigide a puterilor sau regimul prezidențial (balanța puterilor înclină spre executiv, în special președinte, iar colaborarea între legislativ și executiv este limitată); c) regimul separației suplă sau al colaborării puterilor, sau regimul parlamentar (modalități variate de interferență, colaborare strânsă și armonioasă între legislativ și executiv); d) regimul semiprezidențial (în principal diferă prin alegerea șefului statului prin vot universal, direct și prin răspunderea politică a guvernului față de parlament).

Raporturile constituționale dintre autoritățile publice se caracterizează prin implicări reciproce ale unora în sfera de activitate a celorlalte, implicări ce semnifică echilibru prin cooperare și control. Aceste raporturi sunt multiple și, practic, imposibil de a fi menționate plenar, *inter alia*, exemplificăm:

a) participarea poporului la exercitarea puterii, prin exprimarea voinței corpului electoral (la alegerea deputaților în Parlament, consilierilor în consiliile locale; la constituirea inițiativei pentru revizuirea Constituției; la soluționarea problemelor de interes național sau a problemelor de importanță deosebită pentru unitățile administrativ-teritoriale, respectiv prin referendum național sau referendum local;

b) raporturile Parlamentului cu Președintele republicii (alegerea Președintelui de către Parlament; instalarea în funcție a Președintelui nou ales în cadrul ședinței solemne a Parlamentului; demiterea Președintelui Republicii Moldova de către Parlament, punerea lui sub acuzare, procedură cunoscută în Statele Unite ca impeachment¹⁸; declanșarea procedurii demiterii numai după confirmarea de către Curtea Constituțională a circumstanțelor penale pentru punerea Președintelui sub acuzare. Prin operarea numai cu termenul „demitere“, la lit. f) alin. (1) art. 135 din Constituție nu se face distincție între procedura penală și civilă de demitere, iar ținând cont de faptul că alin. (3) art. 81 al Constituției prevede că Președintele este demis de drept la data rămânerii definitive a sentinței de condamnare a Curții Supreme de Justiție, fără implicarea Curții Constituționale, există o coliziune între aceste două norme¹⁹; aprobarea resurselor financiare ale aparatului Președintelui prin bugetul de stat; promulgarea legilor de către Președinte sau trimiterea spre reexaminare Parlamentului (nimit și vetoul Președintelui)²⁰; participarea Președintelui la lucrările Parlamentului, adresarea mesajelor Parlamentului cu privire la principalele probleme ale națiunii; dizolvarea Parlamentului în cazul imposibilității formării Guvernului sau al blocării procedurii de adoptare a legilor timp de 3 luni după consultarea fracțiunilor parlamentare (prin dizolvarea Parlamentului și desfășurarea alegerilor, alegătorilor li se oferă posibilitatea de a soluționa pe cale constituțională conflictul

18 Пронкин С. В., Петрунина О. Е. Государственное управление зарубежных стран. Учебное пособие. Москва: Аспект Пресс, 2001, p. 102.

19 Constituția Republicii Moldova: Comentariu. p. 311.

20 Окуньков Л. А., Рошин В. А. Вето Президента. Москва: Формула Права, 1999, p. 6.

dintre autorități)²¹; inițiativa legislativă a Președintelui; acceptul prealabil al Parlamentului pentru declararea de către Președinte a mobilizării parțiale sau generale, iar în caz de agresiune, pentru declararea stării de război, cu informarea neîntârziată a Parlamentului);

c) raporturile Parlamentului cu Guvernul (acordarea de către Parlament a încrederii Guvernului, aprobarea programului de activitate și a întregii liste a Guvernului și responsabilitatea Guvernului în fața Parlamentului, inclusiv prin prezentarea informațiilor și documentelor cerute de acesta, de comisiile lui și de deputați, prin prezența obligatorie a membrilor Guvernului chemați la lucrările Parlamentului; adoptarea moțiunii de exprimare a poziției față de obiectul interpelării; exprimarea votului de neîncredere Guvernului (o formulă constituțională pragmatică este înscrisă în art. 67 din Constituția Germaniei Federale, prin care în moțiunea de cenzură depusă împotriva Guvernului se indică și succesorul Cancelarului (primului-ministru), evitându-se o potențială criza politică)²²; adoptarea, la propunerea Guvernului, a unei legi speciale de abilitare a Guvernului pentru a emite ordonanțe în domenii care nu fac obiectul legilor organice, cu supunerea ulterioară a adoptării acestora de către Parlament, dacă legea de abilitare o cere (delegarea legislativă); accesul membrilor Guvernului la lucrările Parlamentului cu dreptul de a-și exprima opiniile pe marginea chestiunilor examinate; angajarea de către Guvern a răspunderii în fața Parlamentului asupra unui program, unei declarații de politică generală sau unui proiect de lege; emiterea ordonanțelor de către Guvern în domenii care nu fac domeniul legilor organice, în vederea realizării programului de activitate; examinarea deciziilor (avizelor) comisiilor parlamentare vizând activitatea Guvernului și a organelor din subordinea lui și comunicarea către comisii a rezultatelor examinării sau a măsurilor luate pe marginea lor);

d) relațiile Președintelui republicii cu Guvernul, în principal de colaborare reciprocă (desemnarea unui candidat pentru funcția de Prim-ministru de către Președinte, după consultarea fracțiunilor parlamentare; numirea Guvernului de către Președinte în baza votului de încredere acordat de Parlament; participarea Președintelui la ședințele Guvernului; suspendarea actelor Guvernului ce contravin legislației până la adoptarea hotărârii definitive a Curții Constituționale; acreditarea și rechemarea reprezentanții diplomatice ai Republicii Moldova, aprobarea înființării, desființării sau schimbării rangului misiunilor diplomatice de către Președintele republicii la propunerea Guvernului);

e) raporturile dintre autoritatea publică locală și centrală (respectarea de către primari și consiliile locale, în teritoriul administrat, a Constituției, a legilor și hotărârilor Parlamentului, a decretelor Președintelui Republicii Moldova, a hotărârilor și ordonanțelor Guvernului; suspendarea activității consiliului local de către Parla-

21 <http://constcourt.md/download.php?file=cHVibGljL2NjZG9jL2hvdGFyaXJpL3JvXzE5OThf aF80MC5wZGY%3D>

22 Ionescu C., op. cit., p. 190.

ment, la propunerea motivată a primarului, a președintelui comitetului executiv raional sau a Guvernului);

f) relațiile dintre legislativ și executiv cu autoritatea judecătorească (intervenția în sfera justiției a altor „puteri“ contravine principiului constituțional, de aceea raporturile date trebuie apreciate cu luarea în considerare a principiului independenței, imparțialității și inamovibilității judecătorilor și supunerii lor numai legii: numirea judecătorilor în funcție de Președintele republicii, la propunerea Consiliului Superior al Magistraturii; președintele, numirea în funcție a vicepreședinților și judecătorilor Curții Supreme de Justiție de către Parlament la propunerea Consiliului Superior al Magistraturii; numirea în funcție a Procurorului general de către Parlament, la propunerea Președintelui acestuia; suspendarea din funcție a primarului pentru săvârșirea unei fapte penale de către instanța judecătorească. Menționăm, că fiind la discreția politicului, pot avea loc numiri dictate de interesele partidului de guvernământ sau majorității parlamentare, reducându-se posibilitatea numirii judecătorilor în funcție după principiul profesionalismului, onestității, fidelității față de lege, ceea ce reduce semnificativ din independența (autonomia) reală a autorității judiciare în Republica Moldova, fapt pentru care reformele înfăptuite în sistemul judiciar deocamdată nu au reușit să recâștige încrederea cetățenilor în actul de justiție)²³;

g) garanții constituționale ale bunei funcționări a autorităților publice (exercitarea jurisdicției constituționale de către Curtea Constituțională, la sesizarea făcută de Președintele Republicii Moldova, Guvern, Ministrul Justiției, Curtea Supremă de Justiție, Procurorul General, deputatul în Parlament, fracțiunea parlamentară, Adunarea Populară a Găgăuziei; controlul asupra modului de formare, de administrare și de întreținere a resurselor financiare publice, precum și asupra modului de gestionare a patrimoniului public de către Curtea de Conturi — organul suprem de control financiar, inclusiv a aparatului Parlamentului, aparatul Președintelui Republicii Moldova, Cancelariei de Stat, Curții Supreme de Justiție, Procuraturii Generale, și altor autorități publice.

Incompatibilitățile funcționale, impuse autorităților publice, constituie măsuri de drept menite să asigure real funcționarea statului de drept și democrația. Consacrarea constituțională a incompatibilităților ce țin de exercitarea funcției de Președinte al Republicii Moldova sau de membru al Guvernului, a funcțiilor de judecător, procuror etc. constituie o garanție a îndeplinirii de către legislativ, executiv și autoritatea judecătorească a prerogativelor ce le revin potrivit prevederilor Constituției²⁴. Incompatibilitatea este interdicția legală ca cineva să poată ocupa simultan două funcții, două atribuții, care, prin caracterul lor, sunt contradictorii, atât în scopul garantării independenței sale, cât și pentru a-i ocroti probitatea²⁵.

23 Conferința Științifică Internațională a doctoranzilor „Tendințe contemporane ale dezvoltării științei: viziuni ale tinerilor cercetători«. Culegere de teze. Chișinău: Artpoligraf, 2014, p. 125.

24 Constituția Republicii Moldova: comentariu, p. 356.

25 Ibidem, p. 360.

Parlamentul, Președintele Republicii și Guvernul se mai consideră și autorități publice supreme în stat, numite uneori²⁶ și instituții politice, care sunt în măsură să influențeze practic toate relațiile sociale existente în societate. Constituția Republicii Moldova nu consacră expres autoritatea ce ar ocupa un loc de vârf în sistemul organelor statului, chiar dacă în titlul III autoritățile publice au o anumită consecutivitate. O asemenea înscriere constituțională nu intră în contradicție cu principiul separării puterilor.

Orice autoritate publică își poate exercita atribuțiile numai prin adoptarea unor acte publice, fiecare autoritate având actele sale, individualizate prin formă, procedura de adoptare și statutul juridic în rândul izvoarelor de drept. În ierarhia actelor normativ-juridice, totuși, actele ce emană de la Parlament se plasează pe locul de vârf, fiind investite cu putere juridică supremă față de actele altor organe. Deși este unicul organ legiuitor, Parlamentul nu poate să adopte o lege prin care să modifice ori să abroge acte administrative individuale sau hotărâri judecătorești, deoarece s-ar încălca raporturile dintre autoritățile publice, așa cum sunt ele stabilite prin constituție, și principiul repartitiei puterilor.

Chiar dacă în activitatea de creare a normelor juridice sunt antrenate mai multe autorități ale statului, funcția legislativă, sub aspect instituțional, îi este proprie în exclusivitate Parlamentului, mai ales datorită naturii sale reprezentative. Implicarea în procesul legislativ a mai multor subiecți cu diferit statut are drept scop evitarea concentrării puterii de legiferare în mâinile unei minorități (chiar dacă e reprezentativă), ceea ce nu exclude un eventual abuz în exercitarea ei și, respectiv, realizarea unei corespunderi a reglementărilor legale cu interesele generale ale societății, fapt ce constituie un element important al mecanismului de interferență și echilibrare a puterilor în stat²⁷. Unul dintre mecanismele constituționale menite să asigure colaborarea și echilibrul în raporturile dintre Parlament și Guvern îl prezintă instituția controlului parlamentar. Privită într-un cadru general, informarea Parlamentului de către Guvern este o condiție a exercitării controlului parlamentar asupra acestuia²⁸.

Funcția de control este una secundară, deoarece nu aparține exclusiv Parlamentului, cu funcții de control fiind înzestrați și Președintele Republicii și Guvernul. Formele de realizare a controlului sunt diferite, însă, în esență, funcția este identică. Art. 66 lit. f) din Constituție fixează că Parlamentul exercită controlul parlamentar asupra puterii executive sub formele și în limitele prevăzute de lege.

Controlul parlamentar este efectuat direct, adică prin mijloace proprii, și indirect. Potrivit Constituției Republicii Moldova²⁹, controlul direct poate fi exercitat:

- de Parlament în întregime; examinând informații ale Guvernului (art. 104);
- audiind mesaje, informații, rapoarte ale șefului statului (art. 84);

26 Ionescu C., op. cit., p. 95.

27 Butucea E. Șeful statului și guvernul ca subiecți ai procesului legislativ. În: *Legea și viața*, Nr. 7, 2013, p. 29.

28 Constituția Republicii Moldova: comentariu, p. 370.

29 Constituția Republicii Moldova din 29.07.1994, publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, Nr.1 din 12.08.1994; http://lex.justice.md/document_rom.php?id=44B9F30E:7AC17731

- de comisiile permanente, fracțiunile Parlamentului sau de deputați, prin intermediul întrebărilor și interpelărilor (art. 105);
- prin dreptul deputaților de a cere Guvernului prezentarea diferitelor documente, informații (art. 104).

Controlul indirect se efectuează prin intermediul:

- Curții de Conturi (art. 133 din Constituția Republicii Moldova);
- Avocaților Poporului (Ombudsmanilor)³⁰;
- însărcinărilor speciale acordate unor autorități.

Parlamentul exercită, de asemenea, controlul asupra activității Guvernului și altor autorități publice prin rezolvarea petițiilor cetățenilor. Această formă de control este foarte importantă, deoarece, în funcție de informația primită, pot fi generate și celelalte forme de control, deja menționate.

Regulamentul Parlamentului³¹ consacră problemelor controlului parlamentar efectuat prin întrebări și interpelări Capitolul 7. Astfel, art. 122 din Regulament fixează pentru ziua de joi a fiecărei săptămâni, în ultima oră de lucru a Parlamentului, exercitarea controlului asupra activității Guvernului prin întrebări și interpelări. Modul de folosire a timpului acordat întrebărilor și interpelărilor, la propunerea președintelui ședinței, este stabilit de către deputați cu majoritatea de voturi³².

Instituția Președintelui Republicii Moldova este conform Constituției următoarea autoritate publică după organul reprezentativ al țării. Se consideră că prin promulgarea legilor și posibilitatea Președintelui de a le remite (o singură dată) Parlamentului, spre reexaminare, acesta îndeplinește o funcție specifică puterii legislative³³. Interpretând sintagma „parlamentul își menține hotărârea“ din art. 28 alin. (2) din Constituție, Curtea Constituțională a explicat că „se consideră că Parlamentul și-a menținut hotărârea adoptată anterior, dacă pentru această hotărâre s-a votat cu majoritatea de voturi, cerută pentru această procedură /.../ însă acest număr de voturi nu poate fi mai mic decât numărul de voturi cu care s-a votat inițial legea“³⁴.

Unii autori autohtoni susțin însă că Președintele Republicii Moldova are și o a treia funcție — cea de mediere, care „nu este stipulată expres, direct în textul constituțional, dar derivă din celelalte prevederi“. În opinia acestor autori, în exercitarea acestei funcții, Președintele „veghează la buna funcționare a autorităților publice, iar, pe de altă parte, el înlesnește colaborarea autorităților publice, aplanează sau previne relațiile tensionate dintre acestea ori dintre ele și societate“, așa precum: dreptul de a convoca sesiuni extraordinare sau speciale, de a adresa Parlamentului mesaje, de a promulga legile, de a dizolva Parlamentul, de a desemna candidatura

30 <http://lex.justice.md/md/352794/>

31 <http://lex.justice.md/md/322831/>

32 Constituția Republicii Moldova: comentariu, p. 260.

33 Drilea M. Modul de reglementare a principiului separației puterilor în Constituția României. În: *Legea și viața*, Nr. 3, 2008, p. 32.

34 <http://constcourt.md/download.php?file=cHVibGJlL2NjZG9jL2hvdGFyaXJpL3JvXzE5OTdf aF8yNy5wZGY%3D>

la funcția de Prim-ministru, de a numi în funcție judecătorii, dreptul Președintelui de a lua parte la ședințele în plen ale Parlamentului, de a participa la dezbaterile parlamentare și de a adresa mesaje ș.a. În exercitarea acestor funcții, Președintele este chemat să asigure buna funcționare a autorităților publice, dispunând de diferite mecanisme de influență asupra legislativului și executivului³⁵.

Pronunțându-se asupra procedurii promulgării legilor, Curtea Constituțională a constatat³⁶ că „reglementările juridice, emanând de la puterea executivă, sunt executorii prin însăși natura lor. Or, legile adoptate de către legislativ nu au o asemenea calitate. Orice reglementare juridică, ce are putere de lege, nu este aplicabilă numai prin faptul că a fost votată de Parlament. Promulgarea este acțiunea prin care șeful statului atestă existența legii și impune autorităților publice respectarea și supravegherea executării ei. Deci Președintele republicii, semnând un decret de promulgare, verifică, constată și certifică existența legii, votată de Parlament în condițiile cerute de Constituție. Deci, promulgarea imprimă legii caracter executoriu, iar publicarea o face opozabilă. Promulgarea legii este o prerogativă imperativă a Președintelui țării, consacrată în Constituție, și nicio altă autoritate publică în stat nu și-o poate aroga.

Dacă Președintele ar solicita repetat Parlamentului de a reexamina legile adoptate ar comite o ingerință în activitatea legislativului. Atunci când există divergențe de opinii, asupra constituționalității legii adoptate, conform art. 135 din Constituție, trebuie să se pronunțe Curtea Constituțională. În Constituție nu se indică clar termenul în care Președintele este obligat să promulge legea. Cele 2 săptămâni prevăzute de art. 93 din Constituție se aplică în cazul în care există obiecții. Curtea Constituțională a fost sesizată în mai multe situații în această problemă. Curtea Constituțională a interpretat acest termen: În norma constituțională menționată se prevede că șeful statului trimite legea, la care are obiecții, spre reexaminare Parlamentului în termen de cel mult două săptămâni, evident, și aceasta este logic, că în cazul în care Președintele Republicii Moldova nu are obiecții asupra legii, ea se promulgă de asemenea într-un termen ce nu depășește două săptămâni.

La convocarea primei ședințe a Parlamentului șeful statului acționează nu ca o persoană, căreia Parlamentul i se subordonează, ci ca o persoană care face parte din autoritățile investite cu exercitarea puterii de stat, și rolul său de a convoca prima ședință a Parlamentului are un caracter formal, deoarece în procesul ședinței de constituire el nu intervine în niciun mod³⁷.

Pentru realizarea unor atribuții, Președintele, urmează să obțină aprobarea Parlamentului (în domeniul militar de exemplu: doctrina militară a statului, concepția securității naționale, structura generală și efectivele componentelor Forțelor Armate, regulamentul disciplinei militare), iar în alte cazuri, trebuie să-l informeze neîntârziat (ex. în caz de agresiune armată).

35 Constituția Republicii Moldova: comentariu, p. 298-299.

36 <http://constcourt.md/download.php?file=cHVibGljL2NjZG9jL2hvdGFyaXJpL3JvXzE5OTZfaF8wMmIucGRm>

37 Constituția Republicii Moldova: comentariu, p. 248-249.

Președintele Republicii Moldova e ales de Parlament prin vot secret, însă tot mai des în ultima perioadă este abordată problema revenirii la agererea Președintelui de către toți cetățenii, problemă pe care o considerăm actuală și necesară de a fi soluționată la etapa actuală de dezvoltare a statului nostru.

Autoritatea publică executivă supremă, responsabilă în fața Parlamentului, care asigură realizarea politicii interne și externe a Republicii Moldova, și exercită conducerea generală a administrației publice, este Guvernul țării. În doctrină se produc discuții³⁸ asupra accepțiunilor „administrație” și „putere executivă”. În concepția constituțională clasică, „administrația” reprezintă acțiunea puterii executive, bazată pe procedee de putere publică.

Guvernul este alcătuit din Prim-ministru, prim-viceprim-ministru, viceprim-miniștri, miniștri și alți membri stabiliți prin lege organică și se conduce de programul de activitate acceptat de Parlament, exercită conducerea generală a administrației publice, în conformitate cu Constituția Republicii Moldova și Legea cu privire la Guvern³⁹.

Sintagma „exercită conducerea generală a administrației publice” evocă existența unor raporturi de drept administrativ între Guvern și oricare altă autoritate a administrației publice, raporturi care diferă sub aspectul conținutului, în funcție de principiile ce stau la baza structurii administrației: unele vor fi raporturi de subordonare (față de ministere), altele vor fi raporturi de colaborare (față de autoritățile administrației publice autonome) și altele vor fi raporturi de tutelă administrativă (față de autoritățile locale alese)⁴⁰.

Autoritățile publice pot fi organizate în subordinea, sub autoritatea, în coordonarea Guvernului, ministerelor și celorlalte organe de specialitate ale administrației publice centrale și locale ori în coordonarea primului-ministru sau sub controlul Parlamentului. Acestea pot fi și autorități autonome precum Comisia Națională de Integritate.

Instituția publică și autoritatea publică sunt entități publice diferite, care nu pot fi confundate. Autoritatea publică este cea care constituie instituția publică în baza unui act pe care-l emite, și, care finanțează integral sau parțial instituția publică de la bugetul său. De exemplu, conform alin. (1) art. 32 al Legii Republicii Moldova privind administrația publică centrală de specialitate din 04.05.2012⁴¹, pentru realizarea unor funcții de administrare, sociale, culturale, de învățământ și a altor funcții de interes public cu caracter necomercial, de care este responsabil ministerul sau altă autoritate administrativă centrală, cu excepția celor de reglementare normativ-juridică, supraveghere și control de stat, precum și a altor funcții care implică exercitarea prerogativelor de putere publică, în sfera de competență a

38 Poalelungi O. Statutul autorității publice ca factor ce condiționează puterea juridică a actului normativ-juridic. În: Revista Națională de Drept, Nr. 6, 2013, p. 23.

39 <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&id=312895>

40 Constituția Republicii Moldova: comentariu, p. 346.

41 <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=344256&lang=1>

acestora pot fi constituite instituții publice (instituții de învățământ de stat; instituțiile medico-sanitare publice ș.a.).

Exercitarea funcției jurisdicționale potrivit art. 114 din Constituție care precizează că justiția se înfăptuiește numai de către instanțele judecătorești reprezintă prerogativa exclusivă a acestora. Legiuitorul constituant, la determinarea categoriei puterii de stat, a folosit noțiunea „puterea judecătorească“, și nu „autoritatea judecătorească“, noțiuni care, în diferite situații și interpretări, nu sunt identice⁴².

Instanța judecătorească este unica autoritate abilitată, în ordinea stabilită de lege, de a utiliza mijloace coercitive pentru apărarea ordinii de drept, pentru pedepsirea persoanei vinovate de comiterea infracțiunii.

Exclusivitatea puterii judecătorești constă în faptul că niciun alt organ al puterii de stat nu este în drept să-și asume funcțiile și competențele instanțelor judecătorești. Independența judecătorului este determinată, în primul rând, de raporturile acestuia cu celelalte autorități publice. Judecătorul nu se află și nu trebuie să se afle în raport de subordonare față de alte autorități publice, oricare ar fi acestea și indiferent de statutul lor ierarhic în stat⁴³.

Una din condițiile independenței justiției este siguranța financiară atât a instanțelor judecătorești în general, cât și a judecătorilor în particular. Siguranța financiară presupune: dreptul la salariu și pensie conform legii și care să nu fie subiect al unor intervenții arbitrare din partea executivului într-o manieră care ar putea afecta independența justiției. În acest sens, o importanță deosebită o au măsurile preconizate pentru asigurarea unui statut, a unei remunerații adecvate pentru magistrați, precum și a garantării prin lege a acestora⁴⁴.

Potrivit Recomandării Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei Rec (2010)12 „Cu privire la judecători: independența, eficiența și responsabilitățile“ (Capitolul I, pct. 6)⁴⁵, toate persoanele care au legătură cu un caz, inclusiv organismele publice sau reprezentanții lor, trebuie să se supună autorității judecătorului. Judecătorii trebuie să dispună de suficientă putere și să fie în măsură a și-o exercita în vederea îndeplinirii atribuțiilor și pentru a menține autoritatea lor și prestigiul instanței.

Prevederile constituționale nu prevăd pentru puterile legislativă și executivă obligații exprese și răspundere pentru neexecutarea obligațiilor ce le revin în cadrul colaborării puterilor. Aceasta pune într-o situație dezavantajoasă puterea judecătorească și îi complică funcționarea⁴⁶. Puterea executivă și cea legislativă trebuie să se asigure că judecătorii sunt independenți și că nu sunt adoptate măsuri susceptibile de a pune în pericol această independență⁴⁷.

42 Constituția Republicii Moldova: comentariu, p. 463.

43 http://www.constcourt.md/public/files/file/Actele%20Curtii/acte1997/h_10.pdf

44 Constituția Republicii Moldova: comentariu, p. 453.

45 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1710365&Site=CM>

46 Constituția Republicii Moldova: comentariu, p. 518.

47 Constituția Republicii Moldova: comentariu, p. 437.

În materia penală, reieșind din prevederile art. 21 Cod penal⁴⁸, o autoritate publică nu poate fi subiect al infracțiunii, de răspundere penală este pasibil doar personalul acesteia, care de regulă sunt funcționarii publici.

Plasarea instituției Procuraturii în capitolul nouă al Constituției — Autoritatea judecătorească, nu face ca procurorii să dobândească automat statutul de magistrat. Acest fapt nu permite tratarea statutului procurorilor prin prisma principiului independenței justiției și a judecătorului stipulate de art. 116 din Constituție⁴⁹.

Reforma sectorului justiției care se tot încearcă a se face în ultimii ani și fără un succes vizibil, trasează ca prim obiectiv revizuirea procedurii de numire în funcție a Procurorului general și a celorlalți procurori, precum și acordarea statutului de magistrat procurorilor sau cel puțin echivalarea în remunerație (pensii și salarii) cu judecătorii⁵⁰.

Autoritățile publice locale își desfășoară activitatea în domeniile stabilite de lege, dispunând în acest scop de competențe depline, care nu pot fi puse în cauză sau limitate de nicio autoritate publică, decât în condițiile legii. Autoritatea organelor administrației publice locale este exercitată în limitele teritoriului administrat pe principiul autonomiei, însă fără a afecta caracterul de stat unitar.

Câmpul pe care se întâlnesc autoritățile publice centrale, cele locale și autoritatea judecătorească este contenciosul administrativ, de regulă în cazul exercitării de către Cancelaria de stat a controlului administrativ de legalitate. În cazul controlului exercitat asupra administrației publice, obiectul verificării sunt legalitatea actelor emise (verificarea respectării normelor instituite prin lege și de aplicare, dacă este cazul, a unor sancțiuni); oportunitatea acestora (evenimentele să fie adecvate împrejurărilor și situațiilor) și eficacitatea (de a controla ce nu merge bine spre a îmbunătăți acest mers)⁵¹.

Contracararea abuzurilor și a exceselor de putere se realizează prin evaluarea de către judecătorul administrativ a puterii discreționare a autorității publice pârâte, raportând-o la situația de caz concretă, pentru a stabili dacă limitele acesteia sunt depășite, iar autoritatea publică a intrat în zona excesului de putere⁵².

Merită atenția situația când prin actul de justiție (încheierea instanței de judecată privind schimbarea modului și ordinii de executare a hotărârii definitive și irevocabile conform art. 252 din Codul de procedură civilă⁵³) se înlocuiește voința autorităților publice care au fost obligate la anumite acțiuni de prerogativa exclusivă a cărora sunt,

48 <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&id=286230>

49 http://constcourt.md/public/files/file/Actele%20Curtii/acte%202011/h_27.pdf

50 Conferința Științifică Internațională a doctoranzilor „Tendințe contemporane ale dezvoltării științei: viziuni ale tinerilor cercetători”, op. cit., p. 125.

51 Diaconu M. Esența și rolul controlului exercitat asupra administrației publice. În: *Legea și viața*, Nr. 7, 2011, p. 54.

52 Costachi Gh. Direcții prioritare ale edificării statului de drept în Republica Moldova. Chișinău: Academia de Științe a Moldovei, 2009, p. 238.

53 <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&id=286229>

în cazul tergiversării executării hotărârii de către autoritățile publice. Considerăm că acest fenomen a căpătat deja rezonanță în societate prin numărul mare de cazuri și suspiciunile de scheme frauduloase, cu implicarea mai multor autorități publice și factori de decizie ai acestora, prin urmare trebuie analizat și eradicat.

Printre atribuțiile de bază ale primarului, ca autoritate publică locală executivă, conform prevederilor art. 29 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 436 din 28.12.2006 privind administrația publică locală⁵⁴ este asigurarea executării deciziilor consiliului local. Altfel spus, actele primarului (dispozițiile) trebuie să corespundă nu doar prevederilor Constituției, legilor și hotărârilor de Guvern, ci și deciziilor consiliului local.

Prin dispoziția primarului general nr. 880-d din 19 august 2014 „Cu privire la suspendarea prevederilor Planului Urbanistic General al orașului Chișinău referitoare la trasarea bulevardului Dimitrie Cantemir, de la str. Ismail până la str. Mihai Viteazul”⁵⁵, pentru anumite motive de oportunitate expuse în preambulul dispoziției s-a dispus suspendarea, până la aprobarea Planului Urbanistic General reactualizat al orașului Chișinău și a Planului Urbanistic Zonal Centru al orașului Chișinău, aplicarea prevederilor referitoare la trasarea bd. Dimitrie Cantemir, de la str. Ismail până la str. Mihai Viteazul, aprobate prin decizia Consiliului municipal Chișinău nr. 68/1-2 din 22.03.2007. Reglementările urbanistice pentru zona dată din or. Chișinău au mai fost instituite și prin decizia Consiliului municipal Chișinău nr.22/40 din 25.12.2008, pentru aprobarea Regulamentului local de urbanism al orașului Chișinău⁵⁶.

Considerăm că prin adoptarea dispoziției în cauză, s-au depășit limitele stabilite de lege pentru actele primarului, or printr-o dispoziție unipersonală nu pot fi modificate reglementările instituite printr-o decizie a consiliului, prevederi ale cărora pot fi doar executate, nu și suspendate. Prin urmare, în procedura controlului administrativ, Oficiul teritorial al Cancelariei de stat urma să notifice dispoziția dată în vederea abrogării, iar în caz de refuz, să ceară instanței de contencios administrativ competentă teritorial să o considere nulă.

Conform Titlului V din Constituție, Curtea Constituțională este unica autoritate de jurisdicție constituțională, independentă de orice altă autoritate publică și se supune, în activitatea sa, numai Constituției, Legii cu privire la Curtea Constituțională nr.318-XIII din 13 decembrie 1994⁵⁷ și Codului jurisdicției constituționale nr.502-XIII din 16 martie 1995⁵⁸. Există critici⁵⁹ referitoare la plasarea instituției date în titlu separat al Constituției (și nu în structura puterii judecătorești), pe care le considerăm mai

54 http://lex.justice.md/document_rom.php?id=C8E304A4:037190E8

55 <http://www.chisinau.md/download.php?file=CHVibGljL3B1YmxpY2F0aW9ucy84ODE3NDkyX21kX3NjYW4xMDAwOS5wZGY%3D>

56 A se vedea în acest sens: http://www.chisinau.md/public/files/planuri/PREZENTAREA_PUZ_FINAL_ro.pdf

57 <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=311650>

58 <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=311677>

59 Susarenco Gh., Popa V. Raportul National privind exercitarea justiției constituționale în Republica Moldova. Chișinău: Prut Internațional, 2004, p. 14.

puțin relevante în virtutea prevederii „independentă de orice altă autoritate publică“ și corelațiilor funcționale ale Curții Constituționale cu celelalte autorități.

În dezbaterile pe marginea textului proiectului Constituției, Parlamentul Republicii Moldova a afirmat că Curtea Constituțională este autoritatea asupra tuturor autorităților și scopul activității ei constă în delimitarea celor trei puteri, de aceea ea însăși este „a patra putere“; Curtea Constituțională „va deveni o superautoritate care, prin hotărârile sale, va anula toate actele juridice normative adoptate de Parlament“; este o instituție a supravegherii constituționale, devenind un „aparat periculos, care, în loc să soluționeze litigiile dintre puteri, se va transforma într-un organ executiv politic cu atribuții nelimitate⁶⁰. Timpul demonstrează că temerile inițiale nu se adeveresc.

Legea Supremă nu prevede colaborarea Curții cu puterea legislativă, puterea executivă și puterea judiciară, totuși ea este cea care sprijină buna funcționare a puterilor publice în cadrul raporturilor constituționale de separație, echilibru, colaborare și control reciproc. Curtea Constituțională poate influența activitatea Parlamentului, a șefului statului și a Guvernului, anulând legile ce sunt în contradicție cu Constituția și alte acte normative⁶¹.

Participarea altor autorități la procedura de ridicare a mandatului judecătorilor constituționali ar afecta considerabil independența Curții. În acest sens, legislația Republicii Moldova stabilește garanții, care nu permit organelor ce au numit judecătorii la Curtea Constituțională să-i elibereze din funcție sau să-i suspende. Constituția prescrie Curții Constituționale doar să asigure realizarea principiului separării puterilor de stat prin controlul constituționalității legilor și altor acte normative.

Interferențele autorității jurisdicției constituționale cu ramurile puterii de stat constau în corelații funcționale pe câteva direcții: juridico-organizatorică, juridico-procedurală, tehnico-materială etc.

Pentru a nu admite un eventual abuz al Președintelui față de Parlament, circumstanțele care justifică dizolvarea Parlamentului sunt constatate de către Curtea Constituțională.

Pentru temperarea tendinței de abuz și exces de putere a autorităților publice, considerăm binevenită acordarea unei noi prerogative Curții Constituționale — atribuția de a soluționa conflictele de competență dintre autoritățile publice.

În România, Președintele poate cere Curții Constituționale soluționarea conflictelor juridice de natură constituțională dintre autoritățile publice, conform art. 146 lit. e) din Constituție, deoarece acest drept se exercită în condițiile exprimării punctului de vedere asupra posibilelor căi de soluționare a conflictului, implicit asupra temeiniciei sau netemeiniciei atitudinii ori a susținerilor autorităților publice implicate în conflict.

Curtea Constituțională a României, prin Decizia nr.53 din 28 ianuarie 2005⁶², a statuat că „conflictul juridic de natură constituțională între autoritățile publice“

60 Constituția Republicii Moldova: comentariu, p. 512.

61 Ibidem, p. 513.

62 <http://www.legex.ro/Decizia-53-2005-49286.aspx>

presupune „acte sau acțiuni concrete prin care o autoritate sau mai multe își arogă puteri, atribuții sau competențe care, potrivit Constituției, aparțin altor autorități publice, ori omisiunea unor autorități publice, constând în declinarea competenței sau în refuzul de a îndeplini anumite acte care intră în obligațiile lor“. De asemenea, Curtea a mai statuat că textul art.146 lit.e) din Constituție „stabilește competența Curții de a soluționa în fond orice conflict juridic de natură constituțională ivit între autoritățile publice, iar nu numai conflictele de competență născute între acestea“.

Conflictul juridic de natură constituțională se poate declanșa între două sau mai multe autorități și poate privi conținutul ori întinderea atribuțiilor lor decurgând din Constituție, ceea ce înseamnă că acestea sunt conflicte de competență, pozitive sau negative, și care pot crea blocaje instituționale. În sensul deciziei Curții Constituționale a României, autorități publice care ar putea fi implicate într-un conflict juridic de natură constituțională sunt numai cele cuprinse în titlul III din Constituție, și anume: Parlamentul, alcătuit din Camera Deputaților și Senat; Președintele României, ca autoritate publică unipersonală; Guvernul; organele administrației publice centrale și ale administrației publice locale, precum și organele autorității judecătorești. În cererea de soluționare a conflictului trebuie menționate autoritățile publice aflate în conflict, textele legale asupra cărora poartă conflictul, prezentarea poziției părților și opinia autorului cererii⁶³.

În dreptul comparat, judecătorii constituționali din Portugalia, Franța, Italia, prin așa-numitele hotărâri „constructive“, adaptează legea, adăugând la textul legislativ, elemente ce-i permite de a o declara conformă. De asemenea, pot obliga legislativul de a-și reîncepe activitatea (în cazul unei cenzurări parțiale ori totale a legii), supunând aprobarea legii modalităților de aplicare expuse, de fapt participă la procesul de legiferare. La același rezultat conduce și controlul *a priori* consacrat de constituțiile unor țări europene.

Considerăm, totuși, că prin interpretarea prevederilor Constituției, Curtea Constituțională a Republicii Moldova pătrunde adânc pe câmpul legiuitorului. În acest sens, exemplificăm prin pronunțarea la 5 decembrie 2013 a hotărârii⁶⁴ privind interpretarea articolului 13 alin. (1) din Constituție în coraport cu Preambulul Constituției și Declarația de Independență a Republicii Moldova. Prin această hotărâre, Curtea a statuat că „Declarația de Independență consacră crearea noului stat independent Republica Moldova și stabilește temeliile, principiile și valorile fundamentale ale organizării statale a Republicii Moldova, fiind parte integrantă a Preambulului Constituției, are valoare de text constituțional și face corp comun cu Constituția, fiind textul constituțional primar și imuabil al blocului de constituționalitate, constituie fundamentul juridic și politic al Constituției, astfel încât nici o prevedere a acesteia din urmă nu poate depăși cadrul Declarației de Independență. În cazul existenței unor divergențe între textul Declarației de Independență și textul Constituției, textul

63 Grădinaru N. Controlul constituționalității legilor în România. În: Legea și viața, Nr. 6, 2012, p. 4.

64 <http://constcourt.md/download.php?file=cHVibGljL2NjZG9jL2hvdGFyaXJpL3JvLWwhfMzZfMjAxMy5wZGY%3D>

constituțional primar al Declarației de Independență prevalează“. Prin urmare, limba română (sintagma) consfințită în Declarația de Independență, adoptată la 27 august 1991, ca limbă a noului stat Republica Moldova, prevalează asupra (sintagmei) limbii moldovenești, statuate în art. 13 alin. (1) din Constituție.

În ceea ce urmează, prezintă interes cum se va pronunța Curtea Constituțională asupra sesizărilor depuse de către doi deputați din partea opoziției parlamentare pe marginea actelor legislative adoptate recent de către Guvern prin angajarea răspunderii în fața Parlamentului.

În prima sesizare⁶⁵, deputații, *inter alia*, au prezentat următoarele argumente: „Acceptarea ideii potrivit căreia Guvernul își poate angaja răspunderea asupra unui proiect de lege în mod discreționar, oricând și în orice condiții, ar echivala cu transformarea acestei autorități în autoritate publică legiuitoare, concurentă cu Parlamentul în ceea ce privește atribuția de legiferare, ceea ce nu este admisibil în nici un caz. Conform art. 120 din Regulamentul Parlamentului, legile adoptate ca rezultat al angajării răspunderii Guvernului în fața Parlamentului intră în vigoare la data publicării. Însă din conținutul legilor și hotărârilor de Guvern din speța dată, constatăm că aproximativ o jumătate din cele 11 legi pentru care Guvernul și-a angajat răspunderea în fața Parlamentului prevăd cu totul alte termene de intrare în vigoare, unele fiind foarte îndepărtate. Opinăm, în acest sens că angajarea răspunderii Guvernului asupra unui proiect de lege urmărește ca acesta să fie adoptat în condiții de maximă celeritate, conținutul reglementării vizând stabilirea unor măsuri urgente într-un domeniu de maximă importanță, iar aplicarea acestora trebuie să fie imediată“. Autorii sesizării au solicitat Curții interpretarea prevederilor art. 106/1 din Constituție prin prisma art. 120 din Regulamentul Parlamentului, în sensul dacă legile adoptate prin procedura angajării răspunderii Guvernului pot intra în vigoare la o altă dată decât cea stabilită în Regulamentul Parlamentului.

Prin sesizarea⁶⁶ depusă la 26 septembrie 2014 pe marginea constituționalității a 7 legi organice, în mod similar adoptate prin angajarea răspunderii Guvernului în fața Parlamentului, s-a opinat că „Guvernul a abuzat de angajarea răspunderii, contrar prevederilor constituționale referitoare la procedura legislativă, îndeosebi prin asumarea răspunderii pe 7 proiecte de lege într-o singură zi“ cerându-i-se Curții Constituționale să exercite controlul constituționalității acestora“.

Un lucru grav în opinia noastră este faptul că în ziua ședinței de Guvern (25.09.2014), care trebuia să se desfășoare la ora 09.00⁶⁷, cu ceva timp înainte (în aceeași zi) déjà fusese publicată ediția curentă a Monitorului Oficial al Republicii Moldova, în care se regăseau hotărârile de Guvern adoptate, dar care încă nu fusese

65 <http://constcourt.md/download.php?file=cHVibGljL2NjZG9jL3Nlc2l6YXJpL3JvLTQ3YV8yMDE0LjA4LjI1LnBkZg%3D%3D>

66 <http://www.constcourt.md/download.php?file=cHVibGljL2NjZG9jL3Nlc2l6YXJpL3JvLTUwYV8yMDE0XzA5XzI2LnBkZg%3D%3D>

67 <https://www.privesc.eu/Arhiva/49547/Sedinta-Guvernului-Republicii-Moldova-din-25-septembrie-2014>

supuse votului colegial al Guvernului. Este posibil că așa a înțeles Guvernul modalitatea de aducere la cunoștință Parlamentului actelor legislative adoptate prin această procedură, care se prezintă în aceeași zi Parlamentului potrivit art. 119 alin. (2) din Regulamentul Parlamentului. Potrivit art. 102 alin. (4) din Constituție „hotărârile și ordonanțele adoptate de Guvern se semnează de Prim-ministru, se contrasemnează de miniștrii care au obligația punerii lor în executare și se publică în Monitorul Oficial al Republicii Moldova“. Prin urmare, pentru motivul că aceste hotărâri de Guvern au fost publicate, nefiind adoptate și semnate corespunzător, Curtea Constituțională urmează, considerăm, să le declare neconstituționale.

Cât privește data intrării în vigoare a legilor adoptate prin această procedură, — mult mai târzie, decât data publicării, formal acest fapt nu ar constitui o problemă, ținând cont de prevederile art. 76 din Constituție (Legea se publică în Monitorul Oficial al Republicii Moldova și intră în vigoare la data publicării sau la data prevăzută în textul ei), însă considerăm că dacă în acest caz se respectă litera, nu se respectă și spiritul Constituției în cazul adoptării mai multor legi organice într-o singură zi, nefiind se pare de strictă necesitate și urgență, și Parlamentul fiind funcțional în sesiune. Doar Constituantul a statuat la alin. (1) art. 106¹ din Constituție sintagma „unui proiect de lege“ și nu „unor proiecte de lege“.

Este evident că există lacune la acest capitol care necesită a fi soluționate în plan legislativ, astfel încât să fie precizate circumstanțele în care Guvernul își poate angaja răspunderea în fața Parlamentului.

Totuși, practicile neconstituționale în care autoritățile publice își depășesc prerogativele chiar până la derapaj democratic, în loc să pună accent pe o cooperare armonioasă între ele în interes public, demonstrează încă odată că statul nostru încă nu „s-a maturizat“ și are rezerve de recuperat la acest capitol. Factorul uman își spune cuvântul înaintea dreptului, însă direct proporțional cu manifestarea conștiinței juridice și tradiției democratice de care dispune. Considerăm că este timpul în care trebuie depășită fraza de serviciu în aceste cazuri cu apelativul la „imperfecțiunea legislației“. Totodată, considerăm o experiență utilă cooperarea autorităților publice (puterilor) în cadrul unei guvernări de coaliție din ultimii ani, timp în care au fost identificate multiple probleme și care sperăm să fie soluționate în viitorul apropiat în mod corespunzător și dezirabil majorității cetățenilor.

INCURSIUNE SCURTĂ ÎN ORIGINEA, FUNDAMENTUL, EFECTELE ȘI NATURA JURIDICĂ A ACȚIUNII PAULIENE

Nicolae FALĂ, doctorand, AȘM

Recenzent: **Lilea MĂRGINEANU**, doctor în drept, conferențiar universitar

La présente investigation a comme but de mettre en relief l'origine, le fondement, les effets et la nature juridique de l'action paulienne comme moyen d'assurer le droit du créancier à l'exécution de la créance. La législation de la République de Moldavie ne régleme pas expressément l'action révocatoire, le domaine d'application, les effets et le délai de prescription de celle-ci. Le vide législatif créé génère des problèmes sur le plan de la doctrine du droit civil autochtone ainsi que des controverses, des impossibilités sur l'application jurisprudentielle. A cause de ces problèmes, il exige une étude de principe pour ranger les bases théorétiques de l'action paulienne, à partir, même par ricochet, d'après certaines prévisions de la législation nationale. Ainsi, en formant des prémisses pour la promulgation de cette institution millénaire et des possibilités d'application dans la pratique judiciaire. L'Action paulienne offre un très grand soutien aux futurs créanciers pour retourner dans leur faveur des biens issus par fraude de l'actif du débiteur. Les avantages d'un tel moyen de protection du droit du créancier à l'exécution de la créance ne peuvent être que positifs dans une économie de marché, dans laquelle le circuit civil suit à se réaliser dans le même temps avec le respect du droit de créance du créancier aussi et l'illimitation illégale de la liberté contractuelle du débiteur dans les actes de disposition sur le propre patrimoine.

Mots-clés : action paulienne, contrat, créancier, débiteur, créance, gage général.

Prezenta investigație are scopul de a scoate în relief originea, fundamentul, efectele și natura juridică a acțiunii pauliene, ca mijloc de garantare a dreptului creditorului la executarea creanței. Legislația Republicii Moldova nu reglementează în mod expres acțiunea revocatorie, domeniul de aplicare, efectele și termenul de prescripție al acesteia. Vidul legislativ creat generează probleme atât în planul doctrinei dreptului civil autohton cât și controversate, imposibilități de aplicare jurisprudențială. Din cauza acestor probleme se impune un studiu de principiu care să aranjeze bazele teoretice ale acțiunii pauliene, reieșind, chiar dacă prin rîcoșeu, din unele prevederi ale legislației naționale. Astfel, formându-se premise pentru legiferarea acestei instituții milenare și posibilități de aplicare în practica judiciară. Acțiunea pauliană oferă un sprijin foarte mare creditorilor urmăritori să readucă în favoarea lor bunurile ieșite prin fraudă din activul debitorului. Avantajele unui asemenea mijloc de protecție a dreptului creditorului la executarea creanței nu pot fi decât pozitive într-o economie de piață, în care circuitul civil, urmează să se realizeze în același timp cu respectarea dreptului de creanță a creditorului cât și nelimitarea ilegală a libertății contractuale a debitorului în actele de dispoziție asupra propriului patrimoniu.

Cuvinte-cheie: acțiune pauliană, contract, creditor, debitor, creanță, gaj general.

Asigurarea creditului, constituie o condițiune indispensabilă pentru progresul economic și în același timp factor dinamic al realizării drepturilor și libertăților proclamate în diverse acte normative.¹ Din cele mai vechi timpuri statul, jurisprudența, dar și doctrina s-au preocupat fiecare în parte de protecția dreptului de creanță a creditorului. Astfel, menirea acțiunii pauliene, ca și a altor mijloace juridice, este de a asigura dreptul de creanță pe care îl are creditorul și care poate fi periclitat prin comportamentul fraudulos al debitorului realizat asupra patrimoniului său.

Acțiunea pauliană este unul, dintre multe alte mijloace juridice², la care poate recurge creditorul pentru a corecta conduită necorespunzătoare a debitorului, atunci când acesta din urmă prin acțiunile sale frauduloase compromite posibilitatea satisfacerii dreptului de creanță a creditorului din activele patrimoniului debitorului.

Creditorii au dreptul de a face acte juridice de conservare asupra averii debitorului în vederea păstrării activelor din patrimoniu acestuia pentru asigurarea și realizarea drepturilor lor subiective de creanță.³ Însă acest drept al creditorilor nu este de natură să limiteze în absolut drepturile debitorului asupra averii sale, astfel, debitorul este relativ liber în a-și administra patrimoniul — împrumuta, comercializa, dona, cumpăra — iar creditorii săi chirografari vor fi nevoiți să suporte asemenea fluctuații în elementele care compun patrimoniul debitorului.

Libertatea debitorului în actele sale asupra propriului patrimoniu este după cum vom vedea condiționată de buna-credință care guvernează raporturile obligaționale. Odată ce a fost încălcată buna-credință de către debitor prin acte frauduloase care măresc pasivul ori micșorează activul patrimoniului său, creditorul este îndreptățit să folosească mijloacele juridice prevăzute de lege, pentru a suprima asemenea acte, care sânt în detrimentul dreptului său de creanță. Din aceste considerente, sistemul de drept al fiecărui stat trebuie să asigure o proporționalitate între libertatea contractuală a debitorului și protecția dreptului de creanță a creditorului.

Revocarea actelor frauduloase sancționată de acțiunea pauliană pornește de la principiul, că întreg patrimoniul debitorului, cu unele excepții, formează gajul comun al tuturor creditorilor aceluși debitor, principiu care se regăsește în art. 27, 55 Codul civil.

Acțiunea pauliană oferă un sprijin foarte mare creditorilor urmăritori să readucă în favoarea lor bunurile ieșite prin fraudă din activul debitorului. Problema cercetată, reprezintă o importanță deosebită, dat fiind faptul că privește asigurarea și securitatea raporturilor dintre creditor și debitor. Această problemă are nu numai o importanță juridico-morală dar și de dezvoltare economică. Progresul economic ar fi imposibil fără asigurarea drepturilor de creanță a creditorilor, nu întâmplător, după cum menționasem mai sus, de când au apărut raporturile comerciale, legiuitorul s-a preocupat de a acorda asigurări creditorilor.

1 Otetelișanu Al. Acțiunea pauliană. București: Tipografia Ziarului „Universul,, 1924, p. 5.

2 Pop L. Contribuții la studiul obligațiilor civile. București: Universul Juridic, 2010, p. 158.

3 Peucescu G. Tratatul obligațiilor. București: 1884, p. 362.

Făcând o analiză a jurisprudenței și doctrinei noastre asupra acțiunii pauliene deducem unele aplicări și abordări contradictorii în ce privește esența, natura, condițiile și efectele acțiunii pauliene, situație care se datorează nu în ultimul rând lipsei unei baze legale în materia cercetată.

În manualul judecătorului pentru cauze civile, ediția II, Chișinău 2013 se menționează că acțiunea pauliană se întemeiază pe prevederile art. 217 Codul civil, fapt, cu care nu putem fi de acord, deoarece acțiunea în nulitate relativă are un regim juridic și efecte juridice deferite în raport cu acțiunea pauliană. Natura juridică, condițiile exercitării și efectele acțiunii pauliene sunt diferite în raport cu acțiunea în nulitate absolută. Vom menționa un singur moment, că acțiunea pauliană este o acțiune personală care produce efecte numai față de creditorul prejudiciat care o exercită, făcând inopozabil actul juridic încheiat între debitorul și terțul dobânditor, față de terți fiind perfect valabil și opozabil. Pe când acțiunea în nulitate relativă⁴ are ca efect restituția prestațiilor între părți, în legătură cu nevalabilitatea actului juridic civil, producând efecte față de toți creditorii debitorului. Din bunul reîntors în activul debitorului își pot satisface dreptul de creanță toți creditorii, dar nu numai cel care exercită acțiunea în nulitate relativă.

Acțiunea pauliană își trage originea din dreptul roman, fiind o creație pretoriană, apărută în baza puterii pe care o avea pretorul, de a adapta dreptul civil la situațiile ce nu erau reglementate, care de multe ori ducea la situații absolut nedrepte. În vechiul drept roman, debitorul insolubil putea fi luat în sclavie, închis și în urmă vândut sau chiar și omorât. În această fază de evoluție a dreptului, debitorii erau în drept de a face orice cu averile lor, iar creditorii nu aveau nici o garanție. Însă reieșind din severitatea sancțiunii insolabilității, debitorul nu îndrăznea să-l fraudeze pe creditor, iar ultimul neavând garanții propriu zise totuși își vedea dreptul său realizat anume datorită faptului că obligația reprezenta un *vinculum corporis*, cu consecințe care rezultau din această legătură fizică dintre creditor și debitor.

La sfârșitul perioadei Republicii, raportul obligațional civil se transformă dintr-o legătură corporală în *vinculum juris*. În acest sens, creditorul, în caz de neexecutare a obligației, putea să pornească executarea silită asupra bunurilor debitorului. În asemenea circumstanțe, debitorul putea comite fraude prin acte de dispoziție asupra patrimoniului, situație care ducea inevitabil la prejudicierea creditorului ce nu avea garanții asupra patrimoniului debitorului cu care a contractat. Astfel, a fost creată, pe cale pretoriană, acțiunea pauliană. Denumirea acțiunii vine de la creatorul său, pretorul Paulus.

La Romani, sustragerea intenționată a averii de la urmărirea creditorilor prin încheierea de acte juridice cu terții constituia un delict, care putea fi reprimat prin acțiune penală. Pentru exercitarea acțiunii pauliene era necesar ca debitorul să fi încheiat actul juridic, prin care se diminuau garanțiile creditorului, cu rea-credință,

4 Hamangiu C., Rosetti-Bălănescu., Băicoianu Al. Tratat de drept civil român. Volum I. București: All Beck, 2002, p.118.

condiție înaintată și față de terț, care era pârât în acțiunea pauliană. Această cerință, adică complicitatea terțului (*consilium fraudis*), cu timpul nu era necesară în cazul actelor juridice gratuite.

Creditorul (*fraus creditorum*), care intenta acțiunea pauliană obținea o condamnare pecuniară egală cu valoarea bunurilor înstrăinate prin fraudă, însă această situație opera numai în cazul când bunurile nu puteau fi restituite de către terț. Este evident că terții aveau posibilitatea de a alege fie între restituirea bunurilor sau plata unei sume de bani, însă din considerentul că condamnarea pecuniară era în majoritatea cazurilor arbitrară, deoarece evaluarea bunurilor era făcută de creditor, terțul restituia bunul; obiectiv, care și se urmărea prin acțiunea pauliană.

La Romani era cunoscut și conceptul de faliment civil, prin urmare una din condițiile acțiunii pauliene era starea de insolvență a debitorului. Astfel, acțiunea pauliană aparținea masei întregi a creditorilor, situație analogică cu falimentul modern. După cum în dreptul modern, instanța de insolvență numește un administrator care să gestioneze debitorul insolvent, așa și magistratul, în dreptul roman, numea un administrator *curator bonorum*, care exercita în numele creditorilor acțiunea pauliană, astfel, aceasta era una colectivă. Conceptul de faliment civil fiind specific dreptului roman, nu a fost preluat în codurile civile moderne; acțiunea pauliană a fost preluată cu ajustări, calificându-se ca acțiune personală, cu excepția acțiunii pauliene în materie de faliment.

Acțiunea pauliană în materie de faliment își regăsește reglementarea în art.104-106 din Legea nr.149 din 29.06.2012⁵ cu privire la insolvență. Art.104 lit. a) din Legea menționată prevede că „Pe tot parcursul perioadei de observație a procedurii de insolvență, a procedurii falimentului și/sau al procedurii de restructurare, administratorul/ lichidatorul poate introduce în instanța de insolvență acțiuni în vederea anulării următoarelor acte juridice, dacă ele afectează bunurile debitorului: a) orice act juridic fictiv sau fraudulos încheiat de debitor în ultimii 3 ani precedenți intentării procedurii de insolvență, care a afectat drepturile creditorilor“. Din interpretarea acestei dispoziții legale, rezultă că pot fi **anulate** (s.n.) actele juridice civile, ce afectează bunurile debitorului, încheiate în mod fraudulos de către debitor în ultimii 3 ani precedenți intentării procedurii de insolvență, care au afectat drepturile creditorilor. În această reglementare lacunară se învederează fundamentul acțiunii pauliene în materie de insolvență, acțiune care este colectivă. În același context este necesar de precizat, că legiuitorul operează cu unele noțiuni care denaturează conceptul acțiunii revocatorii și creează confuzii între nulitate și acțiunea pauliană. În primul rând, nu este corect folosit termenul „anulare“, care are semnificația de a declara nul un act juridic lovit de nulitate relativă. În al doilea rând, legiuitorul greșește folosind expresia „anularea acului juridic fictiv“. După cum s-a precizat, actul juridic fictiv este lovit de nulitate absolută, care diferă atât de nu-

5 Legea Republicii Moldova nr.149 din 29.06.2012 cu privire la insolvență. Monitorul Oficial nr.193-197/663 din 14.09.2012.

litatea relativă cât și de acțiunea revocatorie. Vom menționa cu valoare de principiu, că nulitatea actului juridic civil este sancțiunea care lipsește actul juridic civil de efectele contrarii normelor juridice edictate pentru încheierea sa valabilă⁶. Pe când acțiunea pauliană are ca scop de a face actul inopozabil în raport cu creditorul care îl exercită, față de ceilalți creditori acesta este opozabil.

În raport cu legislația civilă a Republicii Moldova, codurile civile moderne au reglementat expres acțiunea pauliană, chiar dacă uneori numai de principiu. Astfel, în art.2901 -2904 din Codul civil Italian sânt stipulate condițiile acțiunii pauliene, efectele și termenul de prescripție⁷. Conform art.2901 din Codul civil Italian, creditorul, chiar dacă creanța este afectată de condiție sau termen, poate solicita în justiție, ca să fie declarate inopozabile actele de dispoziție patrimoniale prin care debitorul prejudiciază creanța sa. Art. 975 din Codul civil Român, ediția an. 1964, prevede că „Ei pot asemenea, în numele lor personal, sa atace actele viclene, făcute de debitor în prejudiciul drepturilor lor”⁸. Dispoziția legală respectivă a constituit reglementarea de principiu a acțiunii pauliene. În raport cu vechea reglementare, noul Cod civil al României reglementează acțiunea pauliană mult mai detaliat, art.1562—1565. Astfel, potrivit art.1562 Codul civil „Daca dovedește un prejudiciu, creditorul poate cere sa fie declarate inopozabile față de el, actele juridice încheiate de debitor in fraudă drepturilor sale, cum sunt cele prin care debitorul își creează sau își mărește o stare de insolvabilitate”.

Reglementări asemănătoare regăsim și în art.1167 din Codul Civil al Franței care prevede că „Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre „Des successions“ et au titre „Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux“, se conformer aux règles qui y sont prescrites”.

În literatura de specialitate este expusă teza, că acțiunea pauliană conferă în anumite circumstanțe creditorilor un drept garanție, care urmărește a face inopozabil un act juridic fraudulos al debitorului față de creditori săi.⁹ Acest temei ce fundamentează acțiunea pauliană, decurge din principiul, că întreg patrimoniul debitorului, persoană juridică sau fizică, formează gajul general comun al tuturor creditorilor acestui debitor. Principiul enunțat, în ceea ce privește debitorii persoană fizică, este reglementat de prevederile art.27 din Codul civil al Republicii Moldova care stipulează că „persoana fizică răspunde pentru obligațiile sale cu tot patrimoniul său, cu excepția bunurilor care, conform legii, nu pot fi urmărite”¹⁰. Însă după cum am menționat, debitor poate fi și persoană juridică în raport cu alte persoane juridice sau fizice. Astfel, apare o primă întrebare, dacă textul de lege

6 Dogaru I., Cercel S. Drept civil. Partea generală. București; C.H. Beck, 2007, p. 172.

7 Codul civil al Italiei din 16.03.1942. Monitorul Oficial nr.79 din 04.04.1942.

8 Codul civil al României din 26.11.1864.

9 Otetelișanu AL., op. cit., p. 4

10 Legea Codul civil al Republicii Moldova nr.1107 din 06.06.2002. Monitorul Oficial nr.82 din 22.06.2002.

menționat se extinde și asupra debitorilor persoane juridice sau limita de aplicare este determinată numai la persoanele fizice? Considerăm că textul normativ enunțat se aplică numai persoanelor fizice. Art. 27 a Codului civil, din punct de vedere a tehnicii legislative, se regăsește în Cartea I Capitolul I intitulat „Persoana fizică“. Prin urmare sfera de aplicare a acestuia este persoana fizică, ca subiect al raporturilor juridice civile.

Considerăm, că pentru debitorii persoană juridică, dreptul de gaj general al creditorilor se fundamentează pe prevederile art. 55 alin. (1) Codul civil, care statuează că „Persoană juridică este organizația care are un patrimoniu distinct și răspunde pentru obligațiile sale cu acest patrimoniu, poate să dobândească și să exercite în nume propriu drepturi patrimoniale și personale nepatrimoniale, să-și asume obligații, poate fi reclamant și pârât în instanță de judecată¹¹. Sintagma „*răspunde pentru obligațiile sale cu acest patrimoniu*“ fundamentează juridic dreptul de gaj general al creditorilor.

Cu titlu de precizare, menționăm că dreptul de gaj general al creditorului constituie fundament și a altor drepturi acordate creditorului: acțiunea oblică și acțiunea în nulitate pentru simulație.

Un alt temei expus în doctrina juridică civilă constă în aceea, că acțiunea pauliană se fundamentează pe principiul îmbogățirii fără justă cauză al terțului, cu care debitorul a încheiat actul juridic fraudulos în dauna creditorului.

Trecând în revistă cele expuse, acțiunea pauliană este considerată, în doctrina de specialitate, ca o acțiune în revocarea a actului fraudulos contestat în justiție, în scopul de al face inopozabil creditorului reclamant¹². Unii autori de prestigiu consideră acțiunea pauliană ca pe un mijloc prin care creditorul cere revocarea pe cale judecătorească a actelor juridice încheiate de debitor în vederea prejudicierii sale¹³. Astfel, în literatura de specialitate s-au format opiniile că acțiunea pauliană ar fi o acțiune în inopozabilitate sau o acțiune în revocare (anulare). După opinia savantului român Liviu Pop, acțiunea pauliană nu poate fi calificată ca o acțiune în revocare, chiar dacă în opinia majoritară este abordată ca atare, în vederea inopozabilității actului juridic fraudulos creditorului.

Efectele acțiunii pauliene se pot rezuma în a spune că, prin exercitarea ei, actul fraudulos săvârșit de către debitor în fraudă dreptului de creanță a creditorului lui este revocat, dar că revocarea aceasta nu are loc decât în favoarea numai creditorului

11 Legea Codul civil al Republicii Moldova nr.1107 din 06.06.2002. Monitorul Oficial nr.82 din 22.06.2002.

12 Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel-Munck. Drept civil. Obligațiile, trad: Diana Dănișor, Wolters Kluwer, București, 2009, p.677; Liviu Pop. Tratat de drept civil. Obligațiile. C.H. Beck, București, 2006, p. 376.

13 Constantin Stătescu, Corneliu Birsan. Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, Ediția a IX-a, Hamangiu, București, 2008, p.355; Ion Dogaru, Pompil Drăgănici. Bazele dreptului civil. Volumul III. Teoria generală a obligațiilor, C.H. Beck, București, 2009, p. 475.

reclamant și numai în măsura prejudiciului cauzat¹⁴. Astfel, din această definiție putem deduce că efectul acțiunii pauliene este inopozabilitatea actului fraudulos față de creditorul reclamant.

Efectele acțiunii pauliene generează mai multe probleme de ordin atât teoretic cât și practic. O primă controversă se referă la sancțiunea aplicabilă în cazul admiterii acțiunii pauliene față de actul contestat. O parte a doctrinei invocă anularea actului fraudulos, ceea ce pare incorect. Anularea actului juridic referitor la efecte este mai extensivă, și constă în readucerea bunului în patrimoniul debitorului, urmând ca de pe urma acțiunii să profite toți creditorii acestuia.

O altă parte a doctrinei este de părerea că sancțiunea, în cazul admiterii acțiunii revocatorii de către instanța de judecată competentă, este inopozabilitatea actului față de reclamant. Susținem această poziție menționând că, acțiunea pauliană are finalitatea de a repara prejudiciul cauzat prin actul contestat. Astfel, este de ajuns ca actul contestat să devină inopozabil reclamantului, în cât să-l poată ignora și să fie în măsură să urmărească valoarea patrimoniului transmisă de debitor terțului, ca și cum aceasta nu ar fi ieșit din patrimoniul debitorului și s-ar afla în continuare în gajul general.

Nulitatea produce efecte *erga omnes* și în primul rând între părțile actului lovit de nulitate, pe când admiterea acțiunii pauliene lovește cu ineficacitate actul între creditorul reclamant și terțul dobânditor, astfel, respectivul act rămâne în continuare valabil între debitor și terț.

Având în vedere faptul, că sancțiunea acțiunii pauliene este inopozabilitatea, această situație practică obligă de a stabili care este efectul dintre creditor și terțul pârât, raportul din creditorul reclamant și creditorii terțului pârât, precum și, raporturile dintre debitor și terțul pârât.

a) Raportul dintre creditorul reclamant și terțul pârât. Inopozabilitatea actului contestat prin acțiunea pauliană permite creditorului de a se comporta în raport cu terțul pârât ca și cum actul declarat inopozabil nu ar exista. Astfel, creditorul reclamant are dreptul să urmărească bunul respectiv ca și cum acesta nu a ieșit din patrimoniu debitorului, și implicit din gajul său general. În literatura de specialitate se afirmă că acțiunea pauliană permite refacerea patrimoniului debitorului, concluzie la care nu subscriem, deoarece după cum am menționat actul nu este anulat cu repunerea părților în poziția inițială.

Creditorul ce a avut câștigat cauza, în urma admiterii acțiunii pauliene, are dreptul de a urmări în natură bunul dobândit de terțul pârât în virtutea faptului că inopozabilitatea produce efecte numai față de el. Însă este necesar de precizat că inopozabilitatea are efecte doar numai în limitele reparării prejudiciului suportat de creditor. Astfel, în cazul în care bunul este divizibil și valoarea creanței creditorului este inferioară valorii bunului, actul de înstrăinare este opozabil și creditorului în partea ce excede valoarea creanței sale. În situația, când bunul este indivizibil și

14 Rarincescu M. Noțiuni de drept civil. Obligațiuni. București: 1932, p. 39.

valoarea de vânzare este superioară creanței creditorului, prețul obținut în urma executării silite revine terțului dobânditor, în virtutea faptului că actul este valabil între terț și debitor, iar reținerea sumei excedente de către creditor ar constitui o îmbogățire fără justă cauză¹⁵.

Terțul dobânditor, care a căzut în pretenții, are dreptul de opțiune: de a plăti o sumă de bani care să acopere dreptul de creanță a creditorului reclamant, astfel, oprind efectele acțiunii pauliene sau să suporte consecințele urmării bunului.

b) Raporturile dintre creditorul urmăritor și creditorii terțului pârât. Având în vedere că actul fraudulos este inopozabil, se consideră că terțul pârât nu are nici un drept față de creditorul reclamant. Prin urmare creditorii terțului fie ei chirografari sau garanțați nu se află în concurs cu creditorul reclamant care a avut câștig de cauză. În situația, în care creditorul nu poate urmări de la terț bunul din diverse motive, sau dreptul de creanță este exprimat într-o sumă de bani, el va suporta concursul creditorilor terțului pârât. În ipoteza, când creditorul urmăritor este în conflict cu creditorii terțului pârât, care au constituit o garanție reală asupra bunurilor înstrăinate prin actul inopozabil, creditorii cu garanții reale ale terțului dobânditor sunt privilegiați în baza principiului dobânditorului de bună-credință.

c) Raportul dintre creditorul reclamant și ceilalți creditori ai debitorului¹⁶. Față de ceilalți creditori ai debitorului acțiunea pauliană nu produce nici un efect, prin urmare ei nu profita de sancțiunea inopozabilității actului fraudulos. Ei nu pot beneficia de efectele acțiunii pauliene, bunul fiind considerat ieșit din patrimoniul debitorului și implicit din gajul general. În literatura franceză se critica soluția respectivă având la bază teza precum că, creditorul are un mandat legal de la ceilalți creditori sau gerantul lor de afaceri. Opinia respectivă nu poate fi acceptată deoarece gerantului îi lipsește voința juridică de a gera afacerile altora, iar mandatul legal fără text scris nu poate fi acceptat.

d) Între debitor și terțul dobânditor actul fraudulos rămâne valabil, deoarece acțiunea pauliană este o acțiune în inopozabilitate, dar nu în nulitate. Totuși specificăm că terțul dobânditor cu titlu oneros, care a plăti pentru debitor creditorului reclamant, are dreptul de a înainta o acțiune în regres, potrivit dreptului comun. În literatura de specialitate se menționează, că acțiunea în regres nu este posibilă în cazul terțului dobânditor cu titlu gratuit și de bună-credință, deoarece nu generează nici o garanție din partea dispunătorului. În acest caz, terțul dobânditor poate înainta o acțiune întemeiată în baza regulilor răspunderii civile delictuale.

Referitor la natura juridică a acțiunii pauliene, nu putem afirma, că există o opinie unanimă în literatura de specialitate. În literatura de specialitate s-a pus întrebarea dacă acțiunea pauliană este o acțiune personală, reală sau mixtă¹⁷. În doctrina procesual civilă, acțiunea personală este definită ca acel mijloc legal prin care

15 Bregoli A. Effetti e natura della revocatoria. Milano: Giuffrè, 2001, p. 29.

16 Adam I. Drept civil. Teoria generală a obligațiilor. București: All Beck, 2004, p.577.

17 Alexandrescu D. Drept civil român. Tomul V. Iași: Tipografia Naională, 1898, p.252.

se urmărește valorificarea unui drept de creanță, iar prin acțiunea reală se asigură apărarea judiciară a unui drept real¹⁸.

Acțiunea pauliană este o acțiune personală, un mijloc juridic important prin care se asigură creditorilor posibilitatea de a-și realiza dreptul de creanță, în baza dreptului de gaj general. Este o acțiune personală, deoarece creditorul invocă nu un drept al debitorului, ci un drept propriu, care se bazează pe gajul comun asupra activelor debitorului. Chiar și în cazul, în care actul fraudulos este constitutiv sau translativ de drepturi reale, acțiunea pauliană rămâne a fi una personală, deoarece este un atribut al gajului general, ce nu conferă drepturi reale creditorului reclamant. De asemenea, nu putem considera acțiunea revocatorie ca fiind una reală, deoarece acțiunea reală se fundamentează pe drepturile patrimoniale reale și are drept scop de a le apăra. În același context nu trebuie de omis faptul, că acțiunea pauliană de la origine s-a fondat pe dreptul de creanță a creditorului, care este un drept personal prin definiție, iar ca consecință juridică poate fi însoțit numai de o acțiune personală.

În doctrină este abordată ideea precum că, acțiunea pauliană ar fi o acțiune în nulitate, sau în cel mai rău caz o acțiune în nulitate specială. O astfel de abordare, la prima vedere, s-ar putea justifica legal prin invocarea art.218 Codul civil. Totuși, cele două acțiuni, acțiunea pauliană și acțiunea în nulitate, chiar specială, sunt și rămân a fi diferite; ele nu pot fi confundate, deoarece nu au cauze identice, același regim juridic și nici aceleași efecte. După cum s-a afirmat, acțiunea pauliană produce efecte directe numai între creditor și terțul dobânditor, având un caracter relativ, pe când acțiunea în anulare are un efect de desființare, de regulă, totală a actului încheiat cu încălcarea legii și repunerea părților în poziția inițială conform prevederilor art.219 Codul civil.

În una din opiniile doctrinare, acțiunea pauliană ar fi o aplicație practică și particulară a teoriei abuzului de drept, fiind plasată în sfera răspunderii civile delictuale întemeiată pe prevederile art.1398 Codul civil al Republicii Moldova. Astfel, am putea menționa, că acțiunea pauliană se bazează pe fraudă debitorului, adică a culpei debitorului, și are ca scop repararea prejudiciului cauzat creditorului prin crearea stării de insolvabilitate a debitorului în urma încheierii actelor juridice civile frauduloase. La prima vedere, am putea spune că cele două acțiuni sunt identice, deoarece urmăresc un scop comun de a repara prejudiciul creditorului reclamant, însă obiecția principală, în cazul acțiunii pauliene, constă în aceea că nu este intentată în mod direct asupra debitorului, ci a terțului dobânditor, ceea ce nu se întâmplă în contextul acțiunii privind răspunderea civilă delictuală. În aceeași ordine de idei, nu trebuie de omis faptul, că acțiunea în răspundere civilă delictuală poate fi admisă împotriva dobânditorului cu titlu gratuit și de bună-credință, deoarece, ar fi absolut inechitabil ca ultimul să fie obligat să răspundă pentru o fraudă la care nu a participat¹⁹.

18 Leș I. Tratat de drept procesual civil. Volumul I. București: Universul Juridic, 2014, p.281.

19 Pop L., op. cit., p. 194.

O altă problemă ce ține de natura juridică a acțiunii pauliene, constă în denumirea de acțiune revocatorie. După cum este știut, termenul „revocare“ este folosit foarte des, ce-i adevărat impropriu, la formularea definiției acțiunii pauliene. În doctrina deseori sintagma „acțiune revocatorie“ este folosită alternativ cu cea de „acțiune pauliană“, fiind sinonime. Însă specificăm, că o parte din autori, la care subscriem, când abordează natura juridică a acțiunii pauliene, folosesc expresia revocatorie, dar precizează clar, că aceasta este o acțiune în inopozabilitate. Revocarea este un concept mai puțin precis și ca nulitatea, după modul de operare, ea poate fi: revocare mutuală, revocare judiciară și unilaterală.

Suntem de părerea, că acțiunea pauliană este o acțiune *suie generis*²⁰, un drept potestativ, cu configurație proprie, autonomă, care o deosebește de alte acțiuni cunoscute și înrudite. Astfel, acțiunea pauliană este o acțiune în inopozabilitate actului fraudulos încheiat de debitor în vederea prejudicierii creditorului său²¹.

Acțiunea pauliană diferă și de acțiunea oblică, ultima fiind o acțiune indirectă, care se exercită de către creditor în numele debitorului, care omite să exercite anumite acte. Acțiunea oblică profită tuturor creditorilor debitorului, fapt, care nu se regăsește în cadrul efectelor acțiunii pauliene.

Acțiunea pauliană se deosebește de acțiunea în simulație, aceasta fiind o acțiune în nulitate. Acțiunea în simulare aparține oricărui creditor, pe când acțiunea revocatorie nu aparține creditorilor care au drepturi posterioare, care la rândul lor trebuie să dovedească insolvabilitatea și fraudă debitorului, ceea ce nu se cere în privința acțiunii în simulație²². O excepție de la caracterul anterior al acțiunii pauliene există în situația, când creditorul-reclamant probează că actul fraudulos a fost încheiat anterior cu scopul de a-l prejudicia ulterior pe creditor prin mărirea stării de insolvabilitate a debitorului. Din punct de vedere practic o asemenea situație poate surveni numai în cazul înțelegerii debitorului cu terțul-pârât, neavând importanță dacă actele sânt cu titlu gratuit sau oneros.

Drept rezultat al prezentei investigații propunem legiuitorului de *lege ferenda* consfințirea acțiunii pauliene în cartea a treia, titlul I, capitolul IV, secțiunea a 3-a al Codul civil. În această ordine de idei, recomandăm legiuitorului, dar și instanțelor de judecată să țină cont de faptul, că acțiunea pauliană este o acțiune *suie generis*, un drept potestativ, cu configurație proprie, autonomă, care o deosebește de alte acțiuni cunoscute și are drept scop de a face inopozabil actul fraudulos încheiat de debitor în vederea prejudicierii creditorului său. La elaborarea cadrului juridic privind acțiunea revocatorie este imperios necesar să fie prevăzute definiția, condițiile, efectele și termenul de prescripție. Dat fiind faptul, că în practica judiciară se întâlnesc cauze ce urmează a fi soluționate prin aplicarea normelor de drept care guvernează acțiunea pauliană, propunem practicienilor dreptului desprinderea de principiu și prin analogie a cadrului legal din prevederile art.104-106 din Legea nr.149 din 29.06.2012 cu privire la insolvabilitate.

20 Rarincescu M., op. cit., p. 141.

21 Adam I. op.cit., p. 578.

22 Plastara G. Drept civil român. Vol. IV. Obligațiunii. București: Cartea Românească p. 467.

CONTINGENȚA EXPEDITORULUI LA TRANSPORTAREA AUTO A MĂRFURILOR, CU ORGANELE VAMALE ȘI RĂSPUNDEREA JURIDICĂ A ACESTORA

Nina GARȘTEA, doctorandă, AȘM*

Recenzent: **Lilea MĂRGINEANU**, doctor în drept, conferențiar universitar

The legislation regulates the transport in carrying out the activity of transporting and shipping, establishes general rules, obligations and rights of subjects participating in the transportation and delivery, shippers relations with customs, establishment of customs duties, principles of state regulation of this activity, defense and support national shippers in the state.

Keywords: customs office, transport, customs clearance, customs documents, customs operations, liability.

Legislația în domeniul transporturilor reglementează modul desfășurării activității de transportare și expediție, stabilește regulile generale, obligațiile și drepturile subiecților participanți la activitatea de transportare și expediție, raporturile expeditorilor cu organele vamale, stabilirea taxelor vamale, principiile reglementării statale a acestei activități, apărării și susținerii expeditorilor naționali din partea statului. Orice act legislativ reglementează răspunderea juridică a persoanelor culpabile de nerespectarea acestuia precum și modalitatea atragerii la răspunderea juridică. Corectitudinea aplicării sancțiunilor este condiționată de imparțialitatea organului abilitat manifestată în cadrul ce faptă și prejudiciul produs.

Cuvinte cheie: expeditor, organ vamal, transport, vămuire, acte vamale, operațiuni de vămuire, răspunderea juridică.

Introducere. Dezvoltarea economică a țării se bazează tot mai mult pe cooperarea internațională. Unul dintre mecanismele menite să asigure securitatea economică a statului este sistemul vamal, care prin activitatea vamală desfășurată are menirea de a contracara trecerea ilegală a mărfurilor și mijloacelor de transport peste frontiera vamală a țării. În conformitate cu prevederile art.2 al Codului vamal al Republicii Moldova nr.1149 din 20 iulie 2000, activitatea vamală se constituie din implementarea politicii vamale, asigurarea respectării reglementărilor vamale la trecerea mărfurilor, mijloacelor de transport și persoanelor peste frontiera vamală a Republicii Moldova, perceperea drepturilor de import și drepturilor de export, vămuirea, controlul și supravegherea vamală¹.

* Nina Garștea este lector superior la Universitatea Tehnică a Moldovei

1 Codul Vamal al Republicii Moldova, nr. 1149 din 20.07.2000//Monitorul Oficial.

Scopul lucrării. Scopul lucrării constituie analiza reglementărilor în domeniul raporturilor dintre expeditor cu organele vamale la transportarea auto de mărfuri precum și răspunderea acestora.

Metodele și materiale aplicate. Reglementarea juridică a raportului dintre expeditor cu organele se fundamentează pe următoarele acte legislative și normative:

1. Codului vamal nr.1149-XIV din 20 iulie 2000².
2. Legea Republicii Moldova cu privire la tariful vamal nr. 1380-XIII din 20.11.1997 (Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 40-41/286 din 07.05.1998), cu modificările ulterioare³.
3. Hotărârea Guvernului Nr. 1290 din 09.12.2005 privind aprobarea Regulamentului cu privire la activitatea brokerului vamal și a specialistului în domeniul vămii, Monitorul Oficial Nr. 168-171, 16.12.2005 ⁴.
4. Hotărârea Guvernului Republicii Moldova Nr. 792 din 08.07.2004 Regulamentul privind transportarea mărfurilor prin posturile vamale interne de control⁵, etc.

În conformitate cu Ordinul Departamentului Vamal N 276-O din 24 octombrie 2002⁶ (Monitorul Oficial N 162-165 din 6 decembrie 2002) cu privire la perfectarea actelor vamale, la vămuirea mărfurilor provenite din tranzacțiile economice externe, organele vamale acceptă spre perfectare declarațiile vamale cu condiția prezentării de către agenți economici a următoarelor acte în original (reieșind din particularitățile tranzacției și regimului vamal solicitat):

- a) contractul în baza căruia au fost livrate mărfurile;
- b) documentele de transport (actele oficiale ce însoțesc încărcătura și conțin informația despre condițiile și caracterul deplasării, precum și trăsăturile caracteristice de bază ale mărfurilor transportate):
 - la transportarea cu transportul aerian — scrisoarea de trăsură (fraht) prevăzută de Convenția privind unificarea unor reguli referitor la transporturile internaționale aeriene (or.Varșovia, 12.10.29.);
 - la deplasarea cu transportul auto: — scrisoarea de trăsură internațională prevăzută de Convenția internațională cu privire la contractul de transport al încărcăturilor pe calea auto (or.Jeneva, 12.05.56.);
 - carnetul TIR prevăzut de Convenția internațională cu privire la transportul

2 Idem.

3 Legea Republicii Moldova cu privire la tariful vamal nr. 1380-XIII din 20.11.1997//Monitorul Oficial al Republicii Moldova // nr. 40-41/286 din 07.05.1998).

4 Hotărârea Guvernului Nr. 1290 din 09.12.2005 privind aprobarea Regulamentului cu privire la activitatea brokerului vamal și a specialistului în domeniul vămii// Monitorul Oficial // Nr. 168-171, 16.12.2005.

5 Hotărârea Guvernului Republicii Moldova Nr.792 din 08.07.2004 Regulamentul privind transportarea mărfurilor prin posturile vamale interne de control//Monitorul Oficial al Republicii Moldova//nr.112-118/952 din 16.07.2004.

6 Idem.

- internațional de încărcături sub acoperirea Carnetului TIR (or.Geneva, 14.11.75.);
- la deplasarea cu transportul feroviar — scrisoarea de trăsură prevăzută de Acordul internațional privind transportul internațional de mărfuri pe calea ferată (intrat în vigoare la 01.11.51.);
 - la deplasarea mărfurilor cu mijloacele de transport naval — conosamentul prevăzut de Convenția ONU cu privire la transportul maritim al încărcăturilor (or. Gamburg, 1978);
- c) documentele comerciale (acte oficiale ce conțin informația despre costul mărfurilor deplasate (specificarea lor). În calitate de acte comerciale pot fi folosite facturi comerciale, pro-formele acestora, precum și alte documente folosite în comerțul exterior);
- d) licențe;
- e) autorizații;
- f) certificate de conformitate;
- g) certificate de origine;
- h) declarațiile de repatriere;
- i) actele de expertiză;
- j) actele de constituire ale agentului economic (certificatul de înregistrare, statutul/decizia de fondare/contractul de constituire, certificatul de atribuire al codului statistic, certificatul de atribuire a codului fiscal, certificatul de înregistrare ca plătitor al TVA, actele/ordinele, procesele-verbale etc./cu privire la numirea în funcție a conducătorului întreprinderii și a contabilului șef);
- k) certificatele ce confirmă conturile bancare;
- l) actele eliberate de agenți economici, ce confirmă mostrele ștampilelor acestora;
- m) actele eliberate de agenți economici, ce confirmă mostrele semnăturilor persoanelor ce au dreptul de a activa din numele întreprinderii fără împuterniciri suplimentare;
- n) demersurile agenților economici;
- o) actele traduse de către persoanele juridice autorizate;
- p) procura eliberată persoanei care va efectua declararea mărfurilor la organele vamale din numele agentului economic;
- q) actele de identitate (pașaportul sau buletinul de identitate) ale persoanei care va efectua declararea mărfurilor la organele vamale din numele agentului economic;
- r) alte acte necesare în scopuri vamale. Doctrina națională și a altor state.

În conformitate cu prevederile Capitolului IV din Codul vamal al Republicii Moldova, procedura de vămuire a mărfurilor se efectuează conform următoarelor reguli generale:

Vămuirea se efectuează de organele vamale interne și de cele de frontieră în care se găsește expeditorul sau destinatarul mărfurilor sau subdiviziunile lor. Serviciul

Vamal are dreptul să stabilească organele vamale la care să aibă loc vămuirea unor categorii de mărfuri și mijloace de transport. La solicitarea persoanei, vămuirea poate fi efectuată, cu acordul organului vamal, în alte locuri și în ore extraprogram, din contul persoanei. Doctrina națională acordă atenție organelor vamale, aducând și definiții acestora. Astfel, în literatura de specialitate sunt întâlnite mai multe definiții noțiunii de „organele vamale”, totodată, atât cercetătorii români, cât și reglementările Uniunii Europene folosesc noțiunea de „autoritate vamală” sau de „administrație vamală” în toate cazurile având același sens.

Una din cea mai simplă noțiune a organelor vamale este următoarea: „organe de drept, care exercită nemijlocit activitatea vamală”. O altă definiție a organelor vamale este cea care stabilește că: „Organele vamale sunt organe de stat ale puterii executive, care nemijlocit efectuează activitatea vamală”⁷. Autorul rus I.V. Timoșenko definește organele vamale ca „organe de stat, care reglementează raporturile juridice ce apar, se modifică și se sting în cadrul activității vamale”⁸. Suntem de acord, în mare parte, cu definițiile indicate și, după cum observăm, noțiunea de „organe vamale” este diversă și diferă în dependență de volumul și capacitatea juridică acordată acestora prin lege, doar că acestea nu cuprind și nu definesc în întregime statutul juridic al organelor respective.

Noi susținem definiția adică de autorul I. Erhan organelor vamale — „organ al puterii executive, care are caracter de organ de drept, activează în numele statului, este împuternicit cu atribuții, își îndeplinește funcțiile și sarcinile în sfera activității vamale și în alte domenii cu ajutorul formelor și metodelor de activitate specifice și sunt responsabile de aplicarea reglementărilor vamale și altor reglementări conexe”⁹.

Actele vamale în cadrul procedurii de vămuire se perfectează în limba de stat. Ca excepție pot fi admise acte întocmite în limbi străine vorbite de colaboratorii vamali.

Titularii de drepturi asupra mărfurilor și mijloacelor de transport și reprezentanții lor sînt în drept să asiste la operațiunile de vămuire. La cererea organului vamal, aceste persoanele sînt obligate să asiste la vămuire și să acorde asistență colaboratorului vamal.

În scopul vămuirii, titularii de drepturi asupra mărfurilor și organul vamal este în drept să preleve probe și mostre de mărfuri, supunându-le cercetării (expertizei). Operațiunile de transportare, cântărire, încărcare, descărcare, transbordare, reparația ambalajului deteriorat, ambalarea, reambalarea, deschiderea ambalajului se efectuează la cererea organului vamal sau cu acordul acestuia și nu trebuie să implice cheltuieli suplimentare pentru organul vamal.

Etaple operațiunii de vămuire sînt următoarele:

- 7 Андриашин Х.А., Свиныхов В.Г., Балакин В.В. Таможенное право: Учебник, Магистр, Москва, 2010, с.24.
- 8 Тимошенко И.В. Таможенное право России, Феникс, Ростов-на-Дону, 2002, с.73.
- 9 I. Erhan. Organele vamale-aspecte conceptuale: noțiune, competențe legale și principii de activitate//Revista Națională de Drept 9/37, 2012.

a) Operațiuni prealabile vămii

Acțiunile vamale precedente vămii și plasării mărfurilor și mijloacelor de transport sub un anumită destinație vamală, după cum urmează:

- prezentarea la organele vamale de frontieră a mărfurilor și mijloacelor de transport, precum și documentelor însoțitoare ale acestora;
- controlul vamal al mijloacelor de transport la birourile vamale de frontieră;
- transportarea mărfurilor și mijloacelor de transport pînă la locul de destinație.

Mărfurile sunt transportate de la biroul vamal de plecare pînă la biroul vamal de destinație conform procedurii de tranzit T1, care se desfășoară în conformitate cu Normele metodologice privind aplicarea sistemului de tranzit pe teritoriul Republicii Moldova, au fost aprobate prin Ordinul Serviciului Vamal nr. 288-o din 20.12.2005¹⁰.

b) Depozitare provizorie.

Conform Ordinului Serviciului Vamal nr. 230-O din 28.06.2007¹¹ în depozitul provizoriu pot fi plasate orice mărfuri care urmează a fi vămuite — pînă la acordarea unui regim vamal sau destinații aprobate de organul vamal. Mărfurile ușor alterabile, alte mărfuri sau cele care necesită condiții speciale de păstrare, trebuie să fie depozitate în încăperi special-amenajate din depozitul provizoriu. Plasarea mărfurilor se efectuează în baza contractului de depozitare sau în baza altor acte încheiate de părți, cu condiția respectării legislației în vigoare. Termenul maxim de depozitare provizorie este de 20 zile calendaristice. Termenul depozitării provizorii se stabilește de organul vamal care deservește depozitul provizoriu, în funcție de timpul necesar depunerii declarației vamale, de specificul mărfurilor. La solicitarea declarantului, termenul inițial poate fi prelungit, dar cel mult cu 60 de zile calendaristice. Calcularea termenului depozitării provizorii a mărfurilor se începe din ziua plasării acestora în depozit provizoriu, în conformitate cu legislația în vigoare. Mărfurile care au devenit inutilizabile sau deteriorate, ca urmare a unui accident sau a intervenirii unei forțe majore în perioada depozitării acestora, trebuie să fie plasate în destinația vamală determinată de biroul vamal. Destinatarii mărfurilor depozitate provizoriu sînt în drept să efectueze operațiuni simple, necesare pentru asigurarea integrității mărfurilor (examinarea, cîntărirea, deplasarea mărfurilor prin depozit), cu condiția că operațiunile date nu o să schimbe starea mărfurilor, integritatea ambalajului, modificarea mijloacelor de identificare aplicate pe mărfuri.

c) Declarația.

Declarația mărfurilor și prezentarea lor pentru vămire se efectuează de către declaranți sau reprezentanții acestora, prin depunerea unei declarații vamale în detaliu,

10 Normele metodologice privind aplicarea sistemului de tranzit pe teritoriul Republicii Moldova, au fost aprobate prin Ordinul Serviciului Vamal nr.288-o din 20.12.2005//Monitorul Oficial//N 162-165 din 12 decembrie 2005.

11 Ordinul Serviciului Vamal nr.230-O din 28.06.2007 MORM;Ordinul Serviciului Vamal nr.185-O din 25.05.2006 referitor la aprobarea Normelor de utilizare a declarației sumare.

în formă scrisă, la încheierea procedurii de tranzit sau în termen de 20 de zile de la data depunerii declarației sumare. Normele tehnice privind imprimarea, utilizarea și completarea declarației vamale în detaliu sunt stabilite în Ordinul Serviciului Vamal nr. 438-O din 19.11.2007¹². Declarația vamală se depune pentru fiecare document de transport. Declarația vamală în detaliu nu se depune pentru bunurile importate sau exportate de către persoanele juridice în scopuri necomerciale, a căror valoare în vamă nu depășește o sumă echivalentă cu 50 EURO și în alte cazuri prevăzute de Ordinul susmenționat.

Etapele procedurii informatice. Inițial declarația vamală se completează de către specialistul în domeniul vămuirii, accesînd modulul informațional al programului automatizat vamal AsycudaWorld, după care declarația se stochează pe serverul central al organului vamal și se înregistrează cu atribuirea automată a numărului și datei de înregistrare.

Acceptarea declarației vamale se comunică declarantului prin trimiterea unui mesaj de răspuns, conținând detaliile de identificare, numărul și data de înregistrare a acesteia. După tipărirea pe formularul special, declarația vamală și actele de însoțire a mărfii se depun de către specialistul în domeniul vămuirii împuternicit la punctul de recepție-selecție din cadrul biroului vamal/postului vamal.

Colaboratorul vamal de la punctul de recepție-selecție verifică dacă declarația vamală a fost înregistrată pe server, utilizând modulul informațional; verifică dacă documentele care însoțesc declarația vamală în detaliu au fost înregistrate de sistemul informațional vamal, primește declarația vamală, dacă aceasta respectă condițiile stabilite, și comandă validarea electronică a acesteia. Această comandă conduce la aplicarea criteriilor de selectivitate generale.

Concomitent, se efectuează distribuirea în mod automat a declarației unui colaborator vamal în cazul în care declarația vamală este selectată pe unul dintre culoarele de control (roșu sau galben).

Culoarul galben de vămuire determină acordarea liberului de vamă după efectuarea obligatorie a controlului documentar, iar culoarul roșu determină acordarea liberului de vamă după efectuarea obligatorie a controlului documentar și fizic. În aceste cazuri declarația și actele se transmit la punctul de control documentar. Dacă declarația vamală este selectată pe culoarul verde de vămuire, acordarea liberului de vamă se efectuează fără efectuarea controlului documentelor și al mărfii. Procedura de vămuire se finalizează cu eliberarea actelor și acordarea liberului de vamă.

După finisarea procedurii de vămuire a mărfurilor, în dosarele agenților economici se acumulează următoarele:

1. Acte în original: a) declarația vamală; b) certificatul de origine; c) actele de expertiză; d) declarația de repatriere; e) actul eliberat de agentul economic ce confirmă mostrele ștampilelor acestuia; f) actul eliberat de agentul economic ce confirmă

12 Ordinul Serviciului Vamal nr.438-O din 19.11.2007 Monitorul Oficial//N 162-165 din 19 noiembrie 2007.

mostrele semnăturilor persoanelor ce au dreptul de a activa din numele întreprinderii fără împuterniciri corespunzătoare; g) certificatele ce confirmă conturile bancare; h) actele traduse de către persoanele juridice autorizate; i) procura eliberată persoanei care a efectuat declararea mărfurilor la organele vamale din numele agentului economic; j) alte acte necesare în scopuri vamale.

Actele stipulate în alineatele „e”, „f” și „g” se vor prezenta biroului vamal respectiv numai la perfectarea primei tranzacții a agentului economic (cu excepția cazurilor survenirii modificărilor în aceste acte).

2. Copiile actelor autentificate de agentul economic: a) contractele; b) licențele; c) autorizațiile; d) certificatele de conformitate; e) actele de constituire ale agentului economic (certificatul de înregistrare, statutul/ decizia de fondare, contractul de constituire, certificatul de atribuire a codului statistic, certificatul de atribuire a codului fiscal, certificatul de înregistrare ca plătitor al TVA, actele/ordinele, procesele verbale etc.) cu privire la numirea în funcție a conducătorului întreprinderii și a contabilului-șef); f) documentele de transport (cu excepția carnetului TIR și voletelor acestuia); g) documentele comerciale; h) actele de identitate (pașaportul sau buletinul de identitate) ale persoanei care a efectuat declararea mărfurilor la organele vamale în numele agentului economic; i) pașaportul tehnic al mijlocului de transport auto.

Pentru neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a sarcinilor și obligațiilor stabilite conform legislației în vigoare, sunt responsabili atât agenții implicați în trecerea mărfurilor și mijloacelor de transport peste frontiera vamală cât și a organelor vamale. Fără răspundere atribuțiile organelor vamale nu ar fi avut o bază sigură de asigurare publică-juridică. Răspunderea organelor vamale reprezintă ca o garanție că, atribuțiile vor fi exercitate în limitele legii, fără abateri și devieri. Dacă analizăm legislația în vigoare care reglementează răspunderea organelor vamale, putem conchide următoarele:

În conformitate cu articolul 319 al Codului Vamal al Republicii Moldova¹³, organul vamal răspunde pentru prejudiciile cauzate persoanelor și patrimoniului lor prin decizii și acțiuni ilegale sau prin inacțiune, precum și pentru prejudiciile cauzate de colaboratorii vamali și alți angajați ai organului vamal în exercițiul funcțiunii prin decizii și acțiuni ilegale, prin inacțiune. Prejudiciile sînt reparate în conformitate cu prevederile legislației. Prejudiciile cauzate prin acțiuni legale nu sînt reparabile. Conform articolului 320 al CV Republicii Moldova¹⁴, colaboratorii vamali și alți angajați ai organului vamal sunt responsabili pentru decizii și acțiuni ilegale sau pentru inacțiune sînt sancționați disciplinar, administrativ, penal sau lor li se aplică alte sancțiuni în conformitate cu legislația.

Potrivit art.53 alin. (1) din Constituția Republicii Moldova¹⁵, persoana vătămată într-un drept al său de o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin ne-

13 Codul Vamal al Republicii Moldova, nr.1149 din 20.07.2000//Monitorul Oficial//nr.160-162.

14 Idem.

15 Constituția Republicii Moldova din 29.07.1994//Monitorul Oficial//nr.1.

soluționarea întermeul legal a unei cereri, este îndreptățită să obțină recunoașterea dreptului pretins, anularea actului și repararea pagubei. De asemenea, reieșind din prevederile art.14 al Codului Civil al Republicii Moldova¹⁶, persoana lezată într-un drept al ei poate cere repararea integrală a prejudiciului cauzat astfel. Se consideră prejudiciu cheltuielile pe care persoana lezată într-un drept al ei le-a suportat sau urmează să le suporte la restabilirea dreptului încălcat, pierderea sau deteriorarea bunurilor sale (prejudiciu efectiv), precum și beneficiul neobținut prin încălcarea dreptului (venitul ratat). Mai mult decît atît, în conformitate cu art.4 Cod de procedură civilă al Republicii Moldova¹⁷, sarcinile procedurii civile constau în judecarea justă, în termen rezonabil, a cauzelor de apărare a drepturilor încălcate sau contestate, a libertăților și a intereselor legitime ale persoanelor fizice și juridice și asociațiilor lor, ale autorităților publice și ale altor persoane care sînt subiecte ale raporturilor juridice civile, familiale, de muncă și ale altor raporturi juridice, precum și în apărarea intereselor statului și ale societății, în consolidarea legalității și a ordinii de drept, în prevenirea cazurilor de încălcare a legii.

În conformitate cu art.3 al **Legii** Nr.1545 din 25.02.1998 privind modul de reparare a prejudiciului cauzat prin acțiunile ilicite ale organelor de urmărire penală, ale procuraturii și ale instanțelor judecătorești¹⁸, prejudiciul material și moral cauzat persoanei fizice sau juridice se repară în urma:

- a) reținerii ilegale, aplicării ilegale a măsurilor preventive sub formă de arest, de declarație de a nu părăsi localitatea sau țara, tragerii ilegale la răspundere penală;
- b) condamnării ilegale, confiscării ilegale a averii, supunerii ilegale la muncă neremunerată în folosul comunității;
- c) efectuării ilegale, în cazul urmăririi penale ori judecării cauzei penale, a percheziției, ridicării, punerii ilegale sub sechestru a averii, eliberării sau suspendării ilegale din lucru (funcție), precum și în urma altor acțiuni de procedură care limitează drepturile persoanelor fizice sau juridice;
- d) supunerii ilegale la arest contravențional, reținerii contravenționale ilegale sau aplicării ilegale a amenzii contravenționale de către instanța de judecată;
- e) efectuării măsurilor speciale de investigații cu încălcarea prevederilor legislației;
- f) ridicării ilegale a documentelor contabile, a altor documente, a banilor, a ștampilelor, precum și în urma blocării conturilor bancare.

Cît privește răspunderea expeditorului inclusive și alte personae implicate în procesul trecerii mărfurilor și mijloacelor de transport peste frontieră vamală, Codul

16 Codul Civil al Republicii Moldova nr.1107 din 06.06.2002//Monitorul Oficial//nr.82-86.

17 Cod de procedură civilă al Republicii Moldova, nr.225 din 30.05.2003//Monitorul Oficial//nr.111-115.

18 Legea Nr.1545 din 25.02.1998 privind modul de reparare a prejudiciului cauzat prin acțiunile ilicite ale organelor de urmărire penală, ale procuraturii și ale instanțelor judecătorești// Monitorul Oficial//nr.50-51.

contravențional al Republicii Moldova¹⁹, nr. 218-XVI din 24.10.2008 reglementează regulile vamale, încalcarea cărora atrag după sine răspunderea contravențională și anume:

1. Neoprirea vehiculului (inclusiv a vehiculului de uz personal) care traversează frontiera de stat (vama) a Republicii Moldova în locul de aflare a organului vamal, precum și pornirea, admiterea pornirii fără autorizația organului vamal a vehiculului (inclusiv a vehiculului de uz personal) aflat sub control vamal.
2. Acostarea la nava aflată sub control vamal a altor construcții plutitoare fără autorizația organului vamal.
3. Împiedicarea accesului persoanei cu funcție de răspundere a organului vamal în exercițiul funcțiunii la mărfurile, obiectele și la alte valori aflate sub control vamal .
4. Neprezentarea în termen către organul vamal a actelor necesare controlului vamal al mărfurilor, obiectelor și al altor valori aflate sub controlul vamal, indiferent de prezentarea declarației scrise.
5. Neprezentarea în termen organului vamal a mărfurilor, obiectelor și altor valori aflate sub control vamal, transportate de la un organ vamal la altul, precum și a actelor vamale și altor acte asupra acestora etc. La aplicarea răspunderii este important să ținem cont și de Hotărîrea Plenului CSJ a Republicii Moldova din 24.12.2010, nr.4 „Cu privire la practica examinării în contencios administrativ a litigiilor legate de aplicarea legislației vamale“, care explică, instanțele de contencios administrativ, la judecarea pricinilor legate de contestarea deciziilor organului vamal privind tragerea la răspundere materială prevăzută de art.231, 232 Cod vamal, urmează să stabilească cu certitudine prezența tuturor elementelor esențiale și suficiente pentru angajarea răspunderii financiare. Astfel, condiții generale, necesare pentru răspunderea materială, sînt: prejudiciul, fapta ilicită, raportul causal dintre faptă și prejudiciu și vinovăția. Lipsa unei condiții, potrivit regulii generale, exclude răspunderea materială²⁰.

Concluzii. Definind „sistemul vamal“ ca fiind acea structură complexă, care cuprinde pârghiile utilizate de stat pentru influențarea activității vamale, metodele administrative și de conducere, cadrul instituțional (alcătuit din instituții și organe cu atribuții în domeniul vamal), cadrul juridic (format din legi, decrete, hotărâri și alte reglementări cu caracter normativ în domeniul activității vamale) menționăm că, componenta instituțională a sistemului vamal o constituie organele vamale, ca entități menite să transpună în practică reglementările vamale ce determină regimul juridic vamal aplicabil în cadrul statului.

19 Codul contravențional al Republicii Moldova, nr.218-XVI din 24.10.2008//Monitorul Oficial// nr.3-6/15 din 16.01.2009.

20 Hotărîrea Plenului CSJ al Republicii Moldova din 24.12.2010, nr.4 Cu privire la practica examinării în contencios administrativ a litigiilor legate de aplicarea legislației vamale//*Buletinul CSJ a RM* 11/4, 2010.

Reieșind din faptul că, sistemul vamal al Republicii Moldova este destul de tânăr, este absolută clară necesitatea în analiza practicii internaționale în scopul scoaterii în evidență a legităților comune de dezvoltare și activitate, precum și specificul organizării organelor vamale în diferite state.

Un rol important îl are activitatea organelor vamale în calitate de organe de drept, care asigură respectarea reglementărilor vamale la trecerea mărfurilor și mijloacelor de transport peste frontiera vamală a Republicii Moldova, luptă împotriva contrabandei, precum și cu diferite fraude și contravenții ce sunt comise în cadrul activității vamale. Activitatea dată constituie una dintre cele mai importante forme de control statal și se exprimată prin următoarele: urmărirea penală a infracțiunilor vamale, activitatea specială de investigații, atragerea la răspundere vamală și procedura de examinare a contravențiilor vamale. Totodată, organele vamale își exercită atribuțiile de ocrotire a normelor de drept prin aplicarea diferitor măsuri de constrângere (reținerea mărfurilor și persoanelor, sancționarea persoanelor vinovate, ridicarea, sechestrarea și confiscarea mărfurilor și mijloacelor de transport etc.).

Totalitatea organelor vamale, instituțiilor și subdiviziunilor subordonate constituie un mecanism complicat și diversificat, care are menirea soluționării multitudinii problemelor ce apar în cadrul activității vamale. Găsirea celui mai bun model de organizare a organelor vamale implică schimbarea sistemului de administrare vamală, restructurare, introducerea tehnologiilor avansate în procesul de vămuirea a mărfurilor, punerea în aplicare a politicilor de personal, care presupune completarea Serviciul Vamal cu specialiști de înaltă calificare.

ORGANIZAREA ȘI FUNCȚIONAREA OFICIILOR CADASTRALE ÎN REPUBLICA MOLDOVA

Pavel TAMACIUC, doctorand, ULIM

Recenzent: **Ion POSTU**, doctor în drept, conferențiar universitar

This article refers to the development of cadastre in Moldova, noting the basic principles and key elements of the organization and functioning of the this service. Similarly, an analysis of the activity of territorial cadastral offices in the country during 2006-2014, and the services provided to the population of Moldova, is made, offering proposals and conclusions.

Keywords: *cadastre offices, land, land, public administration.*

Prezentul articol se referă la dezvoltarea cadastrului în Republica Moldova, menționând principiile de bază și elementele-cheie ale organizării și funcționării acestui serviciu în plan național. La fel, se face o analiză a activității oficiilor cadastrale teritoriale din țară în perioada 2006—2014, și a serviciilor prestate către populația Republicii Moldova, oferindu-se propuneri și concluzii pertinente.

Cuvinte-cheie: *oficii cadastrale, cadastru, teren, administrație publică.*

Descrierea situației în domeniul de cercetare și identificare a problemelor. Strategia de creștere economic durabilă, care se implimentează în Republica Moldova, presupune asigurarea păstrării și înmulțirii patrimoniului național, dezvoltarea economică proporțională a teritoriilor țării. Un rol deosebit în realizarea acestei strategii îi revine cadastrului bunurilor imobile, care este o component important a infrastructurii de piață, constituind baza pentru adoptarea celor mai multe decizii ce țin de diferite tipuri de proprietate atât în sectorul privat, cât și în cel de stat. Identificarea, înregistrarea și evaluarea a patrimoniului este o noțiune polisemantică, fiind totodată o știință economic aplicativă despre determinarea valorii obiectelor supuse estimării.

Identificarea și înregistrarea masivă a bunurilor imobile, este tratată ca un process de mare valoare în strategia de creștere economică durabilă.

Dezvoltarea cadastrului în Republica Moldova a cunoscut mai multe perioade. Astfel după declarația suveranității din 1990 și independenței din 27 august 1991, Legislația civilă a fost modificată esențial inclusiv în domeniul drepturilor imobiliare, ale cărui regim juridic era reglementată de un șir de acte normative pentru asigurarea tranzacțiilor litigioase. În acest context urma ca pînă în anul 2010, să fie luate la evidență toate bunurile imobile din țară. Șă fie creat cadastrul bunurilor

imobile, în baza Legii, Cadastrul Bunurilor Imobile, nr. 1543 din 25.02.1998 și hotărârea Guvernului Republicii Moldova, nr. 1030 din 12.10.1998.

Analiza experienței internaționale și locale privind crearea cadastrului bunurilor imobile demonstrează că pe parcursul mai multor decenii, în majoritatea țărilor lumii cadastrul a fost considerat un sistem de informații referinduse la terenuri și caracteristicile lor.

Cercetările efectuate de savanții străini au fost consacrate problemelor de creare și perfecționare a cadastrului funciar, unde preponderant a fost aspectul etnic, ca rezultat executarea formării cadastrale și stabilirii hotarelor dintre sectoarele de teren. În același timp s-a acordat o atenție deosebită preciziei măsurărilor cadastrale, cuprinderii integrale a imobilelor, calității informației tehnice. La început, crearea cadastrului funciar nu a influențat esențial asupra sistemului de înregistrare a drepturilor asupra bunurilor imobile. Însă pe parcursul dezvoltării sistemului cadastral devenea tot mai complet în privința volumului informației pe care o conținea, a apărut necesitatea de a introduce însemnarea unică a sectoarelor de pământ și în registrele drepturilor asupra bunurilor imobile. Cu timpul sistemul informațional s-a completat cu datele despre înregistrarea bunurilor imobile efectuată în procesul desfășurării tranzacțiilor și în procesul de înregistrare primară masivă a bunurilor imobile.

Dezvoltarea sistemului cadastrului, intens a avut loc în Europa. O importanță deosebită a cadastrului funciar în Europa Occidentală este cuprinderea sistematică a întregului teritoeiu, datele colectate și înregistrate se actualizează permanent.

Una dintre lucrările științifice, care a influențat mai mult asupra dezvoltării sistemelor cadastrale de stat și înregistrarea bunurilor imobile, în țările din CSI, este lucrarea lui Larson G. „Înregistrarea drepturilor funciare și sistemele cadastrale“.

Identificarea problemelor în urma cercetării, la îndeplinirea primei etape a programului de Stat, anii (1998—2006). Înregistrarea masivă a bunurilor imobile.

Situația cu privire la înregistrarea masivă a bunurilor imobile în localitățile urbane (până la 24.01.2005), pe raioane:

Raionul	Orașul/ Municipiul	Au fost executate lucrări cadastrale	Au fost înregistrate în cadrul înregistrării primare masive	Au fost finalizate lucrările cadastrale
Anenii Noi	or. Anenii Noi	2262	1190	În lucru
Basarabeasca	or. Basarabeasca	3953	3518	În lucru
Briceni	or. Briceni	2097	2081	În lucru
Briceni	or. Lipcani	2580	1999	În lucru
Cahul	or. Cahul	4817	4798	În lucru
Călărași	or. Călărași	6181	6431	finalizat
Cantemir	or. Cantemir	677	683	finalizat
Căușeni	or. Căinari	1911	1850	finalizat
Căușeni	or. Căușeni	5869	5049	finalizat
Cimișlia	or. Cimișlia	7430	6693	finalizat

Raionul	Orașul/ Municipiul	Au fost executate lucrări cadastrale	Au fost înregistrate în cadrul înregistrării primare masive	Au fost finalizate lucrările cadastrale
Criuleni	or. Criuleni	4664	4378	finalizat
Dondușeni	or. Dondușeni	2461	2168	finalizat
Drochia	or. Drochia	4650	4381	finalizat
Edineț	or. Cupcini	2365	2317	finalizat
Edineț	or. Edineț	5421	4442	finalizat
Fălești	or. Fălești	4631	4365	finalizat
Florești	or. Florești	3264	2710	finalizat
Florești	or. Ghindești	2193	1528	finalizat
Florești	or. Mărcăulești	1465	483	finalizat
Glodeni	or. Glodeni	3550	3427	finalizat
Hîncești	or. Hîncești	4000	3263	finalizat
Ialoveni	or. Ialoveni	6529	5857	finalizat
Leova	or. Iargara	3474	3005	finalizat
Leova	or. Leova	3639	2975	finalizat
mun. Bălți	mun. Bălți	12413	9866	finalizat
mun. Chișinău	mun. Chișinău	19596	4728	În lucru
mun. Chișinău	or. Codru	645	265	În lucru
mun. Chișinău	or. Cricova	1304	346	În lucru
mun. Chișinău	or. Durlăști	3998	2185	În lucru
mun. Chișinău	or. Sîngera	4364	5052	finalizat
mun. Chișinău	or. Vadul-lui-Vodă	1396	721	În lucru
mun. Chișinău	or. Vatra	628	207	În lucru
Nisporeni	or. Nisporeni	4667	4569	finalizat
Ocnița	or. Frunze	100	95	finalizat
Ocnița	or. Ocnița	2341	2073	finalizat
Ocnița	or. Otaci	1708	1484	finalizat
Orhei	or. Orhei	3434	6067	finalizat
Rezina	or. Rezina	1470	1301	finalizat
Rîșcani	or. Costești	2247	2113	finalizat
Rîșcani	or. Rîșcani	3839	3118	finalizat
Sîngerei	or. Biruința	486	460	finalizat
Sîngerei	or. Sîngerei	7720	6940	finalizat
Soldănești	or. Șoldănești	5075	4018	finalizat
Soroca	or. Soroca	6162	1533	finalizat
Ștefan-Vodă	or. Ștefan-Vodă	1803	1661	finalizat
Strășeni	or. Bucoveț	1127	991	finalizat
Strășeni	or. Strășeni	4805	4734	finalizat
Taraclia	or. Taraclia	7229	7100	finalizat
Telenești	or. Telenești	6666	6887	finalizat
UAT Gagauzia	mun. Comrat	6262	6635	finalizat
UAT Gagauzia	o. Ciadîr-Lunga	7499	7234	finalizat
UAT Gagauzia	or. Vulcănești	4735	4670	finalizat
Ungheni	or. Cornești	1073	999	finalizat
Ungheni	or. Ungheni	3360	3733	În lucru

**Concluzii în urma cercetării,
pe marginea îndeplinirii Programului de Stat:**

- a) Firmele private în calitate de executori a lucrărilor de înregistrare masivă a bunurilor imobile, în momentul colectării informației despre proprietarii bunurilor în localități, în dialog cu persoanele prezente în curte nu verificau buletinul (pașaportul), pentru identificarea persoanei, cu datele registrului primăriei, ca făcând înscrieri după chiriași. Constatăm că în final proprietarii adevărați rămâneau fără imobile, pe care le restituie și astăzi prin intermediul instanței de judecată;
- b) Specialiștii pentru reglementarea chestiunilor funciare din primării, nu dispuneau de studii speciale în domeniu cadastrului, ceea ce se urmărește și la zi de azi.

Exemplu: Odată cu venirea noului primar în urma alegerilor generale locale, prin intermediul consursului se alege o persoană din partid și nu un specialist în domeniu din afara partidului.

Exemplu: În urma investigațiilor personale în raionul Strășeni am constatat faptul că din zece primării doar trei specialiști în chestiunile funciare dispun de pregătiri special în cadastru (diplomă). Adică dacă raionul Strășeni are douăzeci și șapte primării constatăm că doar opt specialiști din primării sunt cu pregătiri special.

Referitor la îndeplinirea Programului de Stat, (an. 1998—2006), restanțele se explică prin următoarele neajunsuri:

- a) Lipsa indicatorilor cantitativi și calitativi, pentru îndeplinirea Programului de Stat;
- b) informația prezentată firmelor private de către autoritățile administrațiilor publice locale au fost aproximative, de aici rezultă că numărul localităților, bunurilor imobile, titlurilor de proprietate a bunurilor imobile, au fost incorecte.
- c) efectuarea înregistrărilor eronate, cu înscrierile în Registrul Bunurilor Imobile;

Concluzii:

- a) Conlucrare insuficientă între Întreprinderea de Stat „CADASTRU” și autoritățile administrațiilor publice locale, de nivelul I și II, în cadrul delimitării a terenurilor proprietate public;
- b) erorile au fost și sunt generate în legătură cu faptul nerespectării cadrului legal, lipsa de îndeplinire a normelor juridice ce reglementează modul corect de înregistrare a bunurilor imobile, accesoriu care urmează a fi înregistrat.

Exemplu:

- a) Colectarea datelor eronate în procesul de înregistrare masivă, ulterior înscrierea în Registrul Bunurilor Imobile în favoarea a mai multor persoane;
- b) măsurările pentru înregistrarea masivă (prima etapă), nu au fost realizate integral;
- c) La îndeplinirea lucrărilor cadastrale de unele firme private, nu se ese în teritoriu, dar se eau datele lucrărilor massive, eronate, sau informația din baza de date a birourilor de informație tehnică (BIT).

Exemplu: Pe întreaga suprafață a terenurilor din țară s-au comis erori, în rezultat se suprapun terenurile aferente între vecini.

Motivul: Firma privată a executat lucrări cadastrale masive eronate, care în continuare au fost înregistrate în Registrul Bunurilor Imobile. Fiind solicitată firma privată să îndeplinească lucrări cadastrale, de formare a bunului imobil de către proprietar, executantul, firma privată, își permite să îndeplinească lucrarea din oficiu, conducându-se de lucrările masive executate cândva cu erori și suprapuneri (un teren amplasat pe alt teren al vecinului), cu depășire a hotarului peste gard existent construit de cincizeci de ani, care arată clar hotarul stabilit, în așa mod micșorând terenul aferent a vecinului, adiacent, fără de a informa vecinii și administrația publică locală, ambii conform regulamentului trebuie să fie prezenți la stabilirea hotarelor bunului nou format. Pentru a rezolva problemele apărute în urma lucrărilor cadastrale executate de către firmele private, care au efectuat lucrările de înregistrare masivă, vecinii merg în instanța de judecată, dar ca intervenient include oficiile cadastrale teritoriale, deoarece firmele private nu se prezintă, s-au dispar peste noapte.

Concluzii: Au fost admise abateri de la regulamentul de înregistrare a bunurilor imobile și la delimitarea terenurilor în municipiul Chișinău și alte localități din țară; (raportul auditului implementării programului de stat, în anii 2008—2009, de către Agenția Relații Funciare și Cadastru, și Întreprinderea de stat „Cadastru” cu privire la înregistrarea masivă a bunurilor imobile și delimitarea lor, aprobat de Hotărârea Curții de Conturi nr. 8 din 09. Februarie 2011).

În procesul de investigare și lucrul practic, în multe cazuri ne-am convins că în prezent nu avem statistica veridică a fondului funciar și anume: lipsesc planurile de sistematizare în scopul determinării direcțiilor principale pentru folosirea terenurilor din intravilan.

Concluzii:

- a) Ca rezultat, nu sunt evidențiate clar hotarele caselor de locuit în intravilan, nu sunt clare hotarele care despart extravilanul de localități, terenuri cu destinație agricolă, grădini;
- b) în multe cazuri, la ziua de azi, pe sectoarele din extravilan, nu corespund terenurile cu baza de date a oficiilor cadastrale teritoriale, deoarece oficiile cadastrale teritoriale la momentul măsurării nu dispuneau de grafică și bază de date modernă. Se folosea un sistem așa numit „Rastru” — cu ajutorul căruia se putea amplasa terenul cu aproximație, dar fără de a evidenția hotarele generale și fixe.

Exemplu: Proprietarii bunurilor (terenurilor aferente a caselor de locuit și celor agricole) la momentul înstrăinării solicită planul geometric — cadastral a bunului, extrasul, (în copii), în formă la ziua de azi, (atât planul de care dispune solicitantul cât și informația deținută de oficiile cadastrale teritoriale nu corespund cu realitatea de pe teren, deoarece măsurările cu cincisprezece-douăzeci ani în urmă, sunt eronate).

Pentru a elibera un plan geometric-cadastral corect, oficiile cadastrale teritoriale trebuie să easă în teren, ca să facă măsurări cu utilajul modern, pentru care

solicitanții trebuie să achite taxa pentru lucrări, conform devizului de cost, ceia ce solicitanții refuă motivînd că ei deja dispun de plan geometric — cadastral, pentru care au achitat cîndva;

Exemplu în urma investigației: O patre de titluri de identificare a drepturilor deținători de teren eliberate, (în urma finasării din cadrul proiectelor), nu sunt veridice, deoarece cum am menționat mai sus, au fost îndeplinite din oficiu, fără de a ieși în teren;

Primăria schimbînd cu locul un teren de un hectar și patruzeci ari, nu a anulat și titlul, ca apoi să elibereze un alt titlu de proprietate pentru altă porțiune de teren, care corespunde realității, dar trimite posesorul bunului ca să publice în M.O. al R.M., ca să declare titlul pierdut, (anterior ridicînd titlul de proprietate de la cetățean).

Concluzie în urma investigării cazului: La momentul anulării unui titlu pe un bun imobil, pentru necesitatea localității primăria informează proprietarul bunului imobil, cere acordul proprietarului explicîndul motivul și cu acordul proprietarului se selectează un alt teren, apoi se anulează titlul, cu informarea obligatorie a oficiului cadastral teritorial, unde titlul actual este deja înregistrat, (în caz că titlul provizoriu nu este perfectat și înregistrat la oficiul cadastral teritorial), se eliberează alt titlul cu aprecierea și formarea noului bun imobil, prin intermediul oficiului cadastral, în urma procedurii efectuate proprietarul înregistrează noul bun primit la oficiul cadastral teritorial, după care se fac modificări și în registrul primăriei, (se radiază informația).

Exemplu: s. Lozova, o persoană cumpără un teren adiacent cu terenul aferent a casei proprii de locuit. Efectuiază tranzacția prin intermediul notarului, bazîndu-se pe un plan geometric-cadastral executat pe timpuri, cînd oficiile cadastrale nu dispuneau de grafică și utilaj modern de măsurare. Deci terenul cumpărat, poate să aibă erori în suprafață, nu corespunde planul cu suprafața parcelei la locul amplasării. Peste trei luni persoana care a procurat terenul, solicită planul geometric-cadastral de la oficiul cadastral Strășeni, fără a ieși în teren pentru a actualiza suprafața terenului, motivînd că nu îi ajunge 2,5 ari. OCT Strășeni refuză, deoarece solicitantul nu dorește să achite tariful stabilit conform devizul de cost a lucrării. Solicitantul se adresează în instanța de judecată, cu refuzul de a elibera planul geometric. Judecata amendează oficiul cadastral teritorial, și obloigă OCT să-i restituie suprafața de teren 2,5 ari, care după spusele solicitantului lipsesc.

În urma investigației am depistat următoarele erori în momentul tranzacției:

1. Cumpărătorul terenului nu a solicitat de la vînzător verificarea parcelei de teren cumpărate, prin intermediul oficiului cadastral teritorial. Motivul: (vînzătorul putea oricînd să înstrăineze neoficial, cu mutarea gardului, cîțiva ari, oricărui din vecin cu care se mărginește.
2. În momentul formării terenului cumpărătorului atît primăriile cît oficiile cadastrale teritoriale nu dispuneau de utilaj modern și respectiv grafică în formă electronică.
3. Terenurile aferente a caselor de locuit pe o mare parte a țării se suprapun.

- În urma dezbatărilor intense a cazului dat cu inginerii cadastrali din oficiu cadastral teritorial, calculelor efectuate, măsurarea a unor terenuri adiacente cumpărătorului, s-au depistat suprafețe de teren cu surplus, care în total depășesc 2,5 ari, suprafața care nu îi ajung cumpărătorului.
- E important că cumpărătorul, la propunerea oficiului cadastral teritorial Strășeni, a refuzat categoric ca să se măsoare terenul propriu, care este adiacent cu terenul procurat.

În legătură cu faptul că toate tranzacțiile a bunurilor imobile, depind de corectitudinea efectuării lucrărilor cadastrale masive, eliminarea pe viitor a erorilor și suprapunerilor pe terenurile dintre vecini este necesar de efectuat următoarele cerințe de către oficiile cadastrale teritoriale:

- a) De a verifica minuțios, planurile geometrice a terenurilor, întocmite în formă electronică cu respectarea prevederilor tehnico — redacționale privind crearea planurilor digitale, aprobate de Agenția Relații Funciare și Cadastru, prezentate de către executanții lucrărilor masive, cu registrele primăriei și datele din actele de identitate a proprietarilor, (eliminarea după necesitate a grșelelor tehnice), la care s-a efectuat lucrările masive;
- b) planul geometric se întocmește conform modelului, cu următoarea informație;
- c) amplasarea și adresa bunului imobil;
- d) hotarele terenului;
- e) punctele de cotitură a hotarelor;
- f) reprezentarea configurațiilor amplasate pe teren;
- g) indicarea adiacenților (numele, pronumele sau numerele cadastrale a acestora);
- h) scara la care a fost întocmit planul geometric;
- i) catalogul coordonatelor;
- j) tabela cu dimensiunile segmentelor terenului;
- k) tipul hotarelor (generale, fixe);
- l) orientarea geografică a planului;
- m) caracteristicile tehnice a sectorului de teren (tipul, modul de folosință, suprafața);
- n) caracteristicile tehnice ale construcțiilor (tipul, modul de folosință);
- o) denumirea întreprinderii care a executat lucrările;
- p) data eliberării planului geometric;
- q) numele, prenumele și semnăturile executantului lucrărilor și conducătorului întreprinderii/ persoanei responsabile pentru verificarea lucrărilor (executantul);
- r) pe planul geometric se reprezintă toate construcțiile (autorizate și neautorizate) amplasate pe teren. La fiecare construcție (cu sau fără anexe, ce au unul sau mai mulți pereți comuni cu construcția), indiferent de modul de folosință, se atribuie număr (01, 02, 03, ...).

La momentul efectuării lucrărilor masive executantul în mod obligatoriu trebuie să verifice datele despre proprietarul bunului din două surse:

- a) Buletinul de identitate (pașaportul), (pentru identificarea corectă a proprietarului bunului imobil);
- b) Informația despre proprietarul și bunul imobil pe care îl are în proprietate, din registrul bunurilor imobile al primăriei pe teritoriul cărui se execută măsurările masive.

Pentru excluderea erorilor și greșelilor tehnice din îndeplinirea sarcinilor funciare și cadastrale în primării, e necesar ca specialiștii pentru reglementarea chestiunilor funciare să fie selectați prin concurs doar persoane care au studii speciale în domeniul cadastral.

În procesul de colectare a datelor de către specialistul funciar din raioanele țării e necesar să se concluzeze mai productiv cu specialiștii pentru reglementarea chestiunilor funciare din primării și inginerii cadastrali din oficiile cadastrale teritoriale despre proprietarii ale terenurilor private, micșorarea sau mărirea suprafețelor atât a sectorului privat cât și a celui de nivelul I și nivelul II, cât și a administrației publice centrale.

În legătură cu necompetența specialiștilor pentru reglementarea chestiunilor funciare din primăriile țării, nu sunt cunoscute toate terenurile și respectiv nu sunt luate la evidență terenurile libere (fără stăpîn) din raza de administrare a primăriilor, motivul înscrierii eronate despre bunurile imobile.

În primării nu sunt corect formulate deciziile de atribuire a terenurilor în urma delimitării, de la RM, la UAT, (nu se face trimitere la actele normative în deciziile luate de către consilieri).

Erorile au fost și sunt generate în legătură cu faptul nerespectării cadrului legal, lipsa de îndeplinire a normelor juridice ce reglementează modul corect de înregistrare a bunurilor imobile, accesoriu care urmează a fi înregistrat.

Excluderea din practică a îndeplinirii lucrării cadastrale din oficiu, fără a ieși în teren, folosind informația rezultatelor măsurărilor masive, deoarece între timp se modifică hotarele de către proprietari, avînd și datele lucrărilor masive eronate.

Primăriile în lipsa de surse financiare nu se adresează la oficiile cadastrale teritoriale în privința delimitării hotarului la zi, în legătură cu necesitatea localității, (aprecierea hotarului dintre intravila și extravilan).

Propuneri:

- a) E necesar de executat lucrări cadastrale cu un preț mai redus, la terenurile care deja sunt înregistrate în Registrul Bunurilor Imobile, măsurate cu douăzeci ani în urmă, cu utilaj neperformant și înregistrate în programe mai puțin concrete, care astăzi nu se găsesc în baza de date modernă grafică.
- b) Modificarea procedurii de eliberare a extraselor din Registrul Bunurilor Imobile (cu măsurări efectuate de douăzeci de ani în urmă, fără ieșirea în teritoriu la momentul solicitării, cu un preț redus, cu explicația solicitantului ca măsurările efectuate anterior în mare parte nu corespund realității, pe alocuri se

suprapun terenurile între vecini și pînă la urmă duc la un conflict, care se termină cu implicarea instanței de judecată

- c) În legătură cu faptul că lucrările de înregistrare masivă mai continuă și în anii, 2011, 2012, 2013, 2014 e necesar ca Agenția Relații Funciare și Cadastru să propună Guvernului un plan bine chibzuit, cu termeni restrînși pentru petrecerea lucrărilor de înregistrare masiv a bunurilor imobile în toată țara, deoarece Statul pierde în continuare sume enorme la buget, care pot veni ca impozit din bunurile imobile luate la evidență, (pentru a obține finansare pentru lucrări).
- d) Evaluarea bunurilor imobile, e necesar ca să corespundă cu prețurile de piață la zi, deoarece în cazurile cînd persoanele ajung în instanța de judecată, pe dosare de împărțire a bunurilor imobile, judecătorul solicită prețul de piață la zi, dar nu din programa cadastrului, efectuate cîndva.
- e) în legătură cu faptul că Statul a asigurat suportul financiar solicitat de către Agenția Relații Funciare și Cadastru, însă Programul de Stat, nu a fost realizat în totalitate, motivele fiind neîndeplinirea indicatorilor cantitativi, ceia ce vedem și în anexa nr. 1, mai jos, e necesar de a petrece o inventariere totală, pentru aprecierea corectă a bunurilor cu destinație locativă, industrial, comercială, agricolă ș.a.
- f) e necesar ca întreprinderea de Stat „CADASTRU“ să petreacă seminare cu specialiștii pe reglementarea chestiunilor funciare din primării, pentru o conlucrare fructuoasă în vederea depistării și a luării la evidență a terenurilor neînregistrate și declarate fără stăpîn.

În pofida faptului că la nivel de Agenție Relații Funciare și Cadastru, pe parcursul anului 2013—2014 s-a organizat:

- 1) Grupul de lucru privind denumirile geografice, prin actualizarea Buletinului Electronic de schimbări de nume ale localităților.
- 2) În 2013, au fost instruite trei persoane într-un curs cu tematica „Tehnici moderne de foto-grametrie și modelare tridi-grametrie“.
- 3) Dezvoltarea programelor de standartizare și metrologiei în domeniul geodeziei și cartografiei pînă în 2015.
- 4) Implimentarea unui centru interstatal de verificare a nivelelor digitale și a bazelor cu benzi codate.
- 5) Standartizarea normelor de timp pentru lucrările topo-geodezice prin utilizarea echipamentelor și tehnologii modern, norme recomandate specialiștilor din cadrul Agenției Relații Funciare și Cadastru și Întreprinderilor de Stat: „INGEOCAD“ și IPOT
- 6) În a doua jumătate a anului 2013, odată cu lansarea sistemului de plăți Mpay, proiect realizat de Centrul de Guvernare Electronică, serviciile on-line prestate de către Î.S. „CADASTRU“ pot fi achitate prin mai multe instrumente electronice, cum sunt: cardul bancar, transfer bancar (e-banking), terminale de plată și în numerar la bancă sau oficiu poștal.

- 7) Făcînd comandă on-line de extras din registru bunurilor imobile, certificate privind înscrisurile sau certificate privind valoarea bunului imobil, este posibilitate de a achita serviciul imediat, cu cardul bancar sau transfer bancar, în lipsa acestor posibilități, la orice terminal de plată sau bancă. Comanda poate fi efectuată pe [www. Cadastru.md](http://www.Cadastru.md) sau www.mpay.gov.md, în caz de necesitate, pe tel. pentru informații: 0 22 88 10 48, 88 10 40. Pentru 2015 e necesar:
- a) dezvoltarea cadrului legislativ și de reglementare în domeniul geodeziei, cartografiei și cadastrului;
 - b) continuarea creerii și dezvoltării unei baze de date unificate pentru cadastru;
 - c) crearea de hărți digitale noi, credibile, relevante cu date precise la ziua de azi, cu utilizarea tehnologiilor modern;
 - d) dezvoltarea a unei infrastructuri de date spațiale în Republica Moldova;
 - e) crearea GIS (gio info sisteme) specializate pentru a rezolva problemele consumatorului;
 - f) dezvoltarea și susținerea Sistemului Național de Poziționare MOLDPOS.
- Referitor la îndeplinirea Programului de Stat, (an. 1998—2006), restanțele se explică prin următoarele neajunsuri:

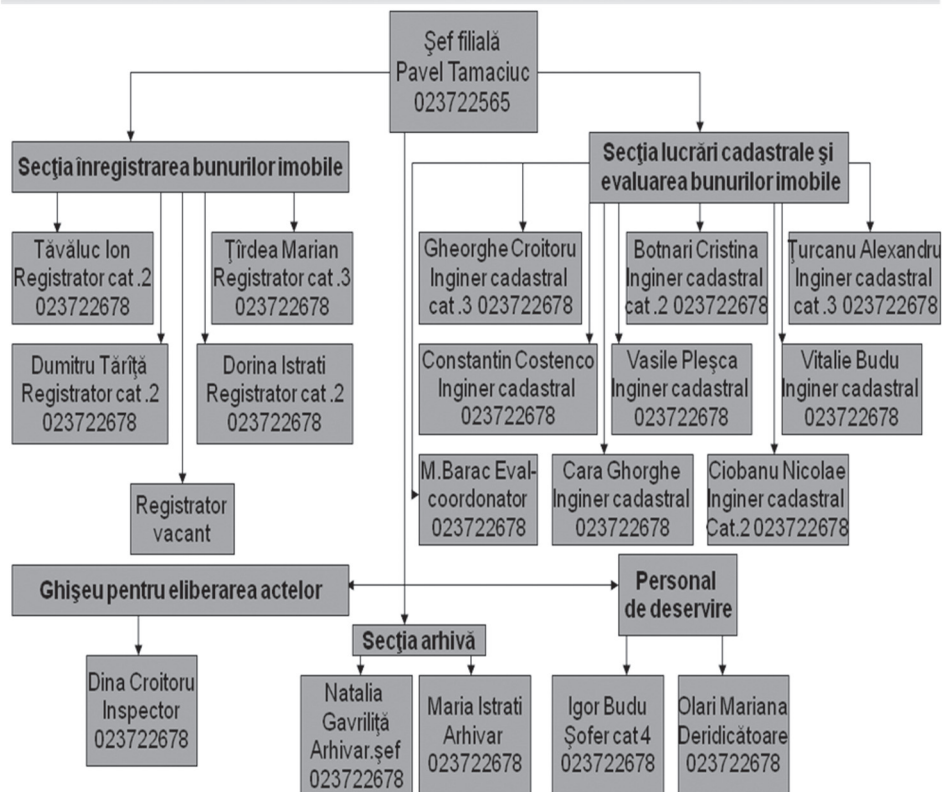
Concluzii

Analiza activității oficiilor cadastrale teritoriale din țară, efectuată în această lucrare, demonstrează că în perioada 2006—2014, a fost perfecționată programa și respectiv serviciile prestate către populația Republicii Moldova. Oficiile cadastrale teritoriale activează în centrele raionale, sunt accesibile pentru locuitorii raioanelor. În structurile oficiilor cadastrale teritoriale se regăsesc absolut to-ți specialiștii necesari pentru colectarea, prelucrarea informației despre bunurile imobile și întocmirea documentelor necesare solicitate de către locuitorii Republicii Moldova. Absolut to-ți specialiștii din oficiile cadastrale teritoriale: registratorii, inginerii cadastrali, inginerul coordonator, evaluatorii, arhivarii, lucrătorii tehnici, dispun de aparatură electronică modernă, utilaje, locuri de muncă model, conform cheii nr. 1, din certificatul ISO 9001-2008. 20 de chei sus menționate fac parte din programa certificatului sus menționat, ISO 9001-2008, ca instrumente de instruire în domeniul cadastrului, care include teorie și practică, în corectitudinea îndeplinirii sarcinei, control efectiv, de jos în sus și invers.

În baza programului iso, se prognozează și se verifică activitatea atât a aparatului Întreprinderii de Stat „CADASTRU“, cât și a subdiviziunilor, oficiilor cadastrale teritoriale. Este construită tematica auditurilor interne, pentru investigarea, aprecierea și găsierea soluțiilor pentru eliminarea erorilor și îmbunătățirea serviciilor prestate populației Republicii Moldova).

Exemplu: Structura unui oficiu mediu, în gestionarea activității de fiecare zi:

Structura Oficiului



Bibliografie

- 1) Badea A.S., Badea G. Conceptul de system cadastral la nivel internațional. http://www.uab.ro/sesiuni_2005/geocad/pagini/php/Badea_Ana-Cornelia.
- 2) Hotărîrea Curții de Conturi, nr. 8 din 09 februarie 2011, raportul auditului implementării Programului de stat, de creare a cadastrului bunurilor imobile în anii 2008—2009, de către Agenția Relații Funciare și Cadastru, și Întreprinderea de Stat „Cadastru” cu privire la înregistrarea masivă a bunurilor imobile și delimitarea lor, aprobat de Hotărîrea Curții de Conturi nr. 8 din 09. Februarie 2011).
- 3) Materialele sesiunii a XXXIV, or. Bacu, Azerbaidjan și XXXV-a, or. Minsc, Belarusia, a Consiliului Interstatal în domeniul geodeziei, cartografiei, cadastrului și teledetecției asupra pământului a Comunității Statelor Independente.

DREPTUL LA BUNĂ ADMINISTRARE — UN DREPT GARANȚIE ÎMPOTRIVA DECIZIILOR ADMINISTRATIVE ARBITRARE ÎN SPAȚIUL UNIUNII EUROPENE

Radu Cătălin PAVEL, doctorand, ULIM

Recenzent: **Victor POPA**, doctor habilitat, profesor universitar

What seems relevant to highlight in the present study is the general trend of the right to good administration approach evolution as a guarantee right against arbitrary administrative decisions in the European Union and some neighboring countries. In its content are subject to scientific analysis the following aspects: doctrinaire marks on executive power and public administration from the perspective of constitutional law and political institutions; the concept of public administration and its missions; place and role of Public Administration in the Romanian Constitution; the content of the right to good administration; clarifications on situations where the Charter of Fundamental Rights applies to situations where the Charter of Fundamental Rights does not apply (including the right to good administration) in the states member of the European Union; the right to good administration premises in the first documents on human rights elaborated on European and universal level.

Keywords: executive power, public administration, the right to good administration, right to good administration premises.

Este relevant de a evidenția pentru studiul de față trendul general al evoluției abordării dreptului la bună administrare ca un drept garanție împotriva deciziilor administrative arbitrare în spațiul uniunii europene și al unor țări limitrofe. În conținutul acestuia sunt supuse analizei științifice următoarele aspecte: repere doctrinare privind puterea executivă și administrația publică din perspectiva dreptului constituțional și a instituțiilor politice; conceptul de administrație publică și misiunile acesteia; locul și rolul administrației publice în Constituția României; conținutul dreptului la bună administrare; clarificări cu privire la situațiile în care Carta drepturilor fundamentale se aplică și cu privire la situațiile în care Carta nu se aplică (inclusiv dreptul la bună administrare) în statele membre ale Uniunii Europene; premisele dreptului la bună administrare în primele documente în materia drepturilor omului elaborate la nivel universal și european.

Cuvinte cheie: putere executivă, administrație publică, dreptul la bună administrare, premisele dreptului la bună administrare.

Repere doctrinare privind puterea executivă și administrația publică din perspectiva dreptului constituțional. Din perspectiva dreptului constituțional, precum și având în vedere structura Titlului III din Constituția României, care reglementează distinct în cuprinsul Capitolului V al acestuia, „Administrația publică“, după opinia

noastră, acest capitol cuprinde autoritățile publice care desfășoară exclusiv o activitate de natură administrativă. Reținem că dreptul constituțional analizează în general, sub aspectul reglementării constituționale, puterea executivă, respectiv organele executive ale statului, inclusiv administrația publică, urmând ca structura și funcțiile exclusive de natură administrativă ale acestora să fie analizate de dreptul administrativ.

În opinia unui autor, din componența organelor executive ale statului fac parte: Președintele Republicii, Guvernul, ministerele și celelalte organe centrale de specialitate ale administrației publice, Curtea de Conturi ca organ administrativ de jurisdicție și control administrativ și administrația publică locală¹.

În opinia altor autori, pentru Dreptul constituțional prezintă interes următoarele structuri executive: Șeful de stat, Guvernul, ministerele și celelalte organe centrale ale administrației publice și organele locale ale administrației publice². Pe lângă aceste structuri, autorii menționează și acel aparat administrativ considerabil însărcinat să pregătească și să execute decizii, aparat distribuit la nivelul fiecărei structuri executive. Referitor la autoritățile administrative (executive), aceiași autori, precizează că acestea au în sarcină conducerea politicii naționale și dispun pentru aceasta de un aparat administrativ, chemat să joace un rol important. În final, autorii observă că în acest domeniu există o terminologie nuanțată care însă, de fapt, exprimă același conținut și anume executivul³.

În opinia unui autor francez⁴, puterea executivă este exercitată de Președintele Republicii, Guvernul și consiliile executivului. Din componența consiliilor executivului în afara Secretariatului general al Guvernului și Secretariatul general al comitetului interministerial pentru probleme de cooperare economică europeană, fac parte: Consiliul de Stat, Consiliul Superior al Magistraturii și Consiliul Economic și Social. De la aceste Consilii titularii puterii executive pot primi avize autorizate, înainte de a lua o decizie. În opinia altui autor francez⁵, putere executivă este exercitată de Președintele Republicii și de Guvern.

Conceptul de administrație publică și misiunile acesteia. Pornind de la ideea că prin concept se înțelege cea mai înaltă abstractizare a noțiunii de administrație publică, constatăm că în doctrina de specialitate românească și străină din domeniul dreptului public și în special din domeniul dreptului administrativ nu există o concepție unitară privind definirea acestui concept.

Având în vedere formularea dreptul la bună administrare al cetățenilor, această formulare ne conduce la ideea că acest drept este exercitat în raporturile acestora cu

1 Drăganu T., *Drept constituțional și instituții politice. Tratat elementar, Volumul II*, București: Lumina Lex, 2000, p. 224–350.

2 Muraru M., Tănăsescu E. S., *Drept constituțional și instituții politice, Volumul II, Ediția 12*, București: C. H. Beck, 2006, p. 227.

3 *Ibidem*, p. 226.

4 Gicquel J., *Droit constitutionnelle et institutions politiques*, Paris: Montchrestien, 1995, p. 561–651.

5 Burdeau G., *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, p. 507–550.

administrația publică căreia în temeiul acestui raport îi corespund anumite obligații corelative față de cetățeni în calitatea lor de administrați. Din această perspectivă ne propunem să identificăm cele două abordări ale conceptului de administrație publică, în sens material prin care este stabilită sfera activităților administrației publice și în sens organic prin care sunt identificate autoritățile cu atribuții de administrație publică.

În dreptul administrativ francez este folosită sintagma misiunea administrației sau administrația de misiune care identifică sarcina administrației să imagineze și să contribuie la punerea în aplicare a soluțiilor destinate găsirii răspunsurilor la problemele inedite, considerate, pe drept sau pe nedrept ca imposibil de a fi rezolvate numai prin recursul la tehnicile administrației clasice⁶.

Pentru tema abordată, din doctrina administrativă românească, reținem următoarele definiții, care stabilesc conținutul conceptului sau noțiunii de administrația publică.

Prof. univ., dr. Antonie Iorgovan⁷, într-o formulare concentrată definește Administrația publică ca ansamblul activităților Președintelui României, Guvernului, autorităților administrative autonome centrale, autoritățile administrative autonome locale, și, după caz, structurile subordonate acestora prin care, în regim de putere publică, se aduc la îndeplinire legile sau, în limitele legii, se prestează servicii publice.

Autorul, mai definește Administrația publică, în accepțiune formal organică și în sens material funcțional. În accepțiunea formal organică, evocă următoarele autorități: Președintele României, Guvernul, ministerele și alte organe subordonate direct Guvernului, organe centrale de specialitate autonome, instituții subordonate ministerelor; prefectul; organe locale de specialitate subordonate ministerelor și conduse de prefect; organe autonome locale (consiliul județean, consiliul local, primarul) și instituții subordonate acestora.

În sens material funcțional, noțiunea de administrație publică evocă acte juridice și operațiuni materiale prin care se execută legea, fie prin emiterea de norme subsecvente, fie prin organizarea sau după caz, prestarea directă de servicii publice.

Prof. univ., dr. Verginia Vedinaș⁸, definește administrația publică ca ansamblul activităților desfășurate de autoritățile administrative de stat, cele autonome locale, asociații de dezvoltare intercomunitară și organisme prestatoare de servicii publice și de utilitate publică de interes local sau județean, prin care în regim de putere publică, se execută legea, în sens material, concret sau prin emiterea de acte normative cu forță juridică inferioară legii sau se prestează servicii publice.

6 Guillen R., Vincent J., *Lexique de termes juridiques*, 8^e édition, Paris: Dalloz, 1990, p. 22.

7 Iorgovan A., *Tratat de drept administrativ*, Volumul I, Ediția 4, București: All Beck, 2005, p. 82.

8 Vedinaș V., *Drept administrativ*, Ediția a V-a revăzută și actualizată, București: Universul Juridic, București, 2009, p. 30.

Prof. univ., dr. Dana Apostol Tofan⁹, precizează referitor la administrația publică, că aceasta reprezintă noțiunea centrală a dreptului administrativ, iar referitor la noțiunea de administrație precizează că aceasta constituie noțiunea fundamentală și pentru știința administrației, care o analizează sub multiple accepțiuni, în conținutul său complex fiind cuprinse imperativele: a prevedea, a organiza, a conduce, a coordona și a controla.

Având în vedere existența celor mai multe paralelisme între structura organizatorică a administrației publice din România și din Franța, pentru studiul de față, din doctrina administrativă franceză, reținem următoarele definiții, care stabilesc conținutul conceptului sau noțiunii de administrația publică.

Profesorul Jean Rivero¹⁰, definește administrația ca activitatea prin care autoritățile publice procedează utilizând dacă este cazul prerogativele puterii publice, la satisfacerea nevoilor de interes public.

Referitor la locul administrației în ansamblul activităților publice, după opinia autorului acesta este stabilit din punct de vedere material adică din punct de vedere al activității administrative și din punct de vedere organic adică din punct de vedere al organelor care asumă această activitate¹¹.

Dezvoltând aceste abordări, autorul precizează că din punct de vedere material, activitatea administrației trebuie să fie distinctă de a legislativului, a justiției și a guvernului sau a guvernării, deosebiri motivate astfel¹²:

Referitor la legislativ, acesta stabilește regulile generale care reglementează în comunitatea națională ansamblul activităților, private sau publice. Legislativul și-a terminat opera când regula stabilită este perfectă. Administrația asigură managementul: a administra înseamnă a efectua o serie de acțiuni care necesită zi de zi, urmărirea unui scop. Acțiunea administrativă este în același timp, continuă și concretă.

Referitor la justiție, judecătorul are ca funcție aplicarea dreptului la soluționarea litigiilor. El nu intervine decât în caz de contestare și rolul său se încheie când a reiterat regula aplicabilă în cazul litigios și când a enunțat consecințele care rezultă în speță.

Administrația este și ea supusă dreptului, dar spre deosebire de judecător, administrația acționează din proprie inițiativă, în afara oricărei contestări.

Pe de altă parte, dreptul constituie pentru administrație o limită nu un scop. Scopul său este satisfacerea nevoilor pe care și le-a asumat. Aceasta cere, în afara respectării dreptului, simțul oportunității și competența tehnică.

Referitor la guvern sau guvernare, este mai greu să marcezi limita dintre guvern sau guvernare și administrație. Fără îndoială, se percepe o diferență: a guverna înseamnă a lua decizii esențiale care angajează viitorul național — o declarație de

9 Apostol Tofan D., *Drept administrativ*, Volumul I, Ediția 2, București: C.H. Beck, 2008, p. 15.

10 Rivero J., *Droit administratif*, Sixième édition, Paris: Dalloz, 1973, p. 13.

11 *Ibidem*, p. 11.

12 *Ibidem*, p. 11-12.

război, un plan economic, iar administrarea este o sarcină de zi cu zi care merge până la cele mai umile acte — cursa poștașului, gestul agentului care reglementează circulația. De exemplu, dificultatea stabilirii unei frontiere între cele două domenii guvernare și administrație poate fi ilustrată și prin următorul exemplu: o anumită numire a unui înalt funcționar va avea o importanță la nivel guvernamental dacă marchează o schimbare de politică sau o semnificație pur administrativă dacă nu marchează o asemenea schimbare.

De altfel, în practică, acțiunea guvernamentală și conducerea administrativă revin aceluiași organe și ajung la acte de aceeași natură.

Cu privire la locul administrației în ansamblul activităților publice, abordat din punct de vedere organic adică din punct de vedere al organelor care asumă această activitate, autorul mai face precizările care urmează¹³: referitor la participarea diferitelor organe publice la o sarcină administrativă, este pusă în evidență o trăsătură care rămâne totuși aproape constantă, și o reprezintă deosebirea dintre organele de pregătire și de execuție dedicate exclusiv acțiunii administrative, compuse cel mai adesea din specialiști care îi consacră acesteia întreaga lor existență și organele de conducere supremă și de control ai căror membri își cumulează funcțiile administrative cu alte activități publice. Statutul și competențele lor sunt stabilite prin Constituție și se schimbă cu aceasta.

În toate regimurile politice, se găsesc la conducerea administrației autorități având un caracter constituțional și o origine politică.

Parlamentul joacă totuși, un rol esențial în viața administrativă. Acțiunea sa legislativă se extinde la legile pur administrative, care stabilesc structura administrației, scopurile și mijloacele sale. Rolul său bugetar îi asigură fondurile bugetare care comandă în fiecare an activitatea administrativă. Controlul pe care îl exercită asupra Guvernului se extinde la modul în care acesta conduce activitatea administrativă. Cât despre judecător, el intervine indirect în administrație, prin judecarea litigiilor pe aceasta le generează.

În Franța, existența unor jurisdicții specializate în litigiile administrative, ajunge să confere acestei acțiuni a judecătorului cu privire la administrație, o influență primordială.

Dar, rolul esențial cu privire la conducerea administrației revine în Franța, Guvernului, iar cu privire la execuție aceasta revine masei instituțiilor permanente care constituie în sens curent termenul de administrație sau mai mult, serviciilor publice.

Cele prezentate mai sus, stabilește organismele care au ca sarcină în Franța, să contribuie la satisfacerea diferitelor cerințe ale colectivității.

Profesorii Charles Debbach și Frédéric Colin¹⁴, definesc administrația ca o structură creată de stat pentru a gestiona treburile publice. În accepțiunea autorilor, administrația este o instituție publică care are în sarcină interesul general și

13 Ibidem, p. 12–13.

14 Debbach Ch., Colin F., *Droit administratif*, 8^e édition, Paris: Economica, 2007, p. 5.

în consecință nu se asimilează cu interesele private. Această idee de specificitate antrenează patru consecințe:

- Statutul persoanelor juridice publice este diferit de cel al persoanelor juridice private;
- Funcționarilor publici din administrație nu li se aplică dreptul muncii aplicabil întreprinderilor private;
- Dreptul aplicabil administrației — dreptul administrativ, este specific. El trebuie să echilibreze apărarea interesului general și a drepturilor private;
- Procesele administrative sunt soluționate de o jurisdicție specială, jurisdicția administrativă.

Referitor la raporturile dintre administrație și instituțiile politice¹⁵, autorii menționează următoarele:

- Instituțiile politice constituie, ca și instituțiile administrative, instituții publice.
- Administrația nu poate fi, în principiu, decât subordonată instituțiilor politice. Această situație poate fi explicată prin următoarele motive teoretice:

a) Subordonarea instituțiilor administrative față de instituțiile politice se explică printr-un motiv care ține chiar de esența instituțiilor administrative, acestea nu pot găsi ideologia în ele însele. Această ideologie le este dată din exterior, este vorba de interesul general așa cum este definit de organele politice. Acesta poate fi conceput, astfel, în mod minimalist sau maximalist și să schimbe fizionomia serviciului public, și prin urmare, a dreptului administrativ în ansamblul său.

Aceasta implică faptul că instituțiile administrative nu pot fi, în raport cu instituțiile politice, decât organe de pregătire sau de execuție. Obiectivul administrației este de a urmări cât mai satisfăcător obiectivele definite de către organele politice.

b) Afirmarea teoretică a dependenței este însoțită în practică, de o anumită autonomie de fapt a instituțiilor administrative în raport cu instituțiile politice. Această autonomie de fapt este explicată prin rațiuni de ordin tehnic și sociologic.

Pentru a stabili funcțiile administrației autorii menționați, formulează următorul postulat¹⁶: cu un grad de intensitate variabil în funcție de regimurile politice sau administrative, regăsim în diferite țări, un conținut relativ omogen al funcției administrative.

În opinia autorilor, administrația, astăzi informează, prevede, pregătește și execută.

a) Administrația ca organ de informare;

Sub acest aspect, administrația în ansamblul serviciilor sale publice, încadrează colectivitatea națională. Ea se află în situația de a colecta informații în legătură cu diferitele aspecte ale vieții cetățenilor pentru propria sa funcționare și relațiile sale cu mediul.

15 Ibidem, p. 7–9.

16 Ibidem, p. 9–11.

b) Administrația ca organ de prevedere;

Permanența corpului social, mai ales prin aplicarea principiului de continuitate, administrația depășește cotidianul pentru a prevedea. Din această perspectivă, administrația joacă în toate statele contemporane, un rol esențial în procesul de prevedere.

c) Administrația ca organ de pregătire;

Sub acest raport, administrația pregătește deciziile puterii politice. În acest sens, ea ar trebui pentru a proteja posibilitatea de alegere a guvernanților, să prezinte, în fiecare caz, o serie de decizii alternative.

d) Administrația organ de execuție;

Funcția clasică a administrației constă în executarea unor decizii politice. În practică, puterea sa merge dincolo de această strictă subordonare.

Profesorii Georges Vedel și Pierre Delvolvé, precizează că administrația și dreptul administrativ nu pot fi definite, nici din punct de vedere pedagogic, nici din punct de vedere teoretic într-un mod independent¹⁷. Definiția lor poate fi dată plecând de la Constituție. Această definiție în opinia autorilor, trebuie să țină seama de două elemente: primul element este tradiția constituțională franceză care presupune definirea administrației făcându-se referință la noțiunea de putere executivă; al doilea element este inovarea făcută de Constituția Franței din 1958.

Autorii menționați, ținând seama de relațiile puterii executive și ale administrației în concepția tradițională franceză, termenul administrație este abordat în două sensuri¹⁸. El poate desemna o anumită activitate și este atunci când abordat în sensul său funcțional (de exemplu Consiliul municipal și Primarul sunt însărcinați cu administrarea taxelor municipiului). Într-un sens derivat, organic administrația este înțeleasă ca totalitatea personalului care îndeplinește sarcini administrație.

De asemenea, în mod tradițional se poate afirma că administrarea nu este numai sarcina executivului motivată în legătură cu definiția funcției guvernamentale care este stabilită de Constituție, ceea ce ne conduce la concluzia că noțiunea de executare a legilor este mult lărgită iar Guvernul are și alte sarcini decât executarea legilor.

Autorii menționați, stabilesc următoarele elemente de conținut ale noțiunii de executare a legilor¹⁹:

a) Publicarea legii și reamintirea conținutului acestora;

Publicarea legilor este deja un mod de executare, deoarece, dacă promulgarea face lege executorie, publicarea este în principiu cea care o face opozabilă cetățenilor.

b) Folosirea constrângerii pentru a asigura executarea;

În anumite cazuri, executarea legilor și a măsurilor luate pentru aplicarea lor necesită constrângere și folosirea forței, acestea fiind rezervate executivului.

c) Executarea legilor prin îndeplinirea sarcinilor pe care legile le încredințează în mod expres Guvernului.

17 Vedel G., Delvolvé P., *Droit administratif*, Paris: Presses Universitaires de France, 1958, p. 55.

18 Ibidem, p. 63–64.

19 Ibidem, p. 58–59.

Locul și rolul administrației publice în Constituția României²⁰. După opinia noastră, administrația publică exercită atribuții de natură strict administrativă, care servesc interesului general sau local, și are la dispoziție un aparat format din servicii publice, care desfășoară activități în limitele legii, abordată în sens larg, pentru realizarea binelui comun.

Administrația publică, sub ordinea constituțională actuală, are două componente, Administrația publică centrală de specialitate și Administrația publică locală. Administrația publică centrală de specialitate, are în structura sa Ministerele organizate numai în subordinea Guvernului și alte organe de specialitate care se pot organiza în subordinea Guvernului ori a ministerelor sau ca autorități administrative autonome. Din componența administrației publice centrale de specialitate mai fac parte Forțele armate și Consiliul Suprem de Apărare a Țării, art. 118 și art. 119 din Secțiunea I a Capitolului V din Titlul III al Constituției României.

Administrația publică locală din unitățile administrativ teritoriale, se întemeiază pe principiile descentralizării, autonomiei locale și deconcentrării serviciilor publice, art. 120 alin. (1). Autoritățile administrației publice, prin care se realizează autonomia locală în comune și orașe, sunt consiliile locale alese și primarii, art. 121 alin. (1).

Consiliul județean este autoritatea administrației publice pentru coordonarea activității consiliilor comunale și orașenești, în vederea realizării serviciilor publice de interes județean, art. 122 alin. (1). Prefectul este reprezentantul Guvernului pe plan local și conduce serviciile publice deconcentrate ale ministerelor și ale celorlalte organe ale administrației publice centrale din unitățile administrativ-teritoriale.

Conținutul dreptului la bună administrare. Dreptul la bună administrare a fost consacrat *expressis verbis* în art. 41 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene²¹. Textul articolului menționat face parte din Titlul IV al Cartei intitulat „Drepturile cetățenilor“:

- (1) Orice persoană are dreptul de a beneficia, în ce privește problemele sale, de un tratament imparțial, echitabil și într-un termen rezonabil din partea instituțiilor, organelor, oficiilor și agențiilor Uniunii.
- (2) Acest drept include în principal:
 - (a) dreptul oricărei persoane de a fi ascultată înainte de luarea oricărei măsuri individuale care ar putea să îi aducă atingere;
 - (b) dreptul oricărei persoane de acces la dosarul propriu, cu respectarea intereselor legitime legate de confidențialitate și de secretul profesional și comercial;
 - (c) obligația administrației de a-și motiva deciziile.
- (3) Orice persoană are dreptul la repararea de către Uniune a prejudiciilor cauzate de către instituțiile sau agenții acesteia în exercitarea funcțiilor lor, în conformitate cu principiile generale comune legislațiilor statelor membre.

20 Constituția României, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 767 din 31 octombrie 2003;

21 Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, Ediția în limba română, C83/02/30 martie 2010, p. 389.

(4) Orice persoană se poate adresa în scris instituțiilor Uniunii în una dintre limbile tratatelor și trebuie să primească răspuns în aceeași limbă²².

Odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene²³ a devenit obligatorie din punct de vedere juridic, fapt care a condus la o consolidare substanțială a rolului statului de drept în guvernarea Uniunii Europene. Este o etapă a unui drum început cu decenii în urmă. Înainte, jurisprudența Curții de Justiție era cea care obliga Uniunea să respecte drepturile fundamentale. Acum, cartea reunește într-un instrument unic, coerent și obligatoriu din punct de vedere juridic drepturile fundamentale pe care instituțiile și organismele Uniunii Europene trebuie să le respecte.

Carta nu este doar un text care stabilește principii abstracte. Aceasta trebuie să fie aplicată în practică de fiecare dată când instituțiile și organismele Uniunii Europene întreprind acțiuni sau când este pus în aplicare dreptul UE, astfel ca oamenii să beneficieze efectiv de drepturile lor fundamentale.

Din aceste considerente, în 2010, Comisia Europeană a adoptat o Strategie privind punerea în aplicare efectivă a cartei. Obiectivul urmărit este ca Uniunea să constituie un exemplu. Carta trebuie să fie respectată în fiecare etapă a procesului legislativ din Uniunea Europeană — din ziua în care Comisia Europeană începe să își pregătească propunerile, în timpul adoptării de amendamente în cadrul procesului legislativ și până în ziua în care actele legislative intră în vigoare, odată cu adoptarea lor de către Parlamentul European și de către Consiliu, precum și atunci când sunt puse în aplicare de către statele membre.

În Uniunea Europeană, protecția drepturilor fundamentale este garantată atât la nivel național de către sistemele constituționale ale statelor membre, care sunt anterioare cartei și a căror jurisprudență este mai dezvoltată, cât și la nivelul Uniunii Europene, de către cartă.

Carta se aplică acțiunilor tuturor instituțiilor și organismelor Uniunii Europene. Privește, în special, activitatea legislativă a Parlamentului European, a Consiliului și a Comisiei, care trebuie să fie în deplină conformitate cu cartă, pentru a respecta dispozițiile dreptului Uniunii Europene. Cartă se aplică, de asemenea, acțiunilor externe ale Uniunii Europene²⁴.

Cartă se aplică statelor membre doar atunci când acestea pun în aplicare dreptul Uniunii Europene. Nu se aplică în situațiile în care dreptul Uniunii Europene nu este

22 Raport al Comisiei Europene către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, pentru anul 2010, privind aplicarea Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, Bruxelles, 30.3.2011 COM (2011).

23 Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, JO C 83, 30.3.2010, p. 389-403.

24 În conformitate cu articolul 21 din Tratatul privind Uniunea Europeană, acțiunea Uniunii pe scena internațională este menită să promoveze în întreaga lume democrația, statul de drept, universalitatea și indivizibilitatea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, respectarea demnității umane, principiile egalității și solidarității, precum și respectarea principiilor Cartei Organizației Națiunilor Unite și dreptului internațional.

implicat și nu extinde competențele Uniunii astfel cum sunt stabilite în tratate²⁵.

Atunci când cartă nu se aplică, drepturile fundamentale continuă să fie garantate la nivel național conform sistemelor constituționale naționale. Statele membre au norme extinse privind drepturile fundamentale la nivel național, respectarea acestora fiind garantată de instanțele naționale. Aplicarea drepturilor fundamentale revine autorităților naționale, inclusiv instanțelor naționale. De asemenea, toate statele membre și-au asumat angajamente în temeiul Convenției europene a drepturilor omului, independent de obligațiile care le revin în temeiul dreptului Uniunii Europene. Prin urmare, ca ultimă soluție și după ce au epuizat toate căile de atac disponibile la nivel național, persoanele fizice pot să introducă o acțiune la Curtea Europeană a Drepturilor Omului din Strasbourg pentru încălcarea unui drept fundamental garantat de Convenția europeană a drepturilor omului.

Carta completează astfel, dar nu înlocuiește, sistemele constituționale naționale sau sistemul de protecție a drepturilor fundamentale garantat de Convenția europeană a drepturilor omului.

Carta protejează persoanele fizice și entitățile juridice împotriva unor acțiuni ale instituțiilor și organismelor Uniunii Europene care nu sunt în conformitate cu drepturile fundamentale. Instituțiile și organismele Uniunii Europene trebuie, prin urmare, să respecte Carta.

Comisia este hotărâtă să utilizeze toate mijloacele disponibile pentru a asigura respectarea Cartei la nivelul Uniunii Europene. Atunci când o instituție sau un organism al Uniunii Europene nu respectă cartă, Curtea de Justiție are competența de a analiza legalitatea acțiunii, iar Comisia are competența de a iniția procedura corespunzătoare.

Autoritățile publice ale statelor membre — legislative, executive și judiciare — sunt obligate să respecte cartă doar atunci când pun în aplicare dreptul Uniunii Europene, cu precădere atunci când pun în aplicare regulamente sau decizii ale Uniunii Europene sau când transpun directive ale Uniunii Europene.

Dacă o persoană fizică consideră că o autoritate națională a încălcat cartă atunci când a pus în aplicare dreptul Uniunii Europene, aceasta poate să se adreseze instanțelor naționale din țara respectivă.

Sub îndrumarea Curții de Justiție, judecătorii naționali au competența de a asigura respectarea cartei de către statele membre atunci când pun în aplicare dreptul Uniunii Europene.

Persoanele fizice pot, de asemenea, să trimită o plângere Comisiei, care deține competența de a iniția acțiuni în constatarea neîndeplinirii obligațiilor împotriva statului membru. Consolidarea dialogului dintre instituțiile Uniunii Europene și organismele naționale implicate în asigurarea respectării drepturilor fundamentale,

25 Articolul 51 alineatul (2) din Cartă stabilește că aceasta nu extinde domeniul de aplicare a dreptului Uniunii în afara competențelor Uniunii, nu creează nicio competență sau sarcină nouă pentru Uniune și nu modifică competențele și sarcinile stabilite de tratate.

inclusiv organismele naționale de promovare a egalității, vor contribui la creșterea protecției efective a cetățenilor.

Premisele dreptului la bună administrare în primele documente în materia drepturilor omului elaborate la nivel universal și european. Evoluția dreptului la bună administrare până la forma pe care o cunoaștem astăzi nu poate fi studiată, fără a determina cel puțin selectiv izvoarele, fundamentele și chiar ideile care l-au precedat, adică a stabilirii așa numitului raport dintre dat și construit în drept, analizat de filosofia dreptului. Având în vedere vastitatea domeniului de cercetare, pentru studiul de față ne vom limita să supunem analizei numai aspecte selective.

Chiar dacă nu a avut formularea pe care o cunoaștem astăzi, folosind criteriul conținutului reglementărilor, constatăm că elemente de conținut ale dreptului la bună administrare pot fi identificate chiar în primele documente adoptate la nivelul O.N.U. și la nivel european în materia drepturilor omului.

În esență, în Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice din 16 decembrie 1966²⁶, este stabilit angajamentul Statelor părți de a asigura următoarele garanții pentru exercitarea drepturilor civile și politice recunoscute în acest pact:

- să respecte și să garanteze tuturor indivizilor care se găsesc pe teritoriul lor și țin de competența lor drepturile recunoscute în prezentul pact, fără nici o deosebire pe criteriile enumerate;
- potrivit cu procedura lor constituțională și cu dispozițiile prezentului pact să acționeze spre a da posibilitatea adoptării unor măsuri legislative sau a altora, apte pentru traducerea în viață a drepturilor recunoscute în prezentul pact care nu ar fi încă în vigoare;
- orice persoană ale cărei drepturi sau libertăți recunoscute de prezentul pact au fost încălcate va dispune de o cale de recurs efectivă, chiar atunci când încălcarea a fost comisă de persoane acționând în exercițiul funcțiilor lor oficiale;
- autoritatea competentă, judiciară, administrativă ori legislativă, sau orice altă autoritate competentă potrivit legislației statului, va hotărî asupra drepturilor persoanei care folosește calea de recurs;
- dezvoltarea posibilităților de recurs jurisdicțional;
- autoritățile competente vor da urmare oricărui recurs care a fost recunoscut ca justificat.

Referitor la premisele dreptului la bună administrare, sintetizând cele prezentate reținem următoarele:

- a) egalitatea în drepturi garantate tuturor indivizilor fără nici o discriminare;
- b) drepturile recunoscute în pact sunt drepturi subiective, cu excepția dreptului prevăzut la art.1 din pact;
- c) printre autoritățile competente să hotărască asupra drepturilor persoanei care folosește calea de recurs, sunt menționate *expressis verbis* autoritatea judiciară și autoritatea administrativă.

²⁶ Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice din 16.12.1966. http://www.irdo.ro/file.php?fisiere_id=80&inline

LUPTA ÎMPOTRIVA CRIMEI ORGANIZATE: MECANISME DE COOPERARE JUDICIARĂ ȘI INSTRUMENTE DE INFORMARE, APLICABILE ÎN STATELE MEMBRE ȘI NEMEMBRE ALE UNIUNII EUROPENE

Silvia CAPCELEA, doctorandă, ULIM

Recenzent: **Alexandru MARIȚ**, doctor în drept, conferențiar universitar

Globalization and the opening of goods, services and capital markets have proven to be growth factors beyond precedent, but that has also facilitated an expansion of the international organized crime, seldom developing independent criminality itself, an imposing problem for the individual and the collectivity of citizen being the sensation of insecurity. This sensation does not necessarily correspond to reality, but is, still, fundamental in the evaluation of the citizen life quality. As a reaction to such a decadent phenomenon, the authorities have understood the limits of traditional sanctioning measures of penal systems and have developed, in diverse degrees, additional initiatives for crime prevention.

Key-words: *organized crime, criminal organization, judicial cooperation, jurisdiction.*

Globalizarea și deschiderea piețelor de mărfuri, servicii și de capital au lucrat ca factori de creștere, fără precedent, dar ele au facilitat și o expansiune a crimei organizate transfrontaliere, adesea, dezvoltând independent criminalitatea însăși, problema principală a percepției individului sau a colectivității de cetățeni fiind sentimentul de insecuritate. Acest sentiment nu corespunde în mod necesar realității, dar este totuși, fundamental în evaluarea calității vieții cetățenilor. Împotriva acestui fenomen decadent, autoritățile au devenit conștiente de limitele măsurilor tradiționale de sancționare ale sistemelor penale și au dezvoltat, deși în diferite grade, inițiative suplimentare de prevenire a infracțiunilor.

Cuvinte-cheie: *crimă organizată, organizație criminală, cooperare judiciară, jurisdicție.*

Crima organizată poate fi percepută ca un proces social „pătruns în viața noastră socială și politică“, ce izvorăște din tendința diferitelor grupuri de a folosi criminalitatea ca mijloc de mobilitate socială¹ și chiar de acaparare a puterii². Această teorie dezvoltată de A.J. Ianni și Daniel Ball³ afirmă că la baza crimei organizate se află un proces social.

1 Robert J. Kelly. Natura crimei organizate și operațiunile ei specifice. Probleme majore ale controlului crimei organizate 5,8,10 (Herbert Edelbertz, Editura V.S. Departamentul Justiției, 1987).

2 Gh. Nistoreanu, C. Păun. Criminologia, Editura Europa Nova, București, 1966.

3 Dorean Marguerite Koenig. Confruntarea dintre sistemul justiției penale și crima organizată în Statele Unite. Raport la Colocviul preparator al Asociației Internaționale de Drept Penal. AIDP, Alexandria, Egipt, 8-12 nov. 1977, în Rev. Internațională de Drept Penal vol. 69 pag.306.

Ultimul deceniu al secolului al XX-lea s-a caracterizat printr-o veritabilă schimbare în toate domeniile economico-sociale, a gândirii și a modului de viață. O doctrină retrogradă, de înăbușire a drepturilor și libertăților cetățenești se prăbușește și alta, opusă, își face loc pe vaste spații geografice, îndeosebi în Europa de Est dar și în Asia, Africa și America Latină. Era, deci, natural ca această schimbare să se repercuteze și asupra fenomenului infracțional, având în vedere că acesta constituie suma unui ansamblu de factori favorizatori. Asistăm, astfel, la un fenomen al globalizării comerțului, al piețelor financiare, al protecției mediului înconjurător, al drepturilor omului etc. Această tendință a provocat două rezultate simultane: primul, dispariția limitelor dintre național, regional și internațional, lumea devenind aproape un stat; al doilea, întrepătrunderea problemelor politice, economice și sociale, până la punctul de a nu mai fi posibil să fie separate. În cadrul acestei tendințe, globalizarea s-a extins și în sfera criminalității. A apărut astfel crima organizată la nivel transnațional și transcontinental.

Respectiv, de-a lungul existenței sale, Comunitatea a fost preocupată de drepturile și libertățile fundamentale ale omului, de liniștea și siguranța cetățenilor săi, precum și de securitatea din cadrul „granițelor” sale, toate acestea fiind asigurate printr-o prevenire și combatere eficientă a infracțiunilor savârșite împotriva valorilor fundamentale apărute de ea. De 20 de ani, toate Statele s-au confruntat cu fenomenul diversificării criminalității la o scară alarmantă, având ca ținta cetățenii și proprietățile lor, lumea afacerilor și sectorul public, acest fenomen fiind scump pentru societatea noastră (pierderi de vieți omenești, costuri sociale și politice, costuri economice).

Astfel, criminalitatea organizată reprezintă o amenințare la adresa economiei și societății europene. Răspunsul Uniunii Europene în lupta împotriva criminalității organizate este adaptat la complexitatea acestui fenomen și vizează atât traficul de persoane, arme și droguri, cât și criminalitatea economică și financiară, corupția și spălarea banilor. Acesta acoperă și noile aspecte ale criminalității organizate, cum sunt criminalitatea informatică și infracțiunile de mediu.

Abordarea integrată care ghidează acțiunile UE merge de la prevenire până la aplicarea efectivă a legii. Aceasta se bazează pe o cooperare eficientă între autoritățile statelor membre, în special a organelor responsabile cu aplicarea legii, inclusiv în ceea ce privește schimbul de informații și asistența reciprocă pentru capturări și confiscări. Lupta împotriva criminalității organizate este o luptă globală, care afectează numeroase domenii de acțiune și politici ale UE.

Astăzi, fenomenul crimei organizate atrage din ce în ce mai mult atenția publicului, guvernelor naționale și organizațiilor internaționale. În măsura în care grupurile criminale sunt implicate în periculosul joc al proliferării armelor, în migrația ilegală, în coruperea guvernelor naționale și în penetrarea sistemului financiar global — tot mai independent — crima organizată transfrontalieră este o amenințare la adresa siguranței naționale. Prin spălarea banilor, prin corupție, prin slăbirea instituțiilor statului și pierderea încrederii cetățenilor în existența statului de drept, crima organizată subminează bazele democratice și economice ale societății.

Acest fapt a determinat conducerea a numeroase state să lanseze apeluri pentru încheierea unor convenții multilaterale, prin care să se acorde puteri mai mari și noi sarcini autorităților naționale cu competențe în combaterea criminalității organizate.

La etapa actuală există numeroase preocupări ale statelor democratice pentru a identifica și anihila grupurile criminale transnaționale. Acestea sunt definite ca grupări sau organizații:

- predispuse la crimă;
- structurate ierarhic sau într-un sistem complex de relații personale care, printr-un set strict de sancțiuni interne, pot întări aceste structuri;
- dispuse să folosească violența, intimidarea și corupția pentru obținerea de profituri și pentru a controla teritoriile, oamenii și piețele;
- care, pentru a-și mări averile și pentru a se infiltra în economiile legale, sunt gata să-și „spele“ procedeele ilicite;
- capabile să se extindă în noi activități, care anterior erau „curate“, și peste frontierele naționale;
- deschise la cooperarea cu alte structuri criminale sau de presiune care au obiective similare;
- capabile să se infiltreze în instituțiile guvernamentale, în vămi, poliție, justiție și chiar în parlamentele naționale.

Preocuparea actuală cea mai stringentă este aceea de a anihila organizațiile criminale. Scopul fundamental al acestora este, fără îndoială, obținerea de profituri cât mai mari. Rata profitului provenit din activitățile crimei organizate este atât de înaltă, încât puține afaceri legale pot concura cu aceasta. Posibilitatea grupurilor criminale de a institui „monopoluri“ locale prin eliminarea fizică a concurenței îi conferă un avantaj extraordinar la stabilirea prețurilor.

Având capacitatea de a folosi strategii de afaceri solide, care cuprind diversificarea activității și exploatarea noilor piețe, termenul de „*crimă organizată*“ tinde să fie înlocuit de cel de „*afaceri criminale*“ sau „*industrie criminală*“. De asemenea, organizațiile criminale realizează studii sofisticate de marketing utilizând, pentru atingerea scopului lor (profitul) — corupția, apelează la violență pentru a intimida sau elimina concurența sau autoritățile care încearcă să le stea în cale.

Este din ce în ce mai clar că eforturile naționale și internaționale de contracarare a crimei organizate nu pot să țină pasul cu organizațiile criminale tot mai inventive și periculoase. Totuși, atunci când guvernele și-au fixat clar scopurile, printr-o cooperare multilaterală între agenții, au fost înregistrate unele succese.

Angajate în lupta împotriva crimei organizate, autoritățile statului trebuie să acopere un mare număr de domenii: economic, financiar, juridic și să depășească barierele sociale și lingvistice. În același timp, trebuie să respecte doctrinele democratice fundamentale cu privire la dreptul la o judecată corespunzătoare, precum și alte drepturi civile. Dar ele se confruntă cu un grav paradox produs de globalizare: capacitatea crimei organizate transnaționale de a exploata deschiderea frontierelor,

pe de o parte și modalitățile de aplicare a legii și practicii judiciare, care rămân prerogativele suverane ale statului națiune sau chiar ale guvernelor regionale și locale, pe de altă parte.

Statele și instituțiile internaționale care doresc să coopereze în lupta împotriva crimei organizate trebuie să-și actualizeze permanent legislația în domeniile extrădării și criminalității informatice. Guvernele occidentale, din ce în ce mai conștiente de provocarea reprezentată de crima organizată internațională, au început să-și întărească mecanismul necesar pentru contracararea acestei amenințări.

La nivelul Consiliului Europei au fost înființate, în decursul timpului, unele structuri specializate. Comitetul European pentru Probleme Criminale (prescurtat C.D.P.C. sau C.E.P.C.), creat în 1957, își bazează activitatea pe subcomitete și grupuri de lucru și acționează pentru realizarea unor proiecte de convenții și de rezoluții, transmise spre adoptare Comitetului Miniștrilor. Activitatea C.E.P.C. și implicit a Consiliului Europei, vizează două aspecte de mare importanță, și anume: armonizarea legislațiilor țărilor membre și asistența juridică în materie penală. În acest ultim domeniu, C.E.P.C. a creat o operă importantă, constând în elaborarea a 16 convenții și 4 protocoale care depășesc principiile tradiționale ale dreptului penal; prin intermediul lor justiția penală încetează de a se mai opri la frontierele naționale apreciindu-se că un spațiu judiciar european este pe cale de a fi creat. De asemenea, C.E.P.C. s-a implicat în cercetarea criminologică a fenomenului criminalității organizate.

În anul 1963 a fost creat Consiliul Științific Criminologic, iar din 1963, anual sunt organizate Conferințe și Colocvii de cercetări criminologice. Concomitent, C.E.P.C. acordă atenție deosebită evoluției ideilor privitoare la justiția penală și tratamentul delincvenților, acordând prioritate mijloacelor preventive și demersurilor pentru evitarea intervenției sistemului justiției penale în cazuri individuale minore, prin măsuri de dejudiciarizare, 55 conciliere și mediere, precum și prin promovarea unor măsuri de înlocuire a pedepselor privative de libertate.

C.E.P.C. a jucat un rol important în adoptarea Rezoluției privind Ansamblul de reguli minime pentru tratamentul deținuților și a Recomandării privind Regulile penitenciare europene, în stabilirea unei poziții comune a statelor membre în problematica protecției victimei, în organizarea și desfășurarea conferințelor miniștrilor europeni ai justiției și, de curând, ai celor de interne.

Din anul 1980, Grupul de cooperare în materia luptei împotriva abuzului și traficului ilicit de droguri (grupul Pompidou), constituit în 1971 la inițiativa fostului președinte francez, și-a continuat activitatea în cadrul Consiliului Europei. Grupul are un secretariat care este condus de un secretar general și își desfășoară activitatea în baza unor programe de lucru, stabilite pentru perioade de patru ani, aprobate de Conferința ministerială care urmărește reducerea rolului sistemului penal în domeniu, atenuarea cererii și găsirea de soluții noi de îngrijire a traficului ilicit de droguri prin perfecționarea cooperării internaționale.

În anii 1991 și 1994, Grupul a organizat două conferințe ministeriale pan-europene asupra cooperării în problemele abuzului și traficului ilicit de droguri,

la care au luat parte și reprezentanții unor importante organizații internaționale (O.N.U., O.I.P.C. — Interpol, O.M.S., O.M.V.), soldate cu adoptarea unor Declarații Finale prin care sunt reiterate angajamentele statelor participante de a susține cooperarea europeană în domeniu în cadrul unei strategii globale, echilibrate și multidisciplinare.

În aproape 40 de ani, Consiliul Europei a elaborat un întreg ansamblu de convenții privind cooperarea internațională în materie penală care, completate printr-un mare număr de recomandări, conțin un adevărat corp de drept european în acest domeniu. Prezentat, pentru prima dată, în 1977, de către fostul președinte francez Valery Giscard d'Estaing, proiectul „spațiului judiciar penal european“ și-a găsit concretizarea în activitatea normativă a Consiliului Europei, a cărui operă penală este astfel concepută încât să nu afecteze atributele suveranității naționale a Statelor membre, majoritatea convențiilor penale conținând prevederi în acest sens.

Dacă în domeniul clasic al asistenței juridice penale internaționale, reglementată prin convențiile amintite în rândurile anterioare, uniformizarea legislațiilor penale ale țărilor membre ale Consiliului Europei întâmpină inerente dificultăți, se apreciază că, în privința noilor forme ale crimei organizate transnaționale, cum ar fi criminalitatea informatică, ambientală, nucleară etc., această uniformizare va fi mult mai ușor de realizat, întrucât experiența în materie a țărilor europene este încă neînsemnată, iar o reglementare unitară, la nivel continental, va fi convenabilă tuturor, ușor de pus în aplicare la nivel național și internațional. Acest lucru nu va face decât să întărească cuvintele omului politic francez Robert Schumann, care, în 1950, spunea: *„Europa nu se va face dintr-o dată, nici într-o construcție de ansamblu, ci prin realizări concrete care să creeze mai întâi o solidaritate de fapt“*⁴.

Stimulate de activitatea intensă a Consiliului Europei, a O.N.U., a altor organisme internaționale, statele au trasat o strategie de luptă ale cărei direcții le vom prezenta în rândurile următoare.

O abordare sistematică vizând identificarea celor mai eficiente strategii de luptă împotriva crimei organizate presupune, în mod obligatoriu, luarea în calcul a două elemente principale, respectiv: obiectivele urmărite și metodele folosite. Cu cât legătura dintre aceste elemente este mai rațională, cu atât este mai eficient sistemul de prevenire și reprimare a fenomenului crimei organizate.

Raționalitatea legăturii dintre cele două elemente se manifestă prin aceea că o comunitate sau o anumită țară va trebui să-și determine prioritățile, ținând seamă de obiectivele urmărite, fiind gata oricând să accepte anumite constrângeri politice și legale minime.

Lupta împotriva crimei organizate este de mult un obiectiv important al Uniunii Europene și al instituțiilor sale. În acest context, ar trebui să menționăm, de exemplu, următoarele:

4 Combaterea crimei organizate — evoluție, tipologii, legislație, particularități. Curs, Volumul I. Editura Ministerului Administrației și Internelor, București, 2004, p.70.

- Acțiunea Comună din 21 decembrie 1998 (98/733/JAI);
- Planul de acțiune al Consiliului și Comisiei de aplicare a dispozițiilor Tratatului de la Amsterdam privind crearea unui spațiu al libertății, securității și justiției (JO C 19, 23.01.1999, pp.1-15), care stabilea ca obiectiv al Uniunii intensificarea acțiunilor împotriva crimei organizate, în lumina posibilităților apărute în urma semnării Tratatului de la Amsterdam;
- Prevenirea și controlul crimei organizate: o strategie a Uniunii Europene pentru începutul noului mileniu (JO C 124, 03.05.2000, pp.1-33), care determina Comisia să dezvolte impulsuri strategice pentru a lupta împotriva crimei organizate;
- Programul de la Haga — 10 priorități pentru următorii cinci ani (JO C 236 din 24.09.2005) și Comunicarea Comisiei către Consiliu și către Parlamentul European din 2 iunie 2005 [COM (2005) 232], în care au fost stabilite prioritățile strategice.

Consiliul Uniunii Europene, la 4/5 noiembrie 2004, a cerut, de exemplu, Parlamentului și Comisiei, în conformitate cu Programul de la Haga (JO C 053, 03.03.2005, pp.1-14), să dezvolte un concept strategic de combatere a crimei organizate. În Comunicarea Comisiei către Consiliu și către Parlamentul European [COM (2005) 232] se menționa deja faptul că va fi necesară o armonizare și mai mare a legislației⁵.

În consecință, scopul deciziei-cadru a Consiliului, menționată mai sus, este armonizarea legislației pentru a îmbunătăți capacitatea comună a Uniunii Europene și a statelor membre de a combate crima organizată transnațională. După cum se specifică și în Programul de la Haga (punctul 3.3.2), armonizarea dreptului penal material are ca scop facilitarea recunoașterii reciproce a hotărârilor judecătorești și a deciziilor judiciare și cooperarea polițienească și judiciară în materie penală.

Este necesară o atenție sporită în domeniul atinse de criminalitate deosebit de gravă, cu implicații transfrontaliere; de asemenea, trebuie acordată prioritate domeniilor menționate explicit în cadrul tratatelor.

Prin urmare, definiția infracțiunilor privitoare la participarea la o organizație criminală ar trebui armonizată în statele membre. În consecință, decizia-cadru în speță ar trebui să privească infracțiunile comise de obicei în cadrul unei organizații criminale. De asemenea, pentru persoanele fizice sau juridice care au comis asemenea infracțiuni sau sunt responsabile de comiterea acestora, ar trebui prevăzute pedepse care să corespundă gravității infracțiunilor. Este lăsat la latitudinea statelor membre să clasifice alte grupuri de persoane ca organizații criminale, de exemplu, grupuri al căror scop nu este de a aduce beneficii financiare sau materiale de nici un fel. Aceasta se aplică și pentru interpretarea termenului de „activități criminale“ în sensul că acesta presupune realizarea de acte materiale.

5 Recunoașterea reciprocă în domeniul cooperării judiciare în materie penală: Instrumente juridice și implementarea lor, manual Editura Euro Standard, 2010, p.245.

Prezenta decizie-cadru nu are ca scop reducerea sau restricționarea normelor naționale privitoare la drepturile și libertățile fundamentale, cum ar fi dreptul la un proces echitabil, dreptul la grevă, libertatea de reuniune, de asociere, libertatea presei sau libertatea de expresie, inclusiv dreptul oricărei persoane de a forma și de a se alătura sindicatelor pentru apărarea intereselor proprii, precum și dreptul conex la manifestații publice.

Mecanisme de cooperare judiciară și instrumente de informare

1. Legislația Uniunii Europene incluzând deciziile-cadru poate fi accesată pe **pagina de internet** (<http://eur-lex.europa.eu>). Această pagină de internet este disponibilă în limba română, precum și în toate celelalte limbi oficiale ale statelor membre ale UE. EUR-Lex oferă acces liber la legile Uniunii Europene și la alte documente considerate publice. Pagina de internet conține informații nu doar despre legislația Uniunii Europene, ci și despre procedurile legislative și instituțiile UE.

2. Rețeaua Judiciară Europeană (RJE) este o rețea cu puncte naționale de contact pentru facilitarea cooperării judiciare în materie penală. Rețeaua a fost creată prin Acțiunea Comună 98/428 JAI în data de 29 iunie 1998 pentru a îndeplini recomandarea nr. 21 din Planul de acțiune în vederea combaterii crimei organizate adoptat de Consiliu la 28 aprilie 1997. RJE a fost primul mecanism practic structurat al cooperării judiciare în vederea operaționalizării depline.

Din 24 decembrie 2008, o nouă bază legală a intrat în vigoare, și anume Decizia 976/2008/JAI a Consiliului din data de 16 decembrie 2008 privind Rețeaua Judiciară Europeană (menționată în continuare „Decizia RJE“), care a consolidat caracterul legal al REJ, păstrându-i intenția din 1998. RJE este formată din **puncte de contact ale statelor membre**, precum și ale Comisiei Europene și ale **Secretariatului cu sediul la Haga**.

Punctele de contact naționale sunt **alocate per stat membru** din rândul autorităților centrale responsabile de cooperarea judiciară internațională, autorități judiciare și autorități competente cu responsabilități specifice în domeniul **cooperării judiciare internaționale**, atât în formă generală și specifică a criminalității grave, precum crimă organizată, corupție, traficul cu droguri și terorism. Alocarea punctelor de contact se face în conformitate cu regulile constituționale, cutumele legale și structura internă a fiecărui stat. Singura condiție este să acopere în mod eficace toate formele de criminalitate la nivelul statului. Rezultatul constă în existența a **peste 300 de puncte de contact naționale** din cele 27 de state membre.

Printre punctele de contact, fiecare state membru va numi un corespondent național. Fiecare state membru va numi și un corespondent de instrumente care se va ocupa de aspectele referitoare la instrumentele electronice ale REJ.

3. Eurojust a fost creat în urma unei cereri lansate în cadrul Consiliului European de la Tampere, iar importanța Eurojust ca organism specific în vederea îmbunătățirii cooperării judiciare a fost stabilită în Tratatul de la Nisa. Misiunea Eurojust este de a

îmbunătăți cooperarea și coordonarea punerii sub urmărire penală individuale, dar și la un nivel mai strategic. Stimulează și îmbunătățește **coordonarea investigațiilor și punerii sub urmărire penală** dintre autoritățile competente din statele membre și îmbunătățește cooperarea dintre autoritățile competente ale statelor membre, în special prin facilitarea executării asistenței juridice reciproce internaționale și implementarea cererilor de extrădare. Eurojust susține în orice fel posibil autoritățile competente din statele membre să facă mai eficace investigațiile și punerile sub urmărire penală în domeniul **criminalității transfrontaliere**. La cererea unui stat membru, Eurojust poate asista investigațiile și punerile sub urmărire penală referitor la respectivul stat membru sau la un non-stat membru, dacă a fost încheiat un acord de cooperare sau dacă există un interes semnificativ în asigurarea asistenței în cauză.

Competența Eurojust acoperă aceleași tipuri de infracțiuni pentru care are competență Europol, cum ar fi terorism, trafic cu droguri, trafic de persoane, contrafacere, spălarea banilor, criminalitate informațională, crime împotriva proprietății sau bunurilor publice inclusiv fraudă și corupție, acte penale ce afectează interesele financiare ale Comunității Europene, crime împotriva mediului și participarea în organizații criminale.

Pentru alte tipuri de infracțiuni, Eurojust poate ajuta în cadrul investigațiilor și punerii sub urmărire penală la cererea unui stat membru.

Eurojust poate solicita autorităților competente ale statelor membre în cauză:

- să investigheze sau să pună sub urmărire penală acțiuni specifice;
- să coopereze;
- să accepte că un stat poate pune mai bine sub urmărire penală decât un altul;
- să creeze o echipă de investigații comune; sau
- să ofere Eurojust informațiile necesare pentru a-și îndeplini atribuțiile.

Mai mult, Eurojust

- se va asigura că **autoritățile competente se informează reciproc** referitor la investigații și puneri sub urmărire penală despre care au fost informate la rândul lor;
- va acorda asistență în vederea îmbunătățirii cooperării dintre autoritățile competente naționale, în special în baza analizelor Europol;
- va **coopera și se va consulta cu Rețeaua Judiciară Europeană (RJE)** și va folosi și va contribui la îmbunătățirea bazei sale de date documentare;
- poate, în conformitate cu obiectivele sale, să ajute la **îmbunătățirea cooperării și coordonării dintre autoritățile** competente și cererile de asistență judiciară atunci când acestea:
 - a. vin din partea unei autorități competente a unui stat membru,
 - b. se referă la o investigație sau o punere sub urmărire penală organizată de respectiva autoritate într-un anumit caz, și
 - c. necesită intervenția sa în vederea coordonării acțiunilor;
- poate **acorda asistență Europol**, în special prin opinii bazate pe analizele

realizate de Europol; și

- poate **oferi sprijin logistic**, de ex. asistență privind traducerea, interpretarea și organizarea întâlnirilor de coordonare. Pentru a-și îndeplini atribuțiile, Eurojust își păstrează relațiile privilegiate cu RJE, Europol, Biroul European Anti-fraudă (OLAF) și magistrații de legătură. Prin Consiliu, poate și să încheie acorduri de cooperare cu state ne-membre și organizații internaționale sau organisme în vederea schimbului de informații sau detașarea ofițerilor.

Astfel, Republica Moldova a întreprins acțiuni în acest sens, și anume **la 10 iulie 2014** în cadrul unei vizite în Olanda a Procurorului General al Republicii Moldova a fost semnat un acord de cooperare între Republica Moldova și Eurojust. Prin hotărârea Guvernului Nr. 841 din 08.10.2014 a fost aprobat proiectul de lege pentru ratificarea Acordului de cooperare dintre Republica Moldova și Eurojust, întocmit la Haga la 10 iulie 2014.

Eurojust a avut repere de contact în Republica Moldova începând cu ianuarie 2007, iar Republica Moldova a fost implicată în 13 de cazuri înregistrate la Eurojust, inclusiv crima, traficul de ființe umane și spălare de bani pe scară largă. Acordul de cooperare reglementează o cooperare mai strânsă și prevede schimbul de informații operaționale, inclusiv date cu caracter personal, în conformitate cu normele privind protecția datelor Eurojust. Acordul de cooperare prevede, de asemenea posibilitatea pentru Republica Moldova de a detașa un procuror de legătură la Eurojust și pentru Eurojust pentru a delega un magistrat de legătură în Republica Moldova.

Cooperarea cu statele terțe este văzută ca esențială în combaterea crimei organizate transfrontaliere și a terorismului, după cum se reflectă în articolul 2 din acordul de cooperare, în care se afirmă că scopul său: „este de a consolida cooperarea dintre Eurojust și Republica Moldova în combaterea infracțiunilor grave, în special, a crimei organizate și a terorismului.”⁶

EUROJUST a avut o contribuție esențială în procesul de armonizare la standardele europene a legislației Republicii Moldova care reglementează domeniul protecției datelor cu caracter personal, intervenind nu doar în procesul de expertizare a proiectelor legislative elaborate, dar și în procesul de evaluare a rezultatelor obținute de autoritățile naționale responsabile.

Luând în considerație cele relatate, este clar că lupta împotriva crimei organizate la nivelul Uniunii Europene este o sarcină foarte dificilă, deoarece noțiunile „crimă organizată” sau „organizație criminală” rămân complexe.

În înțelesul deciziei-cadru enunțate — „organizație criminală” desemnează o asociație structurată, stabilită în timp, de mai mult de două persoane, care acționează concertat în vederea comiterii de infracțiuni pasibile de o pedeapsă privativă de libertate sau de aplicarea unei măsuri de siguranță privative de libertate cu o durată maximă de cel puțin patru ani, sau de o pedeapsă mai severă, pentru a obține, direct sau indirect, un beneficiu financiar sau de altă natură materială;

6 Acord de Cooperare între Republica Moldova și Eurojust, art.2.

„Asociație structurată“ desemnează o asociație care nu este formată la întâmplare pentru comiterea imediată a unei infracțiuni și care nu prezintă în mod necesar roluri definite formal pentru membrii săi, continuitatea membrilor sau o structură dezvoltată⁷.

În acest sens, fiecare stat membru ia măsurile necesare pentru a se asigura că unul dintre următoarele tipuri de comportament legat de o organizație criminală sau ambele sunt considerate infracțiuni:

(a.) comportamentul oricărei persoane care, în mod intenționat și în cunoștință de cauză privind fie scopul și activitatea generală a organizației criminale, fie intenția sa de a comite infracțiunile respective, ia parte în mod activ la activitățile criminale ale organizației, inclusiv prin furnizarea de informații și mijloace materiale, recrutarea de noi membri, precum și toate formele de finanțare ale activităților acesteia, cunoscând că această participare va contribui la realizarea activităților infracționale ale organizației;

(b.) comportamentul oricărei persoane, constând în încheierea unui acord cu una sau mai multe persoane cu privire la exercitarea unei activități care, în cazul în care ar fi pusă în aplicare, ar echivala cu comiterea infracțiunilor menționate la articolul 1, chiar dacă persoana respectivă nu participă la executarea propriu-zisă a respectivei activități⁸.

În privința pedepselor, fiecare stat membru ia măsurile necesare pentru a se asigura că infracțiunea este pasibilă de o pedeapsă maximă privativă de libertate de cel puțin doi până la cinci ani și că această infracțiune este pasibilă de același termen maxim de pedeapsă privativă de libertate ca infracțiunea în vederea căreia este încheiat acordul, sau de un termen maxim de pedeapsă de cel puțin doi până la cinci ani. În plus, fiecare stat membru va garanta faptul că săvârșirea în cadrul unei organizații criminale a infracțiunilor menționate, astfel cum sunt ele definite de statul membru în chestiune, poate fi considerată ca circumstanță agravantă.

Scutirea de la ispășirea pedepsei, sau diminuarea pedepsei, pot fi aprobate de statele membre, dacă infractorul, de exemplu:

- a. renunță la activitățile infracționale; și
- b. furnizează autorităților administrative sau judiciare informații pe care acestea nu ar fi fost capabile să le obțină altfel și care le asistă pe acestea:
 - să prevină, să pună capăt sau să limiteze efectele infracțiunii; sau
 - să identifice și să îi defere justiției pe ceilalți infractori; sau
 - să găsească dovezi; sau
 - să priveze organizația criminală de resurse ilicite sau de beneficiile rezultate din activitățile sale infracționale; sau
 - să împiedice ca alte infracțiuni descrise la articolul 2 să fie comise în viitor.

7 Decizia-cadru a Consiliului 2006/783/JAI din 6 octombrie 2006 privind aplicarea principiului recunoașterii reciproce referitor la ordinele de confiscare (OJ L 328, 24.11.2006, pp.59-78).

8 Recunoașterea reciprocă în domeniul cooperării judiciare în materie penală: Instrumente juridice și implementarea lor, manual. Editura Euro Standard, 2010, p.247.

Răspunderea persoanelor juridice (articolul 5)

În decizia-cadru (articolul 5 paragraful 4), termenul de „persoană juridică“ desemnează orice entitate care beneficiază de personalitate juridică în virtutea legislației în vigoare, cu excepția statelor sau a organismelor publice aflate în exercițiul autorității publice, precum și a organizațiilor internaționale publice. În multe cazuri, o entitate cu personalitate juridică va fi beneficiar al activității unei organizații criminale. Organizațiile criminale creează rețele complexe și extinse (de persoane juridice) și acumulează profituri de pe urma unor activități criminale. Veniturile rezultate în urma infracțiunilor sunt spălate și reintroduse în economia legală.

Din acest motiv, în articolul 5 este specificat că statele membre se vor asigura că persoanele juridice pot fi făcute responsabile pentru oricare dintre infracțiunile menționate la articolul 2, comise în beneficiul sau avantajul persoanei juridice în cauză de către orice persoană care a acționat pe cont propriu sau în numele persoanei juridice în cauză. În plus, acțiunile unei astfel de persoane necesită ca el/ea să dețină o poziție de conducere în cadrul persoanei juridice, bazată pe:

- puterea de a reprezenta persoana juridică; sau
- autoritatea de a lua decizii în numele persoanei juridice; sau
- autoritatea de a exercita controlul în cadrul persoanei juridice.

Ca rezultat al celor menționate mai sus, o persoană juridică declarată responsabilă în conformitate cu articolul 5 alineatul (1) este pasibilă de sancțiuni care includ amenzi penale sau nepenale și pot include alte sancțiuni. Ca exemple pentru cele din urmă, decizia-cadru menționează următoarele:

- a. anularea dreptului de a primi avantaje sau ajutor public;
- b. interdicția temporară sau permanentă de a exercita o activitate comercială;
- c. plasarea sub control judiciar;
- d. lichidarea judiciară;
- e. închiderea temporară sau permanentă a proprietăților care au fost folosite pentru comiterea infracțiunii.

Fiecare stat membru se va asigura că sancțiunile sau celelalte măsuri sunt eficiente, proporționate și disuasive. În ceea ce privește amenda, legea privind răspunderea persoanelor juridice prevede un sistem de rate zilnice care sunt înmulțite cu un anumit factor. Rata zilnică este evaluată și stabilită în funcție de profiturile persoanei juridice, în timp ce numărul de rate zilnice se stabilește în funcție de daunele provocate sau beneficiile obținute de persoana juridică de pe urma infracțiunii. În plus, se va lua în considerare dacă persoana juridică a compensat daunele provocate sau măcar a încercat să le compenseze, dacă infracțiunea a fost comisă de un angajat sau de un superior etc.

Jurisdicția și coordonarea acțiunilor de urmărire penală (articolul 7)

În ceea ce privește jurisdicția, articolul 7 din decizia-cadru prevede că statele membre se asigură că jurisdicția lor acoperă cel puțin cazurile în care au fost comise infracțiunile menționate la articolul 2:

- (a.) în întregime sau parțial pe teritoriul propriu, indiferent de locul unde este bazată organizația sau unde își desfășoară activitățile infracționale; sau
- (b.) de către unul dintre cetățenii statului respectiv; sau
- (c.) în beneficiul unei persoane juridice care își are sediul pe teritoriul aceluia stat membru.

Atunci când infracțiunile menționate la articolul 2 sunt comise în afara teritoriului propriu, un stat membru poate decide să nu aplice, sau să aplice numai în anumite cazuri sau circumstanțe, normele jurisdicționale stabilite la literele (b) și (c).

Din cauza caracterului transnațional al crimei organizate, vor apărea cu siguranță conflicte legate de jurisdicție. De aceea, articolul 7 (2) prevede că statele membre respective vor coopera pentru a decide care dintre ele va declanșa urmărirea. Conform deciziei-cadru, scopul este de a centraliza procedurile într-un singur stat membru, dacă acest lucru este posibil. Se va ține cu precădere seama de următorii factori:

- a. statul membru pe teritoriul căruia s-au produs actele;
- b. statul membru unde făptașul este cetățean sau rezident;
- c. statul membru de origine al victimelor;
- d. statul membru pe teritoriul căruia a fost descoperit făptașul.

Un stat membru care nu îi extrădează sau predă pe cetățenii proprii (cum este, în majoritatea cazurilor, în Austria) ia măsurile necesare pentru a-și stabili jurisdicția asupra infracțiunii și, după caz, de a urmări penal pe făptași, atunci când infracțiunea este comisă de unul dintre cetățenii săi în afara teritoriului național.

Pentru coordonarea jurisdicțiilor și pentru urmărirea penală pot fi de ajutor mai multe instituții ale Uniunii Europene. Acesta este îndeosebi cazul Eurojust, la nivelul cooperării judiciare și Europol, la nivelul cooperării polițienești. În plus, Rețeaua Judiciară Europeană poate fi de ajutor într-un stadiu timpuriu al procedurii, de exemplu pentru a lua legătura cu procurorul competent sau cu judecătorul de instrucție/magistratul.

Decizia recentă a Consiliului întărește rolul Europol, fondat în 1995, prevedea încă o dată obiectivul prioritar al Europol, care „constă în sprijinirea și consolidarea activității autorităților competente ale statelor membre și a cooperării reciproce a acestora în vederea prevenirii și a combaterii criminalității organizate, a terorismului și a altor forme grave de criminalitate care afectează două sau mai multe state membre.”⁹

Merită menționat și că Eurojust este dispusă nu numai să finanțeze reuniunile de coordonare (două persoane din fiecare stat, în majoritatea cazurilor un procuror și un judecător de instrucție sau polițistul responsabil pentru caz), dar și să transmită cunoștințe privind constituirea unei echipe comune de anchetă (JIT), care este o necesitate pentru combaterea crimei organizate. Cu cât mai devreme în timpul procesului sau anchetei penale se constituie o JIT, cu atât mai bine vor face statele membre schimb de informații și cu atât mai multe informații vor putea transmite.

9 Decizia Consiliului privind înființarea Oficiului European de Poliție (Europol) din 06.04.2009, JO L 121, 15.05.2009, pp.37-66.

Pentru o urmărire penală eficientă, este absolut necesar ca, de exemplu, perchezițiile domiciliare și executarea mandatului de arestare să fie coordonate între autoritățile competente din statele membre. În majoritatea cazurilor, cererile de asistență judiciară reciprocă sunt înaintate după perchezițiile domiciliare sau după arestările efectuate într-un stat membru, ceea ce are ca rezultat faptul că alți membri ai organizației criminale, din alt stat membru, se sperie și nu mai rămâne nici o șansă de a-i găsi și nici de a găsi dovezi suplimentare, deoarece acestea vor fi distruse imediat.

Concluzii

Ambiguitatea, care a existat cu privire la definirea și delimitarea celor trei concepte menționate mai sus, a condus la unele confuzii în definirea stadiului pe care l-a atins terorismul internațional, într-un stat sau altul la un moment dat, ceea ce explică faptul unele țări nu recunosc că s-ar confrunta cu fenomenul crimei organizate, în timp ce altele, în mod eronat, susțin că luptă împotriva mafiei. Asemenea confuzii au repercusiuni atât la nivel național, cât și internațional, în sensul că nu s-au putut stabili cele mai eficiente strategii de prevenire și combatere a fenomenelor de crimă organizată, până când există o viziune clară a fiecărui stat în parte asupra problemelor de natură infracțională cu care se confruntă.

Obiectivele specifice ce se au în vedere în elaborarea strategiilor de prevenire și combatere a crimei organizate sunt:

- a) reducerea vulnerabilității societății la infiltrarea organizațiilor criminale;
- b) reducerea posibilităților de acumulare și folosire a profiturilor obținute din activități ilicite;
- c) stabilirea, dezmembrarea și lichidarea organizațiilor criminale prin urmărirea și condamnarea acestora, confiscarea bunurilor obținute din infracțiuni și a celor folosite în astfel de scopuri.

Desigur, paleta măsurilor ce fac obiectul strategiilor de prevenire a fenomenului infracțional este mult mai largă, aceasta variind de la o țară la alta, în funcție de nivelul de dezvoltare, gradul de educare a populației, rata criminalității și a.

Respectiv, organizațiile criminale transnaționale au o sferă a preocupărilor infracționale practic nelimitată, de aceea forțele trebuie să își unească puterea pentru a preveni și combate acest fenomen. Dinamica fenomenului impune stringent o concepție unică privind pregătirea funcționarilor din structurile speciale de luptă împotriva criminalității și identificarea strategiilor de luptă cu aceste elemente.

A lupta eficace împotriva criminalității înseamnă atacarea punctelor celor mai vulnerabile ale infractorilor.

PARTICULARITĂȚI DE RECOLTARE ȘI INTERPRETARE A URMELOR DE SÂNGE UMAN LA FAȚA LOCULUI

Sorin ADAM, doctorand, ULIM

Recenzent: Mihail GHEORGHITĂ, doctor habilitat în drept, profesor universitar

The paper deals with the problems of detection, fixation, preliminary examination and lifting of human biological traces at the crime scene. The authors present some general rules, particularities and procedures of processing this kind of traces outside the laboratory.

Keywords: human biological traces, blood traces, preliminary examination of traces, luminol.

În lucrare este abordată problematica căutării, fixării, examinării prealabile la fața locului și ridicării urmelor de sânge uman. Autorul prezintă regulile generale, particularitățile și procedeele de procesare a astfel de urme în condiții de teren.

Cuvinte cheie: urme biologice umane, urme de sânge, examinare prealabilă a urmelor, luminol.

Sângele lichid și petele de sânge sunt cele mai răspândite obiecte de cercetare criminalistică în cazul investigării locului faptei privind infracțiunile grave și deosebit de grave (omoruri, violuri, vătămări intenționate grave a integrității corporale sau a sănătății, accidente rutiere ș.a.). Examinarea acestora permite a soluționa un rând de probleme precum, spre exemplu: — a stabili condițiile în care s-au format urmele, pornindu-se de la forma, numărul și localizarea lor pe obiectele purtătoare sau în spațiul locului faptei; — a diferenția sângele după grupele biologice în baza metodelor tradiționale, ceea ce permite a restrânge grupul de suspecti, printre care trebuie căutat făptuitorul crimei sau, aplicând metoda genetica-moleculară (ADN) să stabilim cu un grad sporit de verosimilitate apartenența urmei de sânge expertizat unei persoane concrete; — a determina implicația unui individ anume în comiterea infracțiunii prin depistarea pe corpul lui sau pe obiectele ce-i aparțin a urmelor de sânge; — a decide dacă urma de sânge provine de la bărbat sau femeie, unei persoane adulte sau unui copil de fașă; — a stabili apartenența sângelui anumitui gen de animale ș.a.¹

De notat că, odată cu apariția metodei de genotipare, posibilitățile examinării sângelui și altor obiecte biologice umane, au sporit simțitor. Spre deosebire de alte

1 Аистов И.А. Учебное пособие по криминалистике. Использование следов биологического происхождения при расследовании преступлений. М.:ПРИОР, 2002, с.39.

metode de cercetare medico-legală, capacitățile cărora se reduc la determinarea grupei generice și nu la identificarea individuală, analiza genetică permite a formula concluzii categorice cu privire la apartenența materialului biologic anumitei persoane. Metoda în cauză se bazează pe examinarea acidului dezoxiribonucleic (ADN) — purtător de informație genetică, ce se conține în toate celulele organismului omenesc.

Descoperirea urmelor de sânge la fața locului se sprijină pe principiile generale și speciale privind activitatea de căutare ce presupun, cel puțin două condiții principale: prezența specialistului biocriminalist instruit ce posedă cunoștințe speciale și asigurarea lui în aceste scopuri cu tehnici și tehnologii adecvate. Specialistul în cauză trebuie să cunoască procedeele, metodele și regulile criminalistice generale de cercetare a locului faptei și, totodată, să dețină cunoștințe specifice domeniului biologiei (medicinii legale) privind particularitățile de depistare și procesare a urmelor de natură biologică.

Pornind de la specificul de detectare a urmelor de sânge, cercetătorul rus В.И.Попов le diferențiază în urme clar vizibile și slab vizibile². La prima grupă el cataloghează acumulările semnificative de sânge pe suporturi plate (bălți), precum și alte forme de urme sanguine pe suprafețe de culoare deschisă. Urmele slab sesizabile sunt cele vechi sau cele ce și-au schimbat nuanța de culoare în brun, roșcat, uneori și în sur, precum și urmele localizate pe suporturi întunecate sau spațiate în locuri greu accesibile pentru observare (crăpăturile podelei).

Luând în considerare cele menționate, trebuie observat că activitatea de căutare a astfel de urme pe diversele obiecte din scena infracțiunii (uneltele infracționale, corpul, vestimentația victimei, dar și hainele sau corpul persoanei suspectate în comiterea faptei) presupune inițiativă, creativitate, scop bine determinat, realizându-se consecutiv și treptat, odată cu consemnarea a însăși stării de fapt de la fața locului în procesul-verbal al acțiunii respective de urmărire penală³. Descoperirea urmelor în cauză se va efectua cu luarea în calcul a datelor faptice obținute în procesul de cercetare a locului infracțiunii concrete. În cazul în care n-au avut loc tentative de distrugere a acestora, depistarea lor nu prezintă dificultăți deosebite: se cere doar atenție, minuțiozitate, iluminare suficientă și manipularea fără grabă a obiectelor-suporturi de urme.

Astfel, pentru căutarea petelor de sânge pe obiectele vestimentare, realizată, de regulă, în cadrul examinării corporale, se va ține seama de locurile, în care urmele sunt dificil de a fi observate și înlăturate. Deaceia examinarea hainelor se va desfășura la o lumină puternică, incidentă, de asupra unei pânzi albe, curate, cu ajutorul unei lupe. Spre exemplu, paltonul, sacoul, cămașa ș.a. se examinează prin analiză minuțioasă mai întâi a părților din față și de jos a acestor obiecte, inclusiv buzunarele, mai apoi haina în întregime. Uneori infractorul scoate cu mâna însângerată din

2 Попов В.И. Осмотр места происшествия. Алма-Ата: АГУ, 1957, с.41.

3 Диденко Ф.К. Применение научно-технических средств и методов при осмотре места происшествия. Ярославль: Верх.-Волж.кн.изд-во,1989, с.123.

buzunare careva obiecte și lasă în interiorul lor particule de sânge. Dacă există bănueli că urmele respective au fost înlăturate prin spălare, se desfac cusăturile țesăturii de deasupra, căptușeala și se analizează atent zonele respective, întrucât printre fibrele țesăturii căptușelii adeseori se păstrează resturi de sânge. La examinarea pantalonilor o atenție sporită se acordă manșetelor, intrărilor în buzunare, pardoselei; la examinarea încălțăminteii — rama pantofilor, flectul, pingea, interiorul ei. În scopul unei examinări depline uneori este necesar a desprinde tocul și pingea încălțăminteii. Vestimentația de culoare neagră este oportun a o examina și în radiații IR cu ajutorul transformatoarelor optico-electronice, urmele de sânge, evidențiindu-se ca pete întunecate pe fundalul general. Pentru observarea urmelor de sânge foarte mici pe țesături închise la culoare, este recomandată și folosirea stereoscopului.

Localizarea rănilor pe corpul și vestimentația victimei permite a judeca despre unealta folosită de către făptuitor și, respectiv, despre spațierea, forma urmelor de sânge pe haina agresorului. În acest sens, există o anumită legătură corelativă dintre urmele de sânge rămase pe obiectele vestimentare ale făptuitorului și modul de comitere a infracțiunii. Dacă leziunile corporale se aplică cu un cuțit, box, palmar, piatră, adică cu o unealtă ce are un mic braț de aplicare a loviturii, petele de sânge urmează a fi căutate pe mâinile, fața, pieptul agresorului sau pe haina ce acoperă aceste zone ale corpului. Însă, dacă loviturile sunt executate cu un topor, ciocan, nunciacu etc., adică cu o unealtă ce prezintă un braț mare de aplicare a forței, urmele de sânge trebuie căutate mai cu seamă pe suprafața din spate a hainei acestuia, umerii sau pieptul lui, întrucât infractorul, ridicând mâinile de asupra capului în mod repetat, scutură particule de sânge de pe unealtă mai semnificativ pe partea din spate a vestimentației. Relevant în acest sens este exemplul adus de cunoscuții criminaliști olandezi A. Svensson și O. Vendel: „Un oarcare busenesman a fost ucis cu câteva lovituri de topor peste cap în momentul când acesta stătea la masă în biroul său... stropi de sânge abundau în toate direcțiile, cu excepția zonei din spatele scaunului pe care stătea victima“. Pornind de la datele cercetării locului faptei, a fost elaborată următoarea versiune: ucigașul este un cunoscut al victimei, întrucât se afla în spatele acestuia. Haina infractorului, inclusiv partea din spate a vestimentației, este stropită de sânge. Ulterior aceste presupuneri s-au dovedit a fi conforme realității⁴.

Oricum, în practică, mai cu seamă la examinarea hainelor agresorului, se respectă și alte reguli criminalistice: — folosirea unor surse de lumină puternice, cu posibilități de schimabare a culorilor și a lungimilor de undă; — dezbrăcarea hainelor de pe suspect și așezarea lor pe manechine corespunzătoare, care facilitează examinarea; — marcarea urmelor descoperite cu cercuri, săgeți sau alte semne vizibile; — fixarea prin fotografiere a urmelor descoperite după ce acestea au fost marcate; — urmele descoperite vor fi descrise, măsurate și marcate pe schițe în care să apară forma, aspectul, mărimea și direcția din care se presupune că au venit stropii care le-a

4 Свенссон А., Вендель О. Раскрытие преступлений. Под ред. С.П. Митричева. пер. с англ. М.: Изд.иностр. лит., 1957, с.131.

creat; — verificarea cutelor și buzunarelor în scopul descoperirii eventualelor urme create prin contactul cu mâinile murdare sau cu uneltele însângerate; — verificarea atentă a ciorapilor, a manșetelor pantalonilor, precum și a tălpilor, ramelor și feței încălțămintei; — la examinarea hainelor spălate, uneori pot fi observate urme ale difuziei sângelui spre zone nepătate anterior⁵.

Examinarea corporală a agresorului cu scop de a descoperi urme de sânge începe cu părțile descoperite ale corpului (fața, mâinile, pavilioanele urechilor, capul, corpul în întregime), atenție sporită acordându-se urmelor de pe zonele corpului pe care făptuitorul, spălându-se, nu le-ar fi observat. Este indicat ca bănuitului să i se taie unghiile de la degetele mâinilor, însă dacă există date că acesta la fața locului a operat discuț — se taie și unghiile degetelor de la picioare.

În cazul în care făptuitorul agrează fizic victima cu picioarele, lovind părțile neacoperite ale corpului, urme de sânge în formă de stropi sau mângituri pot fi depistate pe încălțămintă, pe pantaloni. Loviturile aplicate cu pumnii creează pe suprafețele dorsale ale palmelor mângituri de sânge, iar pe mânecile hainei — stropi și mângituri.

În alternativa unor violuri, în cadrul comiterii infracțiunilor ce țin de viața sexuală, urme de sânge pot fi depistate pe lenjeria intimă, în zona incheetării pantalonilor, în conținutul subunghial, în zona organelor sexuale ale făptuitorului. Legat de comiterea a astfel de infracțiuni, cercetătorul rus П.Т.Скорченко scrie, că „făptuitorul aproape totdeauna apucă cu mâinile organele sexuale ale victimei, uneori aceasta soldându-se cu deteriorări ale lor, iar din rănilor create sângele se depozitează și sub unghiile agresorului, păstrându-se acolo timp îndelungat”⁶. În cauzele de omor prin împușcare cu țeava lipită sau de la distanță mică, pe arma folosită pot fi depistate urme de sânge provenite de la corpul victimei în formă de stropi, mângituri sau amprente (ștanț-marca retezăturii anterioare a țevii).

O atenție deosebită trebuie acordată căutării și descoperirii urmelor de sânge pe mijloacele de transport sau obiectele folosite pentru transportarea cadavrului din locul unde s-a produs omorul (accidentul rutier) la locul în care acesta a fost abandonat (autoturisme, saci, căruțe etc.)⁷. Practica demonstrează că astfel de verificări făcute în grabă și în condiții nefavorabile (noaptea, vânt, temperaturi scăzute etc.) se soldează cu rezultate negative. De aceea, este bine ca cercetarea autovehiculelor în vederea detectării urmelor de sânge să se facă într-un garaj curat, bine încălzit și luminat. Mai întâi se examinează părțile proeminente, deteriorările și depresiunile transportului, mai apoi suprafețele inferioare care posibil au contactat cu corpul sângerând al victimei, iar în final — salonul și portbagajul automobilului. Interiorul

5 Pășescu Gh. Interpretarea criminalistică a urmelor la locul faptei. București: Național, 2000, p.213-214.

6 Скорченко П.Т. Расследование изнасилований. М.:Былина, 2004, с.119.

7 Sirb A.P., Stoian G.M. Investigarea criminalistică a urmelor de sânge găsite la fața locului. În: Materialele Simpozionului „Juridica” desfășurat la București pe 17.06.2010 cu tema *Metode și tehnici de identificare criminalistică*. București: Era, 2010, p.63.

vehicolului, inclusiv portbagajul urmează a fi examinat pe sectoare, sistematic și minuțios. Agresorul poate transfera sânge pe volan, huse, pedale, mânerul de ridicare a geamurilor. Părțile de dedesupt se vor examina la înălțimea potrivită cu ajutorul rampelor hidraulice existente în garaje. Întrucât zonele dedesuptului mașinei sunt în permanență acoperite de praf și noroi, urmele de sânge, ce pot păstra și fire de păr, microfragmente de oase, se vor descoperi cu un fascicol puternic de lumină sub forma unor pete mai dense cu mai mult praf, cu umflături, care trebuie secționare pentru examinare. Nu rămân fără atenție și cauciucurile roților transportului de pe care se scobesc particulele de murdărie cu posibile resturi de sânge pentru analizele ulterioare de laborator. Aceasta, mai cu seamă, când se produc și călcări de pietoni. Pe lângă roțile transportului se examinează atent și alte părți proeminente, precum farul, bara de protecție, învelișul radiatorului, aripile, parbrizul, inclusiv zonele deteriorate, crăpăturile și depresiunile pe care pot fi găsite microparticule de sânge, fibre vestimentare, țesut din corpul victimei.

Anumite particularități prezintă și examinarea încăperilor. Uneori infracțiunile de omor se săvârșesc de către rudele sau vecinii victimei cu scop cupidant sau în legătură cu relațiile dușmănoase. Cadavrul în astfel de cazuri, se scoate din apartament în întregime sau pe părți și se îngroapă, persoana respectivă anunțându-se dispărută fără urmă. Investigarea a astfel de cauze se întinde pentru perioade îndelungate, urmele de sânge, dacă acestea au existat la locul faptei, se distrug. Făptuitorii, pentru a camufla omorul încearcă să înlătore petele de sânge prin spălare, răzuire sau reopsire a suprafețelor respective. Deaceia, prezența unor obiecte umede, a semnelor de reparație sau tapetare nejustificată a unor pereți, de înoire a căptușelei mobilei etc. poate semnala despre o tentativă de a ascunde sau a distruge urmele de sânge. Exemplu elocvent în acest sens este următorul: „Pe locul viran situat la intersecția străzilor *Trafic greu* și *Calea Rahovei* au fost descoperite trei fragmente ale unui cadavru bărbătesc (picioarele împreună cu bazinul, trunchiul și capul) aruncate la distanță unele de altele între bălării și moloz. După reconstituirea grafică a părții superioare a corpului și a îmbrăcăminteii acestuia, a fost publicat în presă portretul realizat. Văzând fotografia în ziar, fiica și ginerele victimei au anunțat poliția despre dispariția tatălui lor, comunicând și adresa acestuia. Deplasându-se la locuința indicată, polițiștii l-au găsit acolo pe autor care lucra la zugrăvirea apartamentului. Unul din pereți, cel care conținea cele mai multe urme de sânge, era zugrăvit cu o vopsea de culoare roșie⁸.

Autorul faptei, în încercarea de a se curăța înainte de a părăsi locul faptei, poate transfera sau depozita sânge în canalizare, toaletă, stativele pentru prosoape etc. De aceea, în camerele de baie, instalațiile sanitare, chiuvete, vase și obiecte care au servit la înlăturarea urmelor pot rămâne resturi de sânge diluat în diverse crăpături și depresiuni sau în formă de stropi pe pereți, apărute ca rezultat al scuturării

8 Pășescu Gh. Interpretarea criminalistică a urmelor la locul faptei. București: Național, 2000, p.208-209.

mâinilor însângerate. Examinării minuțioase sunt supuse și căldările, ligheanurile, unitazele din aceste camere⁹.

Dacă examinarea locului faptei se desfășoară în loc deschis, atenție deosebită se atrage frunzișului, erbii, altor obiecte presupuse a fi purtătoare de urme sanguine. Practica demonstrează că scena infracțiunii a faptelor penale comise în aer liber și generatoare de astfel de urme, rămâne, de regulă, neschimbată de făptuitor, însă condițiile meteorologice (ploaie, vânt, zăpadă) pot modifica esențial aspectul lor, făcându-le greu de recunoscut. Cercetătorul român Gh. Pășescu menționează cu acest prilej, că aici suprafețele purtătoare de urme „sunt mai frecvent rugoase decât cele din interior. Interpretarea urmelor de sânge rămase pe pietre, beton sau iarbă este mult mai greu de făcut în privința direcției și a unghiului de impact. Petele de sânge care au fost expuse la umezeală pot suferi alterări în aspect și se vor prezenta difuze și diluate¹⁰ Solul, îmbibat cu sânge are culoare mai întunecată decât zonele adiacente, iar scurgerile de sânge pe suprafețe umede par a avea un volum mai mare ca atunci când sângele este diluat. Uneori agresorul, pentru a ascunde aceste urme, le acoperă cu frunze, pământ, vreascuri de aceea, locațiile proaspăt acoperite cu nisip, frunziș, rumeguș de lemn etc., la necesitate, se curăță atent pentru o examinare minuțioasă a porțiunilor respective de teren.

Petele vizibile suspecte se testează în prealabil pentru a se stabili prezența sângelui în ele prin diverse metode: — fizice (microscopia optică, refractometria¹¹); — chimice (apa oxigenată, reactivul Voskoboinikov, HemoPHAN, luminol, leucomalachitul verde, reacția *Adler* cu benzidină ș.a.) care reacționează la catalaza sângelui sau a însușirilor peroxidaze ale acestuia ori la fierul sau albuminele sângelui. Urmele latente se detectează mai frecvent prin tratarea suporturilor cu soluție de luminol. Procedura de detectare cu acest reactiv poate fi efectuată și în prezența bănuțului, asupra căruia însuși faptul apariției luminiscentei resturilor de sânge, poate provoca o influență determinantă în a-l impuliona să-și recunoască vina în comiterea omorului și să indice locul înmormântării cadavrului sau a fragmentelor acestuia. Oricum, folosirea reacțiilor de orientare va trebui să fie aplicată numai asupra unei cantități reduse din petele depistate, restul substanței rămânând pentru bioexaminările de laborator.

Urmele sanguine descoperite se vor fixa în procesul-verbal al cercetării locului faptei, se vor fotografia (videoînregistra) conform regulilor fotografiei metrice, la necesitate se va indica și localizarea lor pe schițele și crochiurile executate la fața locului. Ca particularitate privind consemnarea urmelor de sânge în procesele-verbale

9 Настольная книга следователя. Тактические приемы проведения осмотра места происшествия и допросов при расследовании преступлений различной категории. Научно-методическое пособие. Под ред. А.И. Дворкина. М.: Издательство „Экзамен“, 2006, с.96.

10 Pășescu Gh. Interpretarea criminalistică a urmelor la locul faptei. București: Național, 2000, p.211.

11 Руководство для следователей. Под ред. Н.А.Селиванова, В.А.Снеткова. М.:ИНФРА-М, 1997, с.160.

respective, trebuie menționat faptul poziționării lor spațiale pe obiectele-purtătoare, indicându-se obligatoriu: — locul, data și ora depistării urmelor, starea obiectelor pe care se află (murdare, umede, uscate etc.); — culoarea, starea fizică (uscate, umede pe centru, uscate pe circumferință,) și dimensiunile urmelor (două dimensiuni sau diametrul fiecărei urme); — forma acestora: stropi, amprentă, mângitură, baltă, prelingere, pată alungită sau rotundă cu margini zimțate ori netede; picături multiple sau izolate.

În cazul descrierii urmelor de sânge pe obiecte, (gen — ștergere, ciarșafuri, bășmăluțe de buzunar ș.a.) se vor folosi mențiunile convenționale: una din laturi se va considera fața, iar alta — dosul obiectului, fixându-se de acestea bucăți de hârtie cu inscripțiile respective¹². Tot în aceste scopuri pot fi valorificate și diferențele de lungime sau formă ale marginilor obiectului. Alteori pentru localizarea urmelor pe obiect, marginile acestuia se numerotează cu cifre, fixându-se (cu scoci sau mai curând prin coasere) de ele fragmente de hârtie cu indicațiile numerice respective. Consemnarea exactă a localizării lor este necesară pentru a urmări în continuare dacă toate urmele descrise în procesul-verbal au fost sau nu supuse expertizării și în care din ele și ce concret s-a descoperit — informații utile și pentru efectuarea expertizei repetate¹³.

După depistarea, examinarea și fixarea urmelor de sânge, ele se ridică pentru a fi expediate la laborator. Dacă dimensiunile obiectelor purtătoare sunt nu prea mari (unelte infracționale, arme, vestimentație etc.), acestea se ridică în întregime, însă în cazul în care, acestea sunt voluminoase, urmele urmează a fi răzuite, scobite, desprinse prin orice altă modalitate. Dacă acestea se află pe sol, nisip, ele se ridică pe toată adâncimea de pătrundere, preluându-se din preajmă și mostre de sol fără sânge. În cazul în care, apare necesitatea de a recolta rămășițe de sânge de pe zăpadă, acestea se ridică împreună cu zăpada pe care sunt depozitate cu ajutorul unei bucăți de tifon stratificat. După topirea zăpezii sângele este îmbibat de fibrele tifonului, păstrându-se pe el. Este contraindicat a plasa zăpada cu petele de natură sanguină într-un borcan, întrucât sângele după topirea zăpezii se va dilua, reducând posibilitatea de a stabili ulterior proveniența generică a acestuia. La fel se procedează și în cazul ridicării sângelui lichid — pe tampon steril, lăsat să se usuce sub formă de crustă, sau în eprubetă ce conține soluție de conservare — EDTA. Nu se va recolta sângele în recipiente închise ermetic, întrucât degradarea anaerobă va compromite total proba. Probele materiale umede cu urme de sânge se vor usca la temperatura camerei, fără a folosi în aceste scopuri aparatele caloriferice, evitându-se și căderea razelor solare directe¹⁴.

12 Томилин В.В. Судебная медицина. М.:ИНФРА-М.: НОРМА, 1997, с.354.

13 Селиванов Н.А. Вещественные дозательства (Криминалистическое и уголовно-процессуальное исследование). М.: Юрид. литература. 1971, с.102.

14 Практическое руководство по производству судебных экспертиз для экспертов и специалистов: науч.-практич. пособие. Под ред. Т.В. Аверьяновой, В.Ф. Статкуса. М.: Издательство Юрайт, 2011, с.195.

Ambalarea probelor materiale se efectuează în așa mod ca, suprafața pe care se află urma de sânge să nu se atingă de materialul ambalajului. Petele de sânge pe vestimentație se acoperă cu hârtie sau tifon prinse de haină prin coasere. Obiectele fragile sau confecționate din sticlă se vor pacheta în cutii de carton, fiecare din ele fiind ambalat separat în hârtie de filtru. Toate probele materiale recoltate, conservate și ambalate trebuie etichetate astfel, încât să nu fie cu puțință de a le schimba sau înlocui fără a viola ambalajul respectiv. Pe pachet se vor inscripționa date despre felul de probe ce se află în ambalaj, când, cine și pe ce cauză anume au fost ridicate — toate acestea certificându-se prin semnătura organului de urmărire penală.

În altă ordine de idei trebuie menționat că, în calitate de informație incipientă necesară elaborării versiunilor și a planului de investigare a faptelor penale, îndeosebi a celor însoțite de violență, pot servi și datele desprinse din analiza prealabilă și interpretarea urmelor de natură biologică umană depistate la fața locului în cadrul efectuării diverselor acțiuni de urmărire penală (percheziții, cercetări a locului faptei, examinări corporale, ridicări de obiecte și documente ș.a.). Potrivit p.7 alin.2 al art.93 CPP a Republicii Moldova¹⁵, astfel de analize-constatări, de rând cu expertizele judiciare, prezintă o formă procesuală de utilizare a cunoștințelor speciale în activitatea de descoperire și cercetare a infracțiunilor. Rezultatele acestor analize prealabile de teren, conform alin.3 a art.141 CPP a Republicii Moldova, sunt incluse în procesele-verbale ale acțiunilor de urmărire penală respective și prezintă probe în procesul penal. Ele permit a stabili atât legătura cauzală a urmelor descoperite în câmpul infracțional cu fapta cercetată, cât și obținerea de date privind mecanismul creării lor, alte împrejurări importante pentru cauza penală.

Studierea urmelor de sânge depistate de specialiștii-criminaliști la fața locului prin prisma traseologiei, deschide posibilități de a stabili condițiile apariției lor, de a reconstitui cele întâmplate cu luarea în calcul a dinamicii formării lor. Situația și împrejurările în care acestea s-au format oferă imagine clară despre anumite momente ale evenimentului: zona corpului unde prezumtiv există răni și deteriorări ale țesutului, numărul și consecutivitatea creării lor, poziția reciprocă a victimei și a agrsorului în momentul aplicării leziunilor corporale, înălțimea de la care au căzut picăturile de sânge, direcția și viteza de deplasare a corpului însângerat ș.a.

La ora actuală, actele normative ce reglementează cercetările medico-legale a obiectelor biologice de natură umană nu prevăd soluționarea problemelor privind mecanismul formării a astfel de urme de către medicii-legiști. Însă nu încapă îndoială, că studiul urmelor de sânge poate fi realizat doar cu folosirea cunoștințelor speciale din domeniul biologiei privind însușirile acestor obiecte biologice ce determină de cele mai multe ori forma acestor urme. Este știut că forma urmelor se află într-o

15 Codul de procedură penală al Republicii Moldova, adoptat prin Legea Republicii Moldova, nr.122-XV din 14.03.2003. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr.104-110 din 07.06.2003. <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=326970>

dependență directă și destul de rigidă față de intensitatea scurgerilor de sânge, poziția reciprocă a sursei și a suprafeței primitoare de urme, dar și de alți factori.

În literatura de specialitate există păreri împărțite cu privire la faptul cine trebuie să se ocupe la fața locului de analiza acestor urme — medicii-legiști sau specialiștii criminaliști. Profesorul В.И. Шиканов problema stabilirii mecanismului formării urmelor de sânge după forma lor o atribuie specialiștilor medici-legiști. El î-și justifică părerea prin faptul că „medicii legiști se ocupau cu studiul formei urmelor de sânge cu mult înainte de apariția expertizei criminalistice ca ramură de sinestătătoare”¹⁶. O părere de opoziție exprimă expertologul rus И.Г. Копыхов, care consideră că examinarea în cauză ține de competența expertizei traseologice¹⁷.

În ce ne privește, considerăm că urmele de sânge pot deveni obiect al expertizei traseologice în cazul în care, în ele se reproduc forma, dimensiunile, microrelieful altui obiect, creator de urmă. De regulă, acestea sunt amprente operante pentru identificare și formate ca rezultat al contactului de acțiune reciprocă a două obiecte, unul din care este însângerat (spre exemplu, amrenta mâinei făptuitorului rănit etc.). La fel, urmele de sânge devin obiect al cercetărilor criminalistice și în situația relevării urmelor latente sau slab vizibile, când se aplică diverse metode fizice, chimice de examinare ori în alternativa stabilirii direcției de deplasare a sursei de sânge după forma picăturilor căzute ș.a. Deci, soluția în problema discutată este una de mijloc. În funcție de situație, poate apărea necesitatea coroborării eforturilor specialiștilor criminaliști, medicilor legiști, biologilor și altor reprezentanți ai domeniilor științifice. În fapt, este vorba de expertiza complexă. În cadrul investigării infrafracțiunilor, examinarea expertă a formei și altor particularități a urmelor de sânge ce ține de mecanismul apariției lor și analiza biologică a acestora sunt strâns legate între ele, oferind posibilitatea verificării reciproce a rezultatelor. Dincolo de aceasta, fiecare dintre aceste examinări se manifestă ca expertize de sine stătătoare, purtând caracter independent din punct de vedere procesual.

Revenind la problema posibilității obținerii de informații utile pentru stabilirea împrejurărilor cauzei în cadrul examinării prealabile și interpretării urmelor de sânge la locul faptei, trebuie menționat că acestea sunt numeroase și diverse, unele cu un grad mare de probabilitate, altele de certitudine. Cercetătorul român Gh.Pășescu, sistematizând informațiile în cauză, a întocmit și o listă de posibilități cu valoare practică incontestabilă¹⁸. Cu titlu de exemplu, prezentăm câteva spicuiuri, în acest sens¹⁹:

16 Шиканов В.И. Криминалистическое значение следов крови. Иркутск:ИГУ, 1974, с.107.

17 Дурă Шиканов В.И. Криминалистическое значение следов крови. Иркутск:ИГУ, 1974, с.108.

18 Pășescu Gh. Interpretarea criminalistică a urmelor la locul faptei. București: Național, 2000, p.215-216.

19 Ibidem, p.215-216; Хрусталев В.Н., Трубицын Р.Ю. Участие специалиста-криминалиста в следственных действиях. СПб.: Питер, 2003, с.98-99.

1) *Calcularea înălțimii de la care s-a scurs sângele care a format urmele.* Aici calculele se bazează pe diametrul urmei de sânge localizate pe suportul primitor, care variază în funcție de volumul picăturii, înălțimea de cădere și textura de impact. Diametrul maxim se obține atunci când înălțimea sursei de sânge (pentru picături cu volum mediu de 0,05 ml este de 2,2 m) permite picăturilor să atingă viteza limită (în aer liber — 8 m/sec).

2) *Stabilirea direcției de deplasare a persoanei care sângerează și a drumului parcurs de aceasta la locul faptei.* Direcția de deplasare poate fi dedusă din forma urmei și caracteristicile marginilor. Picătura ce cade perpendicular pe o suprafață netedă formează o pată circulară, dimensiunile și forma marginilor căreia depind de înălțimea de la care cad. Picăturile ce se scurg pe suprafețele care nu sunt orizontale, vor forma urme mai mult ovale, alungite, în funcție de unghiul de impact. Cu cât unghiul este mai ascuțit, cu atât mai alungite sunt urmele, lungimea lor crescând, iar lățimea scăzând. Capătul cel mai ascuțit al urmei de sânge este îndreptat în direcția de mișcare²⁰. Picăturile de sânge de consistență normală ce cad de la o înălțime de până la 10 cm, formează pete rotunjite cu margini netede cu diametru ce nu depășește 10 mm. Odată cu sporirea distanței până la obstacol diametrul petei crește, marginile ei devin zimțate care, fiind căzute de la înălțimi mai mari, zimții se alungesc asemănător unor raze. Numărul zimților și a liniilor radiale treptat crește, iar începând cu înălțimea de 50 cm, apar stropi azvârliți (pete de plan secundar), numărul cărora la început crește (la distanțe de până la 200 cm), iar ulterior (la distanțe de până la 300 cm) descrește.

Cercetătorul Ю.П. Эдель notează că, în cazul deplasării sursei de sângereare cu o viteză orientativă de 2 km/oră (deplasarea unei persoane grav rănite), picătura căzută de la o înălțime de 60 cm formează o pată rotunjită cu diametrul mediu de 15,5 mm. Conturul petei este zimțat, numărul zimților — cca 29, pete secundare lipsesc. Însă la viteza 5-6 km/oră (mers rapid), picătura ce cade de la aceeași înălțime formează o pată de aceeași formă cu dimensiuni medii 12,5 x 13,6 mm, pe marginea căreia se formează până la 26 zimți, clar manifestați și alunșiți în direcția mișcării; aici există și stropi secundari. Iar la viteza de cca 13 km/oră (fugă) se formează pete ovale de dimensiuni medii 13 x 18 mm cu contur zimțat pe latura ovalului orientat în direcția deplasării, având margini netede de cealaltă parte. Numărul zimților nu depășește 4, în preajma lor apar și stropi secundari²¹. În cazul scuturării mâinilor pline de sânge, picăturile ce cad obțin viteză suplimentară în direcția mișcării brațelor. Dacă persoana aleargă, brațele acestuia se mișcă alternativ — înainte și înapoi creând urme caracteristice deplasării în două direcții contrare: o parte din urme sunt alungite într-o direcție, iar alta — în altă direcție.

20 Pășescu Gh. Interpretarea criminalistică a urmelor la locul faptei. București: Național, 2000, p.218-219.

21 Эдель Ю.П. О следах свободно падающих (с неподвижных и движущихся предметов) капель крови на горизонтальной плоскости. В: Материалы докладов и рекомендаций научной конференции общества судебных медиков Казахстана. Алма-Ата, 1968, с. 405.

ÎNDATORIREA FUNDAMENTALĂ DE A PROTEJA MEDIUL ÎNCONJURĂTOR SĂNĂTOS

Adrian CRASNOBAEV, doctorand, ICJP al Academiei de Științe a Moldovei

Recenzent: **Silvia GORIUC**, doctor în drept, conferențiar universitar

Dreptul fundamental al omului la un mediu înconjurător sănătos, este privit atât ca un drept natural recunoscut fiecărui individ indiferent de apartenența sa politico-juridică la un anumit stat, cât și o libertate, ceea ce oferă titularului acestui drept posibilitatea de a-și alege modalitățile de realizare și protecție a dreptului nominalizat, fiind tălmăcit ca un drept individual fundamental consfințit în majoritatea constituțiilor lumii și asigurat prin instituirea îndatoririi de a proteja mediul înconjurător, deoarece un drept poate fi realizat numai atunci când lui îi corespunde o anumită obligație a statului și organelor sale de a-l asigura sau este imposibilă realizarea acestui drept fără datoria solemnă de a contribui prin toate mijloacele posibile la protecția și ameliorarea mediului înconjurător.

Cuvinte cheie: drept, îndatorire, mediu înconjurător, instrument de asigurare, stat.

The fundamental human right to a healthy environment, is examined as a natural right recognized behind every individual regardless of their politico-juridical affiliation to a certain state, as well as a liberty, which offers the holder of the right the possibility to choose the ways of realization and protection of the right concerned, being interpreted as an individual fundamental human right regulated by the majority of the constitutions of the world and ensured through the establishment of the duty to protect the environment, because such a right can be realized only when it corresponds to a certain duty of the state and its institutions to ensure it or its realization is impossible without the solemn duty to contribute, in every way possible, to the protection and improvement of the environment.

Key-words: right, duty, environment, insurance mechanism, state.

Norma fundamentală prezintă importanță prin consacrarea constituțională a dreptului la un mediu înconjurător sănătos și asigurarea unei garantări efective a acestui drept. În scopul protecției eficiente a mediului și a minimalizării problemelor de mediu este necesară intervenția statului, care alături de asigurarea unui cadru legislativ pentru exercitarea dreptului la un mediu sănătos, mai este obligat să protejeze mediul și să nu permită persoanelor fizice sau juridice să polueze prin acțiunile lor, ci dimpotrivă să îmbunătățească condițiile de mediu.

Deoarece, drepturile și libertățile fundamentale ale omului constituie nu doar o realitate, ci și o finalitate a întregii activități umane¹, instituția drepturilor omului

1 Muraru I., Tănăsescu E.-S. Drept constituțional și instituții politice. Volumul I. Ediția a XI-a. București: Editura All Beck, 2003. p.135; Muraru I., Tănăsescu E.-S. Drept constituțional și instituții politice. Volumul I. Ediția a XIII-a. București: Editura C.H. Beck, 2008. p.135

definește și însumează un ansamblu de drepturi, libertăți și obligații ale oamenilor unii față de alții, ale statelor de a apăra și promova aceste drepturi, ale întregii comunități internaționale de a veghea respectarea drepturilor și libertăților respective în fiecare țară, intervenind în acele situații în care drepturile omului ar fi încălcate într-un anumit stat², inclusiv și a dreptului constituțional la un mediu înconjurător sănătos, care fiind recunoscut ca drept fundamental al omului, și impus ca un drept de a treia generație cu rădăcini adânci în realitățile sociale și economice, ulterior consfințit în conținutul constituțiilor unui șir de state.

În opinia lui Zorikin V., fiecare drept poate fi realizat numai atunci când lui îi corespunde o anumită obligație a statului și organelor sale de a-l asigura.³ În această ordine de idei, reiese că asigurarea și realizarea dreptului constituțional la un mediu înconjurător sănătos este imposibilă fără datoria solemnă de a contribui prin toate mijloacele posibile la ameliorarea mediului înconjurător, deoarece vizează existența și protejarea atât a oamenilor, cât și a întregii națiuni⁴.

Prof. Iancu Gh. este de părere că îndatorirea fiecărui cetățean de a proteja mediul are un scop comun — de realizare a celor două dimensiuni, umană și naturală, a dreptului fundamental la un mediu protejat⁵.

În viziunea lui Cârnaț T., îndatoririle fundamentale mobilizează cetățenii la realizarea scopurilor societății constituind în același timp o garanție a realizării efective a drepturilor fundamentale, iar din considerentul că drepturile cetățenești sunt un produs al mediului social și trebuie exercitate în așa fel încât să nu aducă atingeri drepturilor și libertăților altor indivizi aflați pe teritoriul statului, acestea necesită a fi recunoscute de rînd cu îndatoririle fundamentale⁶.

Prof. rus Baglai M.V. este de părere că obligațiile reprezintă un element component al statutului juridic al individului, care se află într-o strînsă legătură cu drepturile și libertățile omului și cetățeanului. Argumentînd unitatea acestor două elemente componente ale statutului juridic al individului, autorul afirmă că așa precum este imposibilă situația individului înzestrat numai cu obligații, așa și existența drepturilor fără de obligații este de neconcepută, deoarece libertatea devine reală în toate formele sale numai atunci când îmbracă forma unei ordini axate pe justiție, iar această ordine reprezintă în sine unitatea drepturilor și obligațiilor⁷.

2 Zlătescu I. Protecția juridică a Drepturilor Omului. Institutul Român pentru Drepturile Omului. București : Universitatea Spiru Haret, 1996. p. 26

3 Зорькин В.Д. Современный мир, право и Конституция. Москва: Норма, 2010. p. 35.

4 Creangă I., Gurin C. Drepturile și libertățile fundamentale. Sistemul de garanții. Chișinău: TISH, 2005, p. 312

5 Iancu Gh. Drepturile fundamentale și protecția mediului. București: Regia Autonomă Monitorul Oficial, 1998, p. 235

6 Cârnaț T. Drept constituțional : [pentru uzul studenților]. Ed. a 2-a (rev. și adăugată). Chișinău: „Print-Caro“ SRL, 2010. p. 307-308

7 Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. Учебник для юридических вузов и факультетов. Москва: Изд. Норма — Инфра.М, 1998. p. 259

În același sens, prof. Guceac I. susține că îndatoririle fundamentale sunt corelative drepturilor și libertăților fundamentale, iar caracterul corelativ al îndatoririlor cetățenești față de drepturi este pe deplin justificat și nici o persoană fizică sau juridică nu se poate prevala doar de drepturi, fără a-și asuma și obligații corespunzătoare, pe motiv că îndatoririle fundamentale sunt esențiale, vitale pentru stat, în aceeași măsură în care drepturile și libertățile sunt esențiale pentru individ⁸.

Conceptul corelației și unicității dintre drepturi și îndatoriri, este susținut și de către Teo Cârnaț, care remarcă că drepturile subiective nu pot fi exercitate fără a fi corelate cu unele obligații juridice, deoarece aceste două componente alcătuiesc conținutul oricărui raport juridic, prin urmare îndeplinirea îndatoririlor fundamentale formează în același timp mijlocul prin care se realizează drepturile subiective, prin care oamenii contribuie la realizarea scopului și sarcinilor societății în ansamblu⁹.

În viziunea constituționalistului rus Cirkin V.E. îndatoririle fundamentale pot fi clasificate în îndatoriri consfințite și adresate concomitent atât omului, cât și cetățeanului, sau obliga numai cetățenii¹⁰. Astfel din prima categorie ar face parte și obligația de a proteja mediul înconjurător, de rînd cu alte îndatoriri precum: de a respecta Constituția și legile țării, plata impozitelor, etc., iar din a doua categorie, autorul enumeră îndatoririle de apărare a patriei, de a participa la alegeri sau de a deține studii medii de cultură generală.

Referitor la clasificarea îndatoririlor fundamentale s-a expus și Cârnaț T., care distinge două categorii principale:¹¹

- a) obligații fundamentale față de stat, în care se cuprind: apărarea patriei; devotamentul față de țară; respectarea Constituției și a celorlalte legi; de a contribui prin impozite și taxe la cheltuielile publice;
- b) îndatoriri fundamentale destinate să asigure conviețuirea pașnică a cetățenilor și a celorlalte persoane aflate pe teritoriul țării: îndatorirea de a respecta drepturile, interesele legitime și demnitatea altor cetățeni; îndatorirea cetățenilor moldoveni, a cetățenilor străini și a apatrizilor de a-și exercita drepturile și libertățile constituționale cu bună credință; îndatorirea părinților de a asigura creșterea copiilor și a copiilor de a le acorda ajutor părinților, precum și obligativitatea ocrotirii mediului înconjurător de rînd cu ocrotirea monumentelor de istorie și cultură.

De asemenea, studiind conținutul diferitelor constituții ale țărilor europene, atestăm faptul că în unele constituții îndatorirea de a proteja mediul se regăsește în textul aceluiași articol sau aliniat prin care se consfințește și dreptul subiectiv la un

8 Guceac I. *Curs elementar de drept constituțional*. Vol. II. Chișinău: F.E.P. Tipografia Centrală, 2004. p. 129

9 Cârnaț T. *Drept constituțional* : [pentru uzul studenților]. Ed. a 2-a (rev. și adăugată). Chișinău: „Print-Caro”, SRL, 2010. p. 308

10 Чиркин В.Е. *Конституционное право зарубежных стран*. Москва: Юристь, 1999. p. 83

11 Cârnaț T. *Drept constituțional* : [pentru uzul studenților]. Ed. a 2-a (rev. și adăugată). Chișinău: „Print-Caro” SRL, 2010. p. 310

mediu înconjurător sănătos, cum ar fi spre exemplu: art. 66 a Constituției Portugaliei, art. 45 a Constituției Spaniei, art. 55 a Constituției Bulgariei, art. 44 a Constituției Slovaciei, art. 72-73 a Constituției Sloveniei, art. 69 a Constituției Croației, art. 35 a Cartei drepturilor și libertăților fundamentale în Constituția Cehiei, art. 20 a Constituției Finlandei, art. 35 a României, precum și art. 73-80 a Constituției Elveției; iar în unele, obligația respectivă, este stipulată într-un articol aparte al legii supreme, prin exemplificare: art. 24 a Constituției Greciei, art. 52 a Constituției Croației, art. 53 a Constituției Estoniei, art.56 a Constituției Albaniei, art. 66 a Constituției Ucrainei, art. 44 și art. 55 a Constituției Belarusiei, art. 58 a Constituției Federației Ruse, precum și art. 21 și 22 a Constituției Olandei.

Analizând prevederile constituționale autohtone referitoare la protecția mediului, ne este greu să încadrăm prevederile Constituției noastre în vre-una din categoriile sus-numite pe motiv că obligația de a proteja mediul înconjurător este regăsită atât în articole aparte precum art. 46 aln.(5) și art. 59, cât și în textul art. 37 a Legii Supreme, sub forma instituirii răspunderii juridice pentru persoanelor fizice și juridice care aduc daune sănătății și avutului unei persoane ca urmare a unor contravenții ecologice. Deși aln. 4 al art. 37 a Constituției R.M. nu stipulează în mod direct obligația de a proteja mediul înconjurător, ci doar camuflat, prin instituirea unei răspunderi juridice limitate cu referire doar la încălcarea legislației contravenționale orientate spre ocrotirea sănătății și a avutului persoanei, fiind omise celelalte componente naturale și artificiale ale mediului, totuși este evident că respectiva răspundere este rezultatul nesatisfacerii concomitente a două îndatoriri fundamentale:

— una prevăzută de art. 55 a Constituției R.M., și anume cea de exercitare a drepturilor și libertăților cu bună-credință, fără a aduce lezări drepturilor și libertăților altor persoane, inclusiv celui la ocrotirea sănătății și proprietății;

și alta de art. 59 a Constituției R.M., care prevede obligația de a proteja mediul înconjurător.

În rezultat avem 3 prevederi constituționale, care stipulează obligația de a proteja mediul înconjurător, două dintre care au o sferă mai limitată — cu referire la proprietatea privată și ocrotirea sănătății, precum și a încălcării legislației contravenționale, nefiind luată în calcul cea civilă și penală, iar art. 59 reprezintă baza instituirii unei răspunderi juridice complexe — ca rezultat al nesatisfacerii îndatoririi fundamentale de a proteja mediul înconjurător.

În viziunea noastră, ar fi reușită și pentru Constituția Republicii Moldova varianta regăsită în textul Constituției revizuite a României, care prin art. 35 aln. 3 stabilește că „Persoanele fizice și juridice au îndatorirea de a proteja și a ameliora mediul înconjurător,,.

Prin urmare, considerăm că ar fi necesar de a înlocui art. 37 aln. 4 avînd conținutul „Persoanele fizice și juridice răspund pentru daunele pricinuite sănătății și avutului unei persoane ca urmare a unor contravenții ecologice,, cu textul „Persoanele fizice și juridice au îndatorirea de a proteja și a ameliora mediul înconjurător,, și excluderea din conținutul art. 59 a sintagmei „mediului înconjurător,, astfel că

variante finală a art. 59 fiind „Protecția, conservarea și ocrotirea monumentelor istorice și culturale constituie o obligație a fiecărui cetățean“.

Suntem de părere că modificarea respectivă ar lichida existența polemicilor referitoare la determinarea cercului de subiecți cărora le este adresată respectiva obligație, adică — îndatorirea de a proteja mediul este o obligație a tututor celor care locuiesc pe teritoriul Republicii Moldova (cetățenii R.M., străinii și apatrizii) sau numai a cetățeanului?

Cauza existenței acestor discuții este datorată și de prezența a următoarelor prevederi legislative:

art. 37 aln. 4 a Constituției R.M. prevede că „Persoanele fizice și juridice răspund pentru daunele pricinuite sănătății și avutului unei persoane ca urmare a unor contravenții ecologice, — conținutul căruia determină că toate persoanele fizice (inclusiv cetățenii R.M., străinii, și apatrizii) și persoanele juridice sunt obligate de a proteja mediul înconjurător;

art. 59 a Constituției R.M. stabilește că „Protecția mediului înconjurător, conservarea și ocrotirea monumentelor istorice și culturale constituie **o obligație a fiecărui cetățean**„, fiind prevăzută doar o singură categorie de subiecți înzestrați cu obligația de a proteja mediul, și anume — **cetățenii Republicii Moldova**. Însă referitor la sintagma „fiecare cetățean„, autorii comentariului¹² Constituției RM. declară că „deși se operează cu noțiunea de **cetățean**, dispoziția constituțională trebuie înțeleasă ca fiind adresată fiecărui om”;

art. 31 și 32 a Legii privind protecția mediului înconjurător¹³ care stipulează că „protecția mediului constituie o obligațiune generală a locuitorilor republicii...“ și respectiv „agenții economici, indiferent de forma de proprietate, sînt obligați, să protejeze mediul înconjurător, prin urmare este lărgit și cercul subiecților înzestrați cu sarcina de a-și satisface obligația de a proteja mediul.

Așadar, din considerentul că realizarea drepturilor ecologice a cetățenilor întotdeauna se află într-o strînsă corelație cu îndeplinirea de către aceștea a unor obligații față de societate și stat, pe motiv că nu există drept subiectiv neasigurat de existența unei anumite obligații corespunzătoare lui, și invers¹⁴, considerăm că introducerea modificării este necesară de a o efectua atît din punct de vedere teoretic, deoarece este inacceptabil ca un drept subiectiv garantat de către stat (dreptul la un mediu înconjurător sănătos) fiecărui om să nu fie sprijin de existența unei îndatoriri fundamentale cu același cerc de subiecți de satisfacere a ei; cît și practic, pe motiv că anume norma constituțională este superioară celorlalte prevederi legale, fiind determinat și cercul de subiecți ai răspunderii juridice, ca rezultat al nesatisfacerii obligației constituționale.

12 Constituția Republicii Moldova: comentariu/ coord. de proiect: Klaus Sollfrank; red.: Nina Pârțac, Lucia Țurcanu — Chișinău: Arc (Tipogr. „Europress“), 2012 p.236

13 Legea privind protecția mediului înconjurător nr. 1515-XII din 16.06.1993. În: Monitorul Oficial al R. Moldova nr. 10/283 din 30.10.1993.

14 Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. В.М. Корельского и В.Д. Первалова. Москва: Изд. НОРМА, 2002. p. 354

Ar fi de remarcat și faptul că de conținutul normei constituționale care consfințește îndatorirea de a proteja mediul înconjurător depinde nu numai cercul de subiecți care sunt obligați prin Legea Fundamentală de a proteja mediul, dar și momentul producerii efectelor juridice a acestei obligații asupra persoanelor. Prin urmare, în cazul când obligația de a proteja mediul înconjurător este adresată „numai cetățenilor Republicii Moldova,, ea își produce efectele sale juridice asupra acestei persoane din momentul dobândirii cetățeniei Republicii Moldova, iar în varianta „tuturor locuitorilor republicii,, din clipa când a intrat pe teritoriul Republicii Moldova, indiferent de statutul său juridic- cetățean al Republicii Moldova, cetățean străin sau apatrid.

Problema subiecților obligați de a proteja mediul înconjurător se reflectă și în clasificarea obligațiilor ecologice după conținut, întâlnită în literatura de specialitate rusă. Autorii clasificării sunt de părere că, în baza conținutului lor, obligațiile din sfera protecției mediului se împart în două categorii și anume: generale, care sunt obligatorii pentru toți locuitorii teritoriului statului respectiv, și speciale — specifice numai unei anumite categorii de populație sau activitate¹⁵.

În viziunea noastră respectiva clasificare nu poate fi reținută din motivul că este axată pe un aspect prea larg al conținutului obligațiilor ecologice, iar pe alocuri se observă o ușoară combinare a două criterii de clasificare, și anume: conținutul și subiecții, ceea ce în rezultat crează o confuzie între conținutul activităților ce urmează a fi desfășurate de către subiecți, sau abținerea de la ele, și cercul persoanelor cărora unele activități le sunt permise, iar altele interzise.

Analizând legislația din domeniu pe segmentul obligațiilor de a proteja mediul înconjurător, se observă o distincție între obligațiile care prescriu desfășurarea unor anumite acțiuni în scopul protecției mediului și asigurării dreptului fundamental al omului la un mediu înconjurător sănătos, iar altele interzic.

Astfel, în baza celor relatate, am putea afirma că în conformitate cu conținutul prevederilor legale, care stipulează un set de obligații orientate spre a proteja mediul și a asigura realizarea dreptului constituțional la un mediu înconjurător sănătos, obligațiile pot fi clasificate în două categorii:

a) obligații onerative sau pozitive adresate persoanelor fizice și juridice, care prevăd obligația de a săvârși anumite acțiuni, spre exemplu: să folosească rațional resursele naturale, să nu lezeze drepturile și interesele altor beneficiari ai resurselor naturale, să semnaleze operativ autoritățile pentru mediu sau organizațiile ecologice despre daunele, provocate naturii de persoanele fizice și juridice; să folosească cât mai economic energia, apa, să întreprindă măsuri pentru prevenirea alunecărilor de teren, să nu admită eroziunea solului, salinizarea sau înmlăștinirea secundară, compactarea și poluarea solului cu îngrășăminte minerale și pesticide, să respecte normativele solului cu îngrășăminte minerale și pesticide, să respecte normativele aplicării în agricultură a substanțelor chimice; să re tehnologizeze procesele de producție în vederea

15 Экологическое право. Курс лекций и практикум/ Под ред. Ю.Е. Винокурова . Москва: Изд. «Экзамен», 2003. p. 36

minimalizării deșeurilor prin folosirea cât mai eficientă a materiei prime, să reducă folosirea substanțelor toxice, inflamabile și să le înlocuiască cu materiale alternative inerte, care asigură obținerea unei producții finale cât mai durabile, să producă, să utilizeze și să pună în circulație ambalaje recuperabile, re folosibile, reciclabile sau ușor degradabile; să doteze sursele generatoare de noxe cu dispozitive, echipamente și instalații de epurare, capabile de a reduce noxele evacuate sub limitele admisibile, stabilite de autorizațiile pentru mediu; să efectueze transportarea de pesticide și alte substanțe toxice, inclusiv radioactive, numai în perimetrele special amenajate, cu mijloace utilizate special pentru acest scop și însoțite de persoane împuternicite în baza autorizației, eliberate pentru fiecare caz aparte de către autorizațiile pentru mediu, etc.

b) obligații prohibitive adresate persoanelor fizice și juridic, care interzic săvârșirea unor anumite acțiuni, și anume: să nu depoziteze și împrăștie pe sol, în afara perimetrelor admise și special amenajate a deșeurilor de producție și menajere, a moluzului rezultat din construcții, a fierului vechi, a ambalajelor de orice fel, a reziduurilor industriale, a substanțelor chimice și radioactive; să nu deverse în apele de suprafață, în canalele de irigare și de desecare a apelor uzate neepurate, a celor poluate termic și radioactive, a apelor contaminate cu germeni patogeni și paraziți, a produselor sau reziduurilor petroliere și a altor poluanți, a deșeurilor de orice natură, a dejecțiilor, a moluzului rezultat din construcții, a altor reziduuri și pesticide, precum și introducerea de explozibile, otrăvuri, narcotice și alte substanțe de acest fel; să nu îngroape și depoziteze în spații subterane, fără acordul autorităților pentru mediu, pentru sănătate și al autorităților administrației publice locale, a unor deșeuri solide, lichide și gazoase, chimice și radioactive, care pot polua resursele subsolului și deteriora calitatea acestora; să nu ardă miriștile, învelișul vegetal uscat al perdelelor forestiere de protecție a cîmpurilor de pe marginile drumurilor, precum și arderea deșeurilor nocive în afara perimetrelor admise și special amenajate; să nu depoziteze îngrășămintele minerale și pesticidele în încăperi și locuri neautorizate de autoritățile pentru mediu și pentru sănătate, precum și folosirea lor în zonele supuse măsurilor speciale de protecție, etc.

Ar fi de remarcat că aceste obligații reflectate în legea cadru — Legea privind protecția mediului înconjurător,¹⁶ se regăsesc în majoritatea actelor normative de specialitate, fiind susceptibile ca în cazul în care, persoanele fizice și juridice nu se conformează acestor cerințe și nu-și onorează îndatorirea fundamentală de a proteja mediul înconjurător, să atragă răspunderea civilă, penală sau administrativă (contravențională), pentru daunele aduse semenilor săi și a întregii societăți.

Prin urmare, răspunderea juridică condiționată de nesatisfacerea îndatoririi fundamentale de a proteja mediul înconjurător sub toate formele sale, o poziționează pe ultima ca instrument juridico-constituțional privind protecția dreptului fundamental al omului la un mediu înconjurător sănătos.

¹⁶ Legea privind protecția mediului înconjurător nr. 1515-XII din 16.06.1993. M. Of. al R. Moldova nr. 10/283 din 30.10.1993

ASPECTE TEORETICO–PRACTICE PRIVIND PROCESUL ACHIZIȚIILOR PUBLICE

Uliana SÎRBU, doctorandă, ULM

Recenzent: **Vitalie GAMURARI**, doctor în drept, conferențiar universitar

Knowledge of this process really require thorough study, the duration of the laws and regulations in the industry, implementation, development of successful practice diligently and immense patience.

Keywords: *procurement, supply, authority, law.*

Cunoașterea cu adevărat a acestui proces necesită studiere amănunțită, de durată a actelor legislative și normative din domeniu, implementarea, dezvoltarea practicii de succes cu multă srtăduință și răbdare imensă.

Cuvinte–cheie: *achiziții publice, ofertă, autoritate, legislație.*

Acest proces reprezintă un șir de etape, acțiuni în scopul satisfacerii interesului public prin procurarea de bunuri, executarea de lucrări, prestare de servicii cu banii publici.

Pornind de la contextul Legii privind achizițiile publice nr. 96–XVII din 13.04.2007, precum în baza practicii de achiziții și a analizei acesteia, procesul de achiziții publice are următoarele etape:

1. Planificarea achizițiilor
 - Identificarea necesităților;
 - stabilirea posibilităților financiare;
 - elaborarea programului anual de achiziții publice.

2. Precalificarea

În cadrul acestei proceduri autoritatea contractantă va solicita prezentarea operatorului a documentelor pentru constatarea datelor de calificare.

Cerințele minime de calificare propuse de autoritatea contractantă se descriu în documentele de licitație, dar cate trebuie să corespundă cu celea expuse în anunțul de participare.

În cazul apariției dubiilor privind informația despre ofertant și operatorul economic, autoritatea contractantă solicită informație de la autoritățile competente chiar și celea străine, care se prezintă gratuit în decurs de 10 zile calendaristice.

3. Anunțul de intenție

Autoritatea publică în mod obligatoriu va publica Anunțul de intenție privind achizițiile publice în Buletinul Achizițiilor Publice. Anunțul de intenție va fi publicat și în „Official Journal of the European Community» în cazul în care contractele de achiziții publice a căror valoare estimativă, fără taxa pe valoare adăugată, este: pentru bunuri și servicii — 2.500.000 de lei; lucrări — 99.000.000 de lei. Anunțul de intenție nu trebuie publicat pentru achiziții publice de valoare mică a căror valoare estimativă, fără taxă pe valoare adăugată: pentru bunuri și servicii — 40.000 de lei; lucrări — 50.000 de lei.

Anunțul de intenție trebuie pregătit de către grupul de lucru, în baza prevederilor art.19, 20 al Legii privind achizițiile publice nr.96–XVII din 13.04.2007, art.7 lit. d), art. 8 lit. d) ale Hotărîrii privind aprobarea Regulamentului despre grupul de lucru pentru achiziții nr.1380 din 10.12.2007.

Acest anunț va include toate contractele de achiziții publice preconizate a fi realizate pînă la finele anului bugetar. El trebuie publicat separat pentru toate tipurile de achiziții, nu mai tîrziu de 30 zile calendaristice de la data aprobării bugetului intern. Nu este obligatoriu spre publicare anunțul pentru contractele de achiziții a căror valoare estimată fără taxa pe valoare adăugată pentru:

- bunuri și servicii este mai mică de 200.000 de lei;
- lucrări mai mică de 1000.000 de lei.

Publicarea Anunțului de intenție nu obligă autoritatea contractantă să efectueze achizițiile publice.

4. Documentele de licitație

- pregătirea documentelor de licitație;
- invitația de participare la licitație, garanția pentru ofertă;
- prezentarea documentelor de licitație la ofertanți;
- semnarea Pactului de Integritate între autoritatea contractantă și ofertanți, pentru asigurarea transparenței și a lipsei conflictului de interese în procesul de achiziții;
- termene de depunere–primire, structura și conținutul documentelor de licitație sunt stabilite și aprobate de Guvern.

5. Comunicarea cu ofertanții

Comunicări, interviuri, debateri verbale prin corespondență, pe cale electronică, prin telefon sau fax cu operatorii economici.

6. Începutul ofertelor

- termen pentru inițierea — primirea ofertelor;
- începutul ofertelor.

7. Evaluarea ofertelor

- examinarea ofertelor;
- acceptarea ofertei.

8. Semnarea contractului de achiziții publice

Autoritatea contractantă obligatoriu publică în Buletinul Achizițiilor Publice și pe pagina web a Agenției Achiziții Publice Anunțul de atribuire a contractului de achiziții publice nu mai tîrziu de 30 zile calendaristice de la data încheierii acestuia.

Contractul de achiziții publice, înregistrat la Agenție, se înregistrează la unitățile Trezoreriei de Stat. În caz contrar el nu are putere juridică. După semnarea contractului, autoritatea contractantă este obligată să întocmească o dare de seamă asupra procedurii de licitație, în baza articolului 70 al Legii privind achizițiile publice nr. 96–XVII din 13.04.2007.

9. Anunțarea rezultatelor

Conform prevederilor articolului 47 (1) din Legea privind achizițiile publice nr. 96–XVII din 13.04.2007¹ „*autoritatea contractantă va expedia ofertanților, în termen de 3 zile calendaristice de la data la care a acceptat oferta, o comunicare în scris despre acceptarea acesteia.*“

10. Soluționarea contestațiilor și litigiilor

Agenția înștiințează autoritatea contractantă și toți operatorii economici care sunt implicați în cauză despre conținutul contestației imediat după primirea ei. Soluționarea contestațiilor este prevăzută în art.73 al Legii privind achizițiile publice nr.96–XVII din 13.04.2007.

11. Perfectarea dosarului de achiziții publice

- conținutul dosarului de achiziții publice;
- responsabilitate pentru păstrare;
- termen de păstrare;
- arhivare.

Prevederile art.32 al Legii privind achizițiile publice nr. 96–XVII din 13.04.2007 arată că Dosarul trebuie păstrat de autoritatea contractantă timp de 5 ani, de la inițierea procedurii de licitație.

Informația detaliată se găsește în Hotărârea Guvernului pentru aprobarea Regulamentului cu privire la întocmirea și păstrarea dosarului achizițiilor publice nr. 9 din 17.01.2008. În cadrul funcționării mecanismului Legii privind achizițiile publice, precum și în procesul supravegherii procedurilor de achiziție, Agenția Achiziții Publice, constată existența unor abateri, neînălăturarea cărora poate afecta eficiența realizării achizițiilor publice:

1. Capacitățile reduse ale Agenției de a monitoriza, de a efectua controlul corectitudinii desfășurării procedurilor de achiziție publică la nivelul unităților administrativ teritoriale, eficiența slabă a subdiviziunilor teritoriale ale Agenției în acest sens. Darea de seamă prezentată trimestrial de către specialiștii din cadrul unităților administrativ teritoriale are un conținut cu date statistice formale și nu reflectă problemele identificate în sistem, sau încălcările și procedurile defectuoase care au fost desfășurate;
2. Fluctuația de cadre în cadrul Agenției;
3. Rezistența autorităților contractante și neplanificarea procedurilor de achiziție;
4. Nivelul slab de cunoștințe teoretice și practice a funcționarilor publici din cadrul Agenției;

1 Legea privind achizițiile publice nr. 96–XVII din 13.04.2007.

5. Acordarea insuficientă a consultațiilor operatorilor economici, autorităților contractante. Autoritățile contractante nu efectuează o asemenea planificare, fapt care atrage după sine unele abateri și situații critice în procesul de contractare a bunurilor, lucrărilor și serviciilor, afectând astfel eficiența acestor proceduri. Deși au fost suplimentar atenționate privitor la această necesitate.
6. Divizarea achizițiilor. Identificarea neadecvată a necesităților de achiziții (neefectuarea corectă a etapei de planificare). În pofida prevederilor exprese al Legii privind achizițiile publice și ale Codului Contravențional, autoritățile contractante continuă negustificat să divizeze procedurile de achiziții publice, aplicând metode de achiziție comode acestora, altele decât cele ce urmau a fi aplicate în caz de nedivizare.
7. Nu în tocmai se respectă termenii de desfășurare a procedurilor de achiziție. Care se face în mod intenționat, creându-se astfel în mod artificial în unele cazuri și situații de necesități urgente de bunuri, lucrări sau servicii. Contractarea acestor acțiuni nu este posibilă deoarece nu sînt sancțiuni în acest domeniu. Termenul mai mare (pentru procedura cererii ofertelor de prețuri) pentru pregătirea unor oferte calitative.

Propuneri:

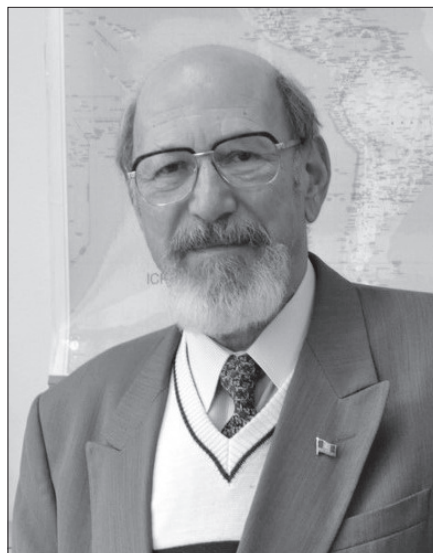
- Desfășurarea activității, procedurii de achiziții a tuturor participanților, părților în stricta corespundere și respectare a principiilor achizițiilor publice, precum și a legislației, standartelor, tratatelor internaționale;
Fortificarea capacităților Agenției, inclusiv prin înaintarea propunelor de ridicarea nivelului profesional a funcționarilor, motivarea acestora;
- Asigurarea principiului excluderii conflictelor de interese prin crearea unui organ independent de soluționare a litigiilor²;
- Aprobarea mai multor regulamente și documente–standart, formulare citibile juridic, simplificate, necesare implementării reușite al Legii privind achizițiile publice;
- Îmbunătățirea și menținerea permanentă a sistemului de achiziții publice și implementarea Sistemului Informațional Automatizat „Registrul de Stat al Achizițiilor Publice”;
- Simplificarea, asigurarea accesibilității la unele proceduri de achiziții;
- Agustarea și actualializarea continuă a legislației naționale cu informarea publică;
- Purtarea negocierilor privind aderarea la Acordul organizației Mondiale a Comerțului privind achizițiile guvernamentale;
- Sporirea realizării procedurii deschise de achiziții;
- Sporirea responsabilității, atât a persoanelor membri ai grupului de lucru din cadrul autorităților contractante, cât și a operatorilor economici pe parcursul

2 Buletinul Achizițiilor Publice, nr. 32 din 24.04.2012.

executării contractelor de achiziție publică, inclusiv prin aplicarea sancțiunilor corespunzătoare în caz de neexecutare a acestora, cu ulterioara includere în lista de interdicție pentru limitarea dreptului de participare la procedurile de achiziție publică;

- Includerea în legislație a sancțiunilor riguroase la capitolul achizițiilor publice;
- Reanimarea segmentului important al economiei naționale — investiții. Dobândirea încrederii partenerilor străini și dezvoltarea comerțului internațional.

PROFESORUL NICOLAE OSMOCHESCU LA 70 DE ANI



Este destul de dificil de a determina un domeniu al activității științifice, în cadrul căruia ar exista atâtea cerințe pentru a aprecia talentul unui savant cum ar fi cel al dreptului internațional. Așa, de exemplu, renumita monografie a lui A. de la Pradelle „Maitres et doctrines du droit des gens“. Paris : Les Editions internationales, 1950. 441 p., a oferit dreptul la un loc pe „Olimpul dreptului internațional“ pe parcursul întregii evoluții științei dreptului internațional doar pentru 26 de savanți. Remarcăm, că numărul celor ce au încercat să contesteze această listă a fost foarte mic.

Cele menționate vin să confirme faptul că pentru a deveni savant în domeniul dreptului internațional public este nevoie de o apreciere nu atât la nivel național, ci în primul rând la nivel internațional. Adevărul este că dreptul de a se manifesta în acest domeniu pe timpul fostei URSS era destul de limitat pentru concetățenii noștri din diverse considerente.

În acest context, trebuie să remarcăm că în pofida tuturor problemelor de ordin obiectiv și subiectiv, Republica Moldova a avut și are această oportunitatea de a avea un reprezentant de vază în această listă onorifică virtuală. Este vorba despre Profesorul Nicolae Osmochescu!

Personal, mă mândresc că sunt discipolul dlui Osmochescu din mai multe considerente. În primul rând, dl Osmochescu a fost cel care mi-a atras interesul sporit față de dreptul internațional public. În al doilea rând, dlui a fost cel care la începutul anilor '90, în condițiile în care Republica Moldova făcea doar primii pași ca stat suveran și ca subiect de drept internațional, a stat la baza consolidării statalității, a procesului de racordare al cadrului normativ național la standardele dreptului internațional. În al treilea rând, apreciez de fiecare dată rolul domnului Osmochescu în formarea mea ca specialist în domeniu, în special atunci când sunt recunoscut în această postură nu doar la nivel național, dar și la cel internațional. În al patrulea rând, vreau să aduc un singur exemplu. Nu odată, în special la începutul carierei mele, în cadrul stagiilor și a conferințelor în străinătate, atunci când mă prezentam și spuneam că dl Osmochescu a fost doctorandul renumitului profesor Gh.I. Tunkin, lumea academică avea o singură reacție — ați avut marea șansă și

ocazie să vă formați ca specialist sub conducerea unei asemenea personalități!

Pe parcursul activității didactico-științifice, dl Osmochescu a contribuit solid la formarea specialiștilor în domeniu, asigurând în așa fel dezvoltarea durabilă a științei autohtone de drept internațional, dar în egală măsură și a Republicii Moldova ca stat.

Prin ce atragea și continue să atragă în jurul său un auditoriu larg, inclusiv studenți, doctoranzi, experți etc.? În opinia mea putem menționa mai multe criterii. Atenționez, că în special este vorba despre caracterul novatoriu în procesul didactic și de cercetare aplicat de dlui. Să nu uităm că pe timpul URSS știința juridică sovietică era unul din cele mai conservative bastioane ale frontului ideologic, iar în asemenea condiții o asemenea abordare a normei de drept necesita mult curaj. Meritul dlui Osmochescu constă în capacitatea și stilul de aduce informația auditoriului — natura și esența dreptului internațional, delimitarea dreptului de postulatele ideologice etc.

Un profesor de excelență, ce se manifestă printr-un comportament respectuos față de student, ce posedă cunoștințe profunde în domeniul dreptului, inclusiv al dreptului internațional, dl Osmochescu deține calități personale deosebite — inteligență, cultura întreținerii dialogului, comportament rafinat. Aceste calități personale și profesionale iau permis dlui Osmochescu să se bucure de un respect deosebit din partea discipolilor săi, a comunității științifice, a practicienilor din Republica Moldova și din străinătate.

La Mulți Ani dle Profesor Osmochescu!!!

Vitalie Gamurari,
doctor în drept, conferențiar universitar

RECENZIE LA MONOGRAFIA „EXTRATERITORIALITATEA CONVENȚIEI EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI: OBLIGAȚII POZITIVE ȘI JURISDICȚIE“,

**AUTORI MIHAI POALELUNGI, DR., STAS SPLAVNIC, MS. UNIV.
CHIȘINĂU. Î.S. F.E.-P. „TIPOGRAFIA CENTRALĂ“, 2014, 300 P.**

Monografia „Extrateritorialitatea Convenției Europene a Drepturilor Omului: obligații pozitive și jurisdicție“ reprezintă o cercetare, prin care se încearcă a se evidenția principalele direcții de dezvoltare a unui domeniu ce are tangență cu mai multe ramuri de drept, în special — dreptul internațional public și dreptul constituțional. Deși drepturile omului au apărut ca idee în contextul dreptului național



ale unor state occidentale, în special Franța, codificarea acestuia a fost posibilă în mare măsură grație evoluției dreptului internațional și a recunoașterii în cadrul acestuia a caracterului imperativ al principiului respectării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului. Totodată, acest principiu a fost recunoscut în calitate de normă imperativă și pe continentul european, unde și a evoluat în mare parte pe parcursul ultimelor secole. Toate acestea ne demonstrează importanța acestei instituții care constituie o veritabilă punte între cele două ramuri de drept — dreptul internațional public și dreptul constituțional.

La finele secolului XX și începutul secolului XXI comunitatea internațională a devenit martor al unei largi interpretări a conceptului drepturilor omului. Pe de o parte, garantarea acestora este strict limitată de jurisdicțiile instanțelor judiciare specializate, iar pe de altă parte Înaltele Curți, prin intermediul unei interpretări largi a domeniului jurisdicțional, și-au lărgit „indirect“ domeniul de aplicare a competențelor sale. Este vorba și despre jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului. Doar un exemplu, este bine cunoscut că Curtea examinează spețe doar în contextul în care este încălcată o prevedere a Convenției de la Roma din 1950, dar practica sa judiciară ne demonstrează că aceasta se expune și referitor la încălcarea a ceea ce experții în domeniul dreptului internațional umanitar numesc „legile și cutumele de război“. Nu este vorba despre o abatere de la jurisdicție de către Curte, ci dincontra — este vorba despre o interpretare mai largă a încălcării unui drept fundamental al omului (în caz de conflict armat) prin prisma prevederilor Convenției de la Roma.

Respectarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului se ciocnește deseori de chestiunea conflictului de jurisdicții ale statelor. Iar în ultimele decenii

s-a răspândit pe larg un alt principiu — principiul jurisdicției universale. În acest context, instanțelor internaționale specializate le revine un rol deosebit în promovarea caracterului imperativ al instituției drepturilor omului atât la nivel universal, cât și la nivel regional. Iar acest fenomen, în condițiile în care statele recunosc „nucleul“ drepturilor omului ca parte componentă a dreptului internațional cutumiar, va apărea ca o obligație juridică internațională de a implementa normele și mecanismele respective în ordinea juridică națională. Ori, în caz contrar, se impune un alt principiu de drept internațional — pacta sunt servanda — nerespectarea căruia duce în mod inevitabil la responsabilitatea statului pe plan internațional.

Cele menționate vin să argumenteze actualitatea și importanța crescândă a domeniului propus pentru cercetare, fiind luate în considerație tendințele actuale ale evoluției și interpretării instituției drepturilor omului. Lucrarea prezintă un interes sporit nu doar pentru specialiști în domeniu, dar și poate fi recomandată în calitate de „carte de căpătâi“ în procesul de familiarizare a societății cu un domeniu care constituie piatra de temelie a unei societăți democratice, așa cum se pretinde a fi și Republica Moldova.

Vitalie Gamurari,
doctor în drept, conferențiar universitar

DATE DESPRE AUTORI

- **ADAM Sorin** – doctorand ULIM
- **BAEȘU Valeriu** – lector superior catedra Drept Privat, doctorand ULIM
- **BALTAG Dumitru** – doctor habilitat în drept, profesor universitar catedra Drept Public
- **BALTAGA Elena** – conferențiar universitar USAM
- **BENEȘ Olga** – lector superior catedra Drept Public
- **CAPCELEA Silvia** – doctorandă ULIM
- **CRASNOBAEV Adrian** – doctorand, ICJP al Academiei de Științe a Moldovei
- **CRISTAL Igor** – doctorand ULIM
- **DUDA Elena** – doctorandă ULIM
- **FALĂ Nicolae** – lector asistent catedra Drept Privat, doctorand AȘM
- **GAMURARI Vitalie** – conferențiar universitar catedra Drept Public
- **GARȘTEA Nina** – lector superior Universitatea Tehnică a Moldovei, doctorandă AȘM
- **HALABUDENKO Oleg** – conferențiar universitar catedra Drept Privat
- **KARLEAVIN Ivan** – șef catedră Drept Civil și Procedură Civilă, Universitatea de Stat, Ivanovo, Rusia
- **KUZIMINA Olga** – decan facultatea Drept, șef catedră Drept Penal și Procedură Penală, Universitatea de Stat, Ivanovo, Rusia
- **MUKHTAR Abdelaziz** – doctorand ULIM
- **MUNTEANU Dumitru** – doctorand ULIM
- **ODAINIC Mariana** – conferențiar universitar ad interim catedra Drept Public
- **PAVEL Radu Cătălin** – doctorand ULIM
- **POTSELUEV Evghenii** – șef catedră Teoria și Istoria Statului și Dreptului, Universitatea de Stat, Ivanovo, Rusia
- **ROTARI Oxana** – conferențiar universitar catedra Drept Public
- **SÎLI Vitalie** – conferențiar universitar INIS
- **SÎRBU Uliana** – doctorand ULIM
- **ȘIȘIANU Anatolie** – doctorand ULIM
- **TAMACIUC Pavel** – doctorand ULIM
- **TRAGONE George** – doctorand ULIM
- **ȚURCAN Serghei** – șef catedră Drept Public
- **ZUBCO Valeriu** – conferențiar universitar catedra Drept Public

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

- **ADAM Sorin** – post-graduate student, ULIM
- **BAEȘU Valeriu** – senior lecturer, Department of Private Law, ULIM
- **BALTAG Dumitru** – doctor habilitatus in law, university professor, Department of Public Law, ULIM
- **BALTAGA Elena** – assistant professor, USAM
- **BENEȘ Olga** – senior lecturer, Department of Public Law, ULIM
- **CAPCELEA Silvia** – post-graduate student, ULIM
- **CRASNOBAEV Adrian** – post-graduate student MSA
- **CRISTAL Igor** – post-graduate student, ULIM
- **DUDA Elena** – post-graduate student, ULIM
- **FALĂ Nicolae** – lecturer, Department of Public Law, ULIM
- **GAMURARI Vitalie** – PhD, assistant professor, Department of Public Law, ULIM
- **GARȘTEA Nina** – senior lecturer Technical University of Moldova, post-graduate student, MSA
- **HALABUDENKO Oleg** – PhD, assistant professor, Department of Private Law, ULIM
- **KARLEAVIN Ivan** – Chief of Department of Civil Law and Civil Procedure, State University, Ivanovo, Russia
- **KUZIMINA Olga** – Dean of Law Faculty, Chief of Department of Criminal Law and Criminal Procedure, State University, Ivanovo, Russia
- **MUKHTAR Abdelaziz** – post-graduate student, ULIM
- **MUNTEANU Dumitru** – post-graduate student, ULIM
- **ODAINIC Mariana** – PhD, assistant professor, Department of Public Law, ULIM
- **PAVEL Radu Cătălin** – doctorand ULIM
- **POTSELUEV Evghenii** – Chief of Department of Theory and History of State and Law, State University, Ivanovo, Russia
- **ROTARI Oxana** – PhD, assistant professor, Department of Public Law, ULIM
- **SÎLI Vitalie** – assistant professor, INIS
- **SÎRBU Uliana** – post-graduate student, ULIM
- **ȘIȘIANU Anatolie** – post-graduate student, ULIM
- **TAMACIUC Pavel** – post-graduate student, ULIM
- **TRAGONE George** – post-graduate student, ULIM
- **ȚURCAN Serghei** – PhD, assistant professor, Chief of Department of Public Law, ULIM
- **ZUBCO Valeriu** – PhD, assistant professor, Department of Public Law, ULIM

CERINȚE FAȚĂ DE MANUSCRIS

Stimați colegi!

Redacția „STUDII JURIDICE UNIVERSITARE“ preia pentru examinare lucrările științifice ale autorilor în limbile române, rusă, engleză sau franceză, imprimate pe o parte format A4 și înscrisă pe CD în format electronic (opțional, puteți expedia varianta electronică a articolelor la revistasju@gmail.com). Pe manuscris se indică data prezentării (revizuirii) articolului. Manuscrisul în mod obligatoriu trebuie să fie semnat de autor (coautori).

Textul: Word, Times New Roman; Dimensiune font — 12; Spațiu — 1,5.

Parametrii paginii: sus — 2 cm; dreapta — 1 cm; stânga — 3 cm; jos — 2 cm.

Paginile urmează a fi numerotate.

Autorul (coautorii) vor prezenta redacției datele personale (numele, prenumele, locul de muncă, funcția, gradul științific, telefonul de contact, e-mail).

Volumul textului poate varia între 0,5—1,0 c.a. Concomitent cu textul articolului este necesar de a prezenta adnotarea (în jur de cinci propoziții — 500 semne) în limba română și engleză sau franceză.

Trimiterile la sursele utilizate vor fi făcute în subsol. Atenționăm autorii despre necesitatea oformării corecte a trimiterilor la sursele normative și literatură. Numerarea trimiterilor va fi unica pentru întregul articol. La trimiterea la document este necesar de a prezenta rechizitele complete și locul publicării.

Lucrarea trebuie să fie însoțită de un extras din procesul verbal al ședinței catedrei (secțiilor, sectoarelor instituțiilor academice) cu recomandarea spre publicare. Lucrările doctoranzilor trebuie să fie însoțite de o recenzie cu recomandarea spre publicare semnată de un specialist cu grad științific de doctor/doctor habilitat în domeniul respectiv.

Manuscrisele nu se recenzează și nu se restituie, excepție constituind cazurile, în care colegiul de redacție constată necesară perfectarea lucrării. Redacția este în drept să redacteze, să reducă materialele primite, precum și să modifice denumirea articolelor, cu aprobarea ulterioară a autorului.

Atenționăm autorilor, cointeresați în publicarea articolelor sale în revista noastră, că articolele trebuie să cuprindă următoarele elemente:

- generalizarea problemei și legătura ei cu sarcinile teoretice și practice;
- analiza ultimelor cercetări și publicații, în cadrul cărora a fost pornită studierea problemei în cauză, pe care se bazează autorul, enunțarea elementelor nesoluționate ale problemei cărei este adresat articolul;
- formularea obiectivelor propuse de articol;
- expunerea materialului principal cu argumentarea rezultatelor științifice la care s-a ajuns;
- concluziile la studiul efectuat și perspectivele ulterioare la acest capitol.

REQUIREMENTS FOR MANUSCRIPTS

Dear colleagues!

The editors' office "STUDII JURIDICE UNIVERSITARE" ("The University Legal Studies") accepts for the examination the scientific works in Romanian, Russian, English or French, typed on one side of A4 paper sheets accompanied with electronic form (revistasju@gmail.com). On the manuscript there should be indicated the date of article's presentation (revision). The manuscript has to be signed by the author (co-authors) obligatory.

Text: Word, Times New Roman; Font size — 12; Space — 1.5 lines.

Page parameters: up — 2 cm; right — 1 cm; left — 3 cm; down — 2 cm.

The pages have to be numbered.

The author (co-authors) has to submit to the editors' office the personal information (name, family name, place of employment, function, scientific grade, contact phone number, e-mail).

The volume of the text may vary from 0,5 to 1,0 author's sheet. Together with the text of the article it is necessary to submit an annotation (approximately five phrases — 500 signs) in Romanian and in English or French.

The notes have to be placed at the bottom of a page. We remind the authors that the footnotes need to contain the correct description of literature and legal acts. The numeration of the notes should be continuous for the whole article. Every indication of a legal document must contain all of its essential elements, including the place of publication.

The article has to be accompanied by an extract from a protocol of chair's meeting (also of academic institutions' sectors and sections) with a recommendation for publication. The works of post-graduate student has to be accompanied by a review with a recommendation for publication signed by a specialist with a PhD grade or higher in the corresponding sphere.

The manuscripts are not reviewed and are not returned, except in the cases when the editorial board concludes that the article must be revised. The editors' office has the right to edit and abridge the materials, as well as the right to modify the title of the article, which should be later approved by the author.

We remind authors interested in publication of their article in our magazine that their articles should include the following elements:

- General description of the problem and its connection with practical and theoretical goals;
- The analysis of recent publications and researches that concern the problem in case, serving as a basis for the author; the extraction of unsolved elements of the problem to which the article itself is addressed;
- The formulation of objectives put down by the article;
- The presentation of the principle material with the argumentation of scientific results that have been achieved;
- Conclusions to the study and future perspectives in the domain.

