

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. 3-4

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. 3—4 (27—28)

Volumul a fost recomandat spre publicare de Senatul ULIM (Proces verbal № 3 din 26.11.2014)

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

| | |
|---|----|
| Vitalie GAMURARI. Aspecte teoretico-practice privind determinarea fazei începutului punerii în aplicare a dreptului de ocupație în condițiile conflictelor armate contemporane | 11 |
| Виталие ГАМУРАРЬ, Лоредана ГАМУРАРЬ. К вопросу о правовой природе резолюции Совета Безопасности ООН № 1483 от 22 мая 2003 года в свете современного толкования права оккупации | 21 |
| Alexandru CAUIA. Calificarea juridică a participanților în cadrul conflictului armat din estul Ucrainei | 30 |
| Olga BENEȘ. Conținutul obligației de executare a hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului | 38 |

DREPT PUBLIC / PUBLIC LAW

| | |
|--|----|
| Andrei SMOCHINĂ, Doranda MĂRĂCINEANU. Unele considerații privind izvoarele dreptului European | 45 |
| Serghei ȚURCAN, Igor CRISTAL. Aspecte teoretico-practice privind raporturile autorităților administrației publice locale cu instanțele judecătorești (Studiu de caz: mun. Chișinău) | 54 |
| Dumitru C. GRAMA, Iurie GASNAȘ. Locul și rolul organului central de specialitate din domeniul comunicațiilor electronice din Republica Moldova | 64 |
| Valeriu ZUBCO. Principiile aplicabile contenciosului administrativ potrivit proiectului Codului administrativ | 80 |
| Valeriu BAEȘU. Aspectele constituționale ale dreptului la muncă și al dreptului de protecție a muncii | 92 |

DREPT PRIVAT / PRIVATE LAW

| | |
|---|-----|
| Олег ХАЛАБУДЕНКО. Правовой режим трансплантантов при посмертном донорстве: международные стандарты и национальное законодательство (опыт Республики Молдова и Украины) | 103 |
| Natalia OSOIANU. On modern tendencies and issues in the sphere of legal regulation of intellectual property | 118 |

| | |
|--|-----|
| Игорь Эдуардович МАРТЫНЕНКО. Охрана археологического наследия: опыт Республики Молдова. | 124 |
| Sibilla Bogdanivna BULETSA. The nature of legal relationships on granting medicare in Ukraine | 138 |
| Elena Vladislavovna KOSENKO. Features of the legislation of the Russian Federation and the European Union in terms of the law of succession | 145 |
| Galyna MYKHAILIUK. The comparative analysis of judicial practice in France, the United Kingdom and Germany in questions of liability imposition within the infringement of intellectual property rights | 149 |

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 II</i>)... | 159 |
| Dumitru MUNTEANU. Rolul juridico-administrativ al instituțiilor abilitate în asigurarea calității în construcții | 167 |
| Irina GRATI. Avantajele și dificultățile în crearea echipelor comune de investigații..... | 174 |
| Iulia BUTNARU. Dimensiunile dreptului fundamental la protecția vieții familiale..... | 183 |
| Pavel TAMACIUC. Organizarea și funcționarea oficiilor cadastrale teritoriale | 194 |
| Mariana GULIAN. Angajarea răspunderii juridice a persoanei fizice în sistemul ocrotirii sănătății | 206 |

RECENZII / REVIEWS

| | |
|--|-----|
| Vitalie GAMURARI. Recenzie la lucrarea „Dreptul penal european. O abordare integrativă”, autor André KLIP, Chișinău, 2014. Colecția „Cartier juridic”. – 582 p. | 213 |
| DATE DESPRE AUTORI | 215 |
| INFORMATION ABOUT THE AUTHORS | 216 |
| CERINȚE FAȚĂ DE MANUSCRISE..... | 217 |
| REQUIREMENTS FOR MANUSCRIPTS..... | 218 |

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 acesteia. 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.

Un alt element, devenit clasic deja pentru revistă, este rubrica Tribuna expertului, care are ca obiectiv familiarizarea cu diverse aspecte teoretico-practice, în special prin prisma procesului de ajustare a ordinii juridice autohtone la standardele și valorile internaționale în general, și europene în special.

Una din rubricile tradiționale este prezentarea noilor lucrări științifice apărute în perioada respectivă. Prezentul număr este dedicat lucrării „Dreptul penal european. O abordare integrativă”, autor André KLIP, Chișinău, 2014. Colecția „Cartier juridic”. — 582 p.

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.

Another element that already had become a classics for the magazine, is the “Expert’s Tribune” rubrics, which has as its objective familiarisation with different theoretical and practical aspects, especially in the light of the process of the adjustment of national legal order to the international standards and values, specifically European ones.

One of traditional rubrics is the presentation of new scientific works which had appeared during the relevant period. The issue in case is dedicated to the work entitled “European Criminal Law. An Integrative Approach” by André KLIP, Chisinau, 2014. Collection „Cartier juridic”. — 582 p.

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

ASPECTE TEORETICO-PRACTICE PRIVIND DETERMINAREA FAZE ÎNCEPUTULUI PUNERII ÎN APLICARE A DREPTULUI DE OCUPAȚIE ÎN CONDIȚIILE CONFLICTELOR ARMATE CONTEMPORANE



Vitalie GAMURARI, doctor în drept, conferențiar universitar, ULIM

Comme une règle de droit international le droit de l'occupation a trouvé une première consécration exprimée dans deux Règlements annexés à la Convention de La Haye de 1899 (II) et 1907 (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, ensuite ont été développés et fournis à la Quatrième Convention de Genève de 1949 relative à la protection des civils en temps de guerre, la Convention de La Haye de 1954 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé et Protocole additionnel I de Genève de 1977.

Mots-clés: droit international humanitaire, droit de l'occupation, conflit armé, belligérants, prisonniers de guerre, personnes civiles.

Ca normă de drept internațional dreptul de ocupație și-a găsit o primă consacrare expresă în Regulamentul anexă la cele două Convenții de la Haga din 1899 (a II-a) și 1907 (a IV-a) cu privire la legile și obiceiurile războiului terestru, fiind apoi dezvoltat și prevăzut în Convenția a IV-a de la Geneva din 1949, cu privire la protecția populației civile în caz de război, în Convenția de la Haga din 1954 cu privire la protecția bunurilor culturale în caz de conflict armat și în Protocolul adițional I de la Geneva din 1977.

Cuvinte-cheie: drept internațional umanitar, drept de ocupație, conflict armat, beligeranți, prizonieri de război, persoane civile.

Introducere

Anul 2014 pentru dreptul internațional umanitar (DIU) este unul semnificativ — se împlinesc 100 de ani de la declanșarea celei mai mari conflagrații militare la acel moment, care la rândul său devenise o mare provocare pentru „dreptul de război”. Declanșarea Primului Război Mondial a avut efecte drastice asupra dreptului internațional, în general, dar și asupra dreptului internațional umanitar, în special. Frecvent în acea perioadă puteau fi auzite idei precum că dreptul internațional a încetat să existe, că acesta a fost înlocuit cu dreptul forței etc. Nu se crează impresia că asemenea declarații se fac și la etapa contemporană? Evenimentele din martie 2014, intervenția armată a Rusiei pe teritoriul unui stat suveran — Ucraina, sondată cu ocuparea ulterioară a peninsulei Crimeea,¹ au fost urmate de mai multe declarații

1 Insistăm asupra utilizării termenului „ocupație” și nu „anexare” sau „alipire”, dat fiind că anume acest termen este unul juridic utilizat de dreptul internațional umanitar.

privind dispariția dreptului internațional. În asemenea condiții considerăm necesar și util efectuarea unui studiu referitor la aplicabilitatea dreptului internațional umanitar în condițiile conflictelor armate contemporane, în special a unui subiect destul de sensibil — dreptul de ocupație. Printre obiectivele noastre se enumeră și demonstrarea faptului că în pofida tuturor evenimentelor ce au loc după terminarea „războiului rece“, dreptul internațional își păstrează viabilitatea, chiar dacă uneori este ignorat de unii politicieni cu un comportament agresiv. Nu este vina dreptului internațional că politicienii uneori îl ignoră, din contra viabilitatea sa este argumentată prin restabilirea normelor acestuia, inclusiv prin punerea în aplicare a instituției răspunderii internaționale, fie este vorba despre state, fie despre persoane fizice.

Criteriile punerii în aplicare ale dreptului de ocupație

Vom începe prezentul studiu cu câteva definiții date ocupației militare în doctrina de drept internațional public, inclusiv românească și internațională. Profesorul Grigore Geamănu precizează că „prin ocupație militară se înțelege invadarea unui teritoriu inamic și punerea lui sub regim de ocupație, în scopul de a exercita asupra lui, în mod efectiv, o autonomie temporară“.² Profesorul Ionel Cloșca definește „ocupația militară, situația unui teritoriu aflat sub puterea armatei inamice (după încetarea operațiunilor militare), care exercită asupra lui, în mod efectiv o autoritate temporară“.³ Institutul de Drept Internațional în art.41 din „Dreptul războiului terestru“ (Manualul Oxford) din 1880, constată „un teritoriu este considerat ocupat când, ca urmare a invaziei armatei inamice, statul căreia îi aparține încetează de a exercita în fapt asupra lui o autoritate regulată și când statul invadator este singurul în măsură să întrețină ordinea“.⁴

Chiar dacă diferă ca formă, definițiile prezentate au câteva elemente comune:

- 1) Ocupația trebuie să fie efectivă;
- 2) Nu este translativă de suveranitate (aceasta continuând să aparțină statului teritorial);
- 3) Antrenează o substituție temporară și limitată de competențe.

Definirea ocupației în DIU este într-atât de vagă, încât instrumentele acestuia nu conțin criterii clare ce ar permite identificarea momentului începerii ocupației. Conform prevederilor articolului 42 al Regulamentului de la Haga din 1907 cu privire la legile și obiceiurile războiului terestru, ocupația poate fi definită ca exercitarea efectivă a controlului de către forțele armate inamice asupra unui teritoriu străin.⁵

2 Grigore Geamănu. Drept internațional contemporan. București: Editura didactică și pedagogică. 1965, p.757.

3 Ionel Cloșcă (coordonator). Dicționar de drept internațional public. București: Editura științifică și enciclopedică. 1982, p.201.

4 Ionel Cloșcă, Ion Suceavă. Dreptul internațional umanitar. București: Casa de editură și presă „Șansa“. 1992, p.160-161.

5 Regulamentul privitor la legile și obiceiurile războiului terestru, semnat la Haga, la 18 octombrie

Determinarea momentului în care invazia devine ocupație deseori se ciocnește de anumite obstacole; de aici se pune întrebarea de a cunoaște dacă dreptul de ocupație nu ar putea deja fi aplicat în perioada fazei de invazie. Asupra acestui punct, juriștii se divizează în general în două câmpuri. Se consideră, în principiu, că dispozițiile dreptului de ocupație se aplică în condițiile în care sunt întrunite elementele prevăzute de definiția dată în articolul 42 al Regulamentului de la Haga. Chiar și așa, teoria numită Pictet — cea formulată de Jean S. Pictet în Comentariile Comitetului Internațional al Crucii Roșii (CICR) asupra Convențiilor de la Geneva⁶ — neagă existența unei faze intermediare între invazie și ocupație și prevede că anumite dispoziții ale dreptului de ocupație se aplică deja la perioada fazei invaziei.

Exemplul Irakului în 2003, cu colapsul infrastructurilor publice esențiale cum ar fi spitalele și instalațiile de aprovizionare cu apă, au dus parțial la acte masive de jaf și de violență care au acompaniat avansarea forțelor coaliției, ne demonstrează că aceste dezbateri nu sunt doar pur academice. Este esențial ca forțele de invazie să cunoască care sunt regulile aplicabile în asemenea condiții.

De fapt, unii experți delimitează ocupația de invazie, constatând, că ocupația, spre deosebire de invazie, care implică numai o operațiune militară pe teritoriul adversarului constituie, din punctul de vedere al dreptului internațional umanitar constituie „o stare de fapt generatoare de efecte juridice“. Ocupația militară la rândul ei, presupune exercitarea unei activități efective pe teritoriul inamic.

De mai mulți ani, dreptul de ocupație beneficiază de un interes sporit din partea experților, accentul fiind pus pe interpretarea regulilor de fond al acestui domeniu al DIU, pe relația cu drepturile omului și asupra impactului deciziilor adoptate de Consiliul de Securitate al ONU la subiectul aplicării acestuia.

De regulă se acordă relativ puțină atenție chestiunii privind momentul în care dreptul de ocupație începe a fi aplicat și în special, a momentului în care invazia se transformă în ocupație. În raportul în cadrul celei dea XXXI-a Conferință internațională a Crucii Roșii și a Semilunii Roșii asupra „sarcinilor impuse de conflictele armate contemporane“, CICR afirma că chestiuni juridice importante se impun în această materie:

„Nu doar definiția unei ocupații este vagă din punct de vedere al DIU, dar și alte elemente efective — ca urmărirea ostilităților și/sau exercitarea unui grad de control din partea autorităților locale sau de forțele străine în timpul și după perioada de retragere — pot face dificilă clasificarea juridică a unei situații concrete. Determinarea cadrului juridic aplicabil în caz de invazie a forțelor străine este o

1907 [on-line] <http://www.arduph.ro/wp-content/uploads/2014/01/Conven%C8%9Bia-Regulamentul-referitoare-la-legile-%C5%9Fi-obiceiurile-r%C4%83zboiului-pe-terestru-Haga-18-octombrie-19072.pdf> (accesat la 10.02.2015).

6 Jean S. Pictet (éd.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire, IV: La Convention de Genève relative a la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Comité international de la Croix-Rouge (CICR), Genève, 1956 [on-line] <http://www.icrc.org/dih.hsf/COM/380-600009?OpenDocument> (accesat la 10.02.2015).

chestiune strâns legată de aplicabilitatea dreptului de ocupație. Se estimează, că ar conveni de a privilegia o interpretare largă a aplicării Convenției IV de la Geneva pe parcursul fazelor de invazie și de retragere, în scopul sporirii protecției pe care dreptul o conferă populației civile”.⁷

CICR invocă dezbateri mai vechi privind pragul de aplicare al dreptului de ocupație. Timp îndelungat s-a operat distincția netă între ocupație și invazie; era în general admis că dreptul de ocupație începe a fi aplicat din momentul în care un grad minimal de stabilitate ar fi fost atins într-o zonă invadată. Acest concept își găsește sursa în conținutul art.42 al Regulamentului de la Haga din 1907, conform căruia „un teritoriu este socotit ocupat când se găsește de fapt sub autoritatea armatei inamice. Ocupația nu se întinde decât asupra teritoriilor unde această autoritate este stabilă și în măsură să se exercite.”

După adoptarea Convențiilor de la Geneva în 1949, dispozițiile dedicate ocupației conținute în Regulamentul de la Haga, fusesse completate prin secțiunea III a titlului III al Convenției IV de la Geneva. Convenția lărgeste câmpul de aplicare al dreptului de ocupație, prevăzând în art.2 (2) că el se aplică în cazul unei ocupații în care nu întâmpină nici o rezistență, altfel spus, în lipsa unei invazii prealabile. Referitor la situațiile în care o invazie prealabilă avusese loc, Convenția nu conține nici o indicație ce ar preciza din ce moment acest tip de invazie trece în faza de ocupație. De unde și întrebarea logică — putem oare să aplicăm subiectului acestei tranzacții același criteriu ca și la determinarea momentului în care dispozițiile asupra ocupației a Regulamentului de la Haga devin aplicabile sau ar trebui, conform prevederilor Convenției IV de la Geneva să fie aplicat un criteriu diferit?

Cea de-a doua opinie, susținută de Jean Pictet în Comentariul la Convențiile de la Geneva,⁸ fapt care a dus la aceea că acest punct de vedere deseori este numit „teoria Pictet”. Adevărul este că, aducând drept exemplu teoria Pictet, conform căreia definiția ocupației date în contextul Convenției IV de la Geneva diferă de cea ce reiese din art.42 al Regulamentului de la Haga, trebuie să menționăm, că ea nu reflectă și punctul de vedere actual al CICR asupra chestiunii în cauză. Conform CICR, în absența unei definiții detaliate al ocupației în Convenția IV de la Geneva și de aplicare a articolului 154, care menționează că Convenția completează Regulamentul de la Haga, afirmarea precum că Convenția IV de la Geneva ar da o definiție diferită ocupației, nu mai este pertinentă sub aspect al *lex lata*. Pentru CICR teoria Pictet trebuie să fie interpretată în felul următor — scăderea doar a pragului de aplicare a unor norme a Convenției IV de la Geneva la fel poate produce efecte juridice pe parcursul fazei de invazie (este vorba despre o situație în care nu putem vorbi despre o autoritate efectivă a DIU), pentru a consolida protecția juridică oferită de

7 Rapport présenté à la XXXI Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, „Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains”, CICR, Genève, octobre 2011 [on-line] http://www.rcrcconference.org/docs_upl/fr/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-fr.pdf (accesat la 10.02.2015).

8 Jean S. Pictet, op. cit., articolul 6 (1).

DIU persoanelor protejate prinse ca ostatici în zonele invadate. Prin urmare, CICR consideră în continuare art.42 al Regulamentului de la Haga ca unicul criteriu juridic ce permite determinarea prezenței unei situații de ocupație.

Criteriul aplicat de Pictet pentru a stabili dacă este situație de ocupație în sensul Convenției IV de la Geneva, se fondează pe o abordare particulară a art.4 al acestei convenții, conform căruia dispozițiile Convenției IV de la Geneva dedicate ocupației se aplică din momentul în care forțele inamice exercită puterea asupra persoanei protejate. Criteriul depinde în așa fel de puterea exercitată asupra persoanelor mai degrabă ca un control exercitat asupra unui teritoriu, după cum fixează Regulamentul de la Haga. Unii juriști au inclus acest criteriu, care pare ar fi fost aplicat de o Cameră de Prima Instanță a Tribunalului Internațional Penal pentru ex-Yugoslavia (TPIY) în speța Naletić și Martinović.⁹ Adepții acestui criteriu susțin argumentarea lor prin faptul că în cazul în care acesta nu va fi acceptat, vor apărea lacune în sistemul de protecție conferit de DIU. În opinia lor, în cazul în care acest criteriu nu este acceptat, persoanele aflate în teritoriile invadate, dar încă neocupate, vor beneficia doar de măsuri de protecție limitate fixate în titlurile I și II ale Convenției IV de la Geneva.

În opinia oponentilor teoriei Pictet,¹⁰ acceptarea acesteia ar duce la o situație în care decizia de a ști dacă o persoană este sau nu „persoană protejată“ s-ar confunda cu criteriul care servește la constatarea dacă a avut sau nu loc ocupația. Anume acest fapt va fi dificil a concilia cu prezența în Convenția IV de la Geneva a unui capitol special adresat situațiilor de ocupație. În plus, apare întrebarea dacă trebuie făcută o diferență între persoanele și bunurile în ceea ce ține de situațiile în care acestea sunt protejate. Secțiunea III a titlului III al Convenției IV de la Geneva conține dispoziții ce protejează persoanele și dispoziții ce protejează bunurile. Conform teoriei Pictet, începutul aplicării protecției pentru persoane ar fi mai întârziată în comparație cu cel prevăzut bunurilor. În timp ce persoanele ar beneficia de protecție în baza art.4 al Convenției IV de la Geneva din momentul în care se găesc în puterea unei părți la conflict, bunurile vor fi protejate în situație de ocupație în sensul Regulamentului de la Haga.

În opinia lui Marten Zwanenburg,¹¹ nimic în *travaux préparatoires* ale Convențiilor de la Geneva nu lăsa să se înțeleagă că autorii avuse intenția să se plece de la noțiunea de ocupație acceptată până atunci. În cazul în care ar fi avut intenția să se îndepărteze atât de radical, în convenția pe care o redactau, de la conceptul ce prevala la moment, am fi putut crede că chestiunea în cauză ar fi fost invocată în cadrul dezbaterilor.

9 TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletić et Vinko Martinović*, affaire Nr. IT-98-34-T, Chambre de première instance, jugement, 31 mars 2003, para. 219 à 221 [on-line] http://www.tpiy.org/x/cases/naletic_martinovic/tjug/fr/tj030331f.pdf (accesat la 10.02.2015).

10 Marten Zwanenburg, „Le droit de l'occupation est-il applicable a la phase d'invasion?“, *Revue internationale de la Croix-Rouge*. Volume 94, selection française 2012/1, p.33-39 [on-line] <https://www.icrc.org/fre/resources/international-review/review-885-occupation/icrc-002-4179.pdf> (accesat la 10.02.2015).

11 Idem.

Totodată, trebuie să menționăm că dacă respingem teoria lui Pictet, atunci constatăm că persoanele ce se găsesc sub puterea forțelor de invazie beneficiază de o protecție mai redusă în comparație cu persoanele aflate sub autoritatea unei Puteri ocupante. Totuși, o asemenea diferență în nivelele de protecție între grupuri de persoane diferite nu este expresă în Convențiile de la Geneva. Într-adevăr, redactorii Convenției au operat distincții care au consecințe în raport cu nivelul de protecție acordat anumitor categorii de persoane. Exemplul cel mai viabil este distincția între conflictele armate internaționale și non-internaționale. Art.4 al Convenției IV de la Geneva vine cu alt exemplu de distincție de acest tip. El dispune că resortisanții unui stat cobeligerant nu vor fi considerați „persoane protejate“ atâta timp cât statul ai cărui resortisanți sunt, va avea o reprezentanță diplomatică funcțională pe lângă statul în puterea căruia se află aceștea. În opinia expertului,¹² acest tip de distincție face parte integrantă din DIU în starea sa actuală și faptul că obiectul și esența de a fi parte la Convențiile de la Geneva sunt de natură umanitară și deci, nu schimbă nimic. Acest obiect și această rațiune are un rol important a juca în interpretarea unor sau altor dispoziții ale Convențiilor, însă ele nu pot introduce în aceste texte o regulă nouă care nu este înscrisă la moment.

Evident, nu este exclus că statale ar putea, în aplicarea unei dispoziții a unui tratat, să ajungă să considere că o clauză concretă trebuie să fie citită diferit de cea ce a fost prevăzută la început de către redactorii textului. Art.31 (3)(b) al Convenției de la Viena privind dreptul tratatelor dispune că are loc, la finele interpretării unei dispoziții a unui tratat să țină cont „de orice practica urmată ulterior în aplicarea tratatului prin care este stabilit acordul părților în privința interpretării tratatului“.¹³

Un exemplu bine cunoscut al practicii unui stat de modificare după încercarea interpretării până la admiterea unei reguli în contextul DIU este art.118 al Convenției III de la Geneva ce reglementează eliberarea și repatrierea prizonierilor de război. Există o bogată practică a statelor care ne demonstrează că ele dau acestei dispoziții o interpretare diferită de cea care a fost adoptată în 1949. Însă nu putem spune același lucru și despre dreptul de ocupație. Din contra, în mare parte practica disponibilă a statelor — cu excepția notabilei hotărârii adoptate de Camera Primei Instanțe a TPIY în speța Naleticic și Martinović — puntează în direcția opusă. Curtea Internațională de Justiție (CIJ) în speța privind activitățile armate pe teritoriul Congo (Republica Democrată Congo v. Uganda), a considerat că definiția ocupației înscrise în art.42 a Regulamentului de la Haga reflectă dreptul internațional cutumiar.¹⁴ Curtea a aplicat această definiție în cadrul analizei formulărilor făcute de RD Congo, inclusiv acuzațiile de încălcare a dispozițiilor Convențiilor de la Geneva din partea Ugandei.

12 Idem.

13 Convenția de la Viena cu privire la dreptul tratatelor, încheiata la Viena la 23 mai 1969 [on-line] http://www.mfa.gov.md/img/docs/conventia_viena_1969.pdf (accesat la 10.02.2015).

14 CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, para.172 [on-line] <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10454.pdf> (accesat la 10.02.2015).

Putem deci considera, că în opinia Curtii, definiția ocupației formulate în art.42 se aplică în egală măsură Convențiilor de la Geneva.

Este cazul să ne întrebăm referitor la compatibilitatea teoriei Pictet și a principiului eficacității. În alți termeni această teorie ar putea duce la o situație în care o Putere ocupantă se găsește în imposibilitate materială de a-și îndeplini obligațiile ce-i revin. Aceasta sugerează că redactorii Convenției IV de la Geneva nu erau adepți ai teoriei Pictet, fiind siguri că statele nu le vor putea respecta.

După cum indică raportul CICR citat, practica a demonstrat că numeroase state pretind că dreptul de ocupație este inaplicabil chiar și atunci când acestea exercită un control efectiv asupra unui teritoriu străin sau asupra unei părți a acestuia, în așa fel, ele refuză să fie percepute ca o Putere ocupantă. Dacă acesta este deja cazul în care art.42 al Regulamentului de la Haga este criteriul determinant dacă este sau nu ocupație, această tendință va crește puternic în cazul în care teoria Pictet va fi acceptată. Putem să ne întrebăm în asemenea condiții, dacă aplicarea acestei teorii ne oferă într-adevăr toate avantajele invocate de adepții săi în termenii unei protecții crescute.

Aplicabilitatea Convenției IV (1949) de la Geneva începând cu faza invaziei¹⁵

Adepții aplicării dreptului de ocupație din momentul invaziei altui stat susțin că anume această poziție a fost acceptată de marele profesor J. Pictet. În opinia acestora, în primul rând, o interpretare sistematică a Convenției IV prin prisma obiectivelor și a scopurilor sale, ne permite să constatăm că este suficient ca inamicul să exercite controlul asupra unei persoane din teritoriul invadat pentru ca această persoană să fie protejată de regulile Convenției IV relativ la teritoriile ocupate. În al doilea rând, chiar dacă ocupația este definită în termeni strict teritoriali, un civil ce cade în mâinile inamicului pe parcursul invaziei se găsește pe un teritoriu ce se află sub controlul inamicului. În al treilea rând, o asemenea interpretare nu impune nimic forțelor de invazie din ceea ce acestea nu ar putea furniza. Formularea dispozițiilor Convenției IV, dar și a Regulamentului de la Haga este insuficient de flexibilă pentru a nu insista asupra imposibilității sale la faza invaziei. Altfel, noțiunea de control ar putea fi interpretată de o manieră funcțională.

Menționăm că majoritatea regulilor Convenției IV (art.27-141) ce constituie titlul III al tratatului, sunt aplicabile doar „persoanelor civile protejate“, așa cum sunt ele definite în art.4. Atenționăm asupra primei opțiuni prevăzute de art.4 — „cazul

15 În cadrul studierii acestei opinii în calitate de suport a servit articolul profesorului Marco Sassòli „Plaidoyer pour Pictet et pour les habitants des territoires envahis : arguments en faveur de l' applicabilité de la Quatrieme Convention de Genève pendant la phase d' invasion“. Revue internationale de la Croix-Rouge. Volume 94, selection française 2012/1, p.45-54 [on-line] <https://www.icrc.org/fre/resources/international-review/review-885-occupation/icrc-002-4179.pdf> (accesat la 10.02.2015).

conflictului“. Atunci când locuitorii unui teritoriu invadat se găsesc, de exemplu, în arest și detenție, în puterea forțelor de invazie, ele se găsesc fără îndoială în puterea unei părți în conflict ai cărei resortisanți nu sunt.

Deoarece locuitorii teritoriilor invadate care cad în puterea invadatorului sunt persoane protejate, ele trebuie să beneficieze de unele reguli prevăzute de titlul III al Convenției IV relativ la „statutul și tratamentul persoanelor protejate“. Regulile din titlul III sunt împărțite în reguli aplicabile străinilor ce se află pe „propriul“ teritoriu (altfel spus non ocupat) al unui stat și în reguli aplicabile teritoriilor ocupate. Cele două categorii se exclud mutualmente și putem constata că în ansamblu, ele acoperă întreaga gamă de situații în care un civil se poate găsi în puterea inamicului. Secțiunea II protejează străinii pe propriul teritoriu al unei părți la conflict; secțiunea III se aplică teritoriilor ocupate; secțiunea IV conține reguli detaliate ce reflectă protecția persoanelor civile internate din diverse motive de securitate, fie că este vorba despre propriul teritoriu al unei părți la conflict, fie despre un teritoriu aflat sub regim de ocupație. Ce ține de secțiunea I, titlul său „Dispoziții comune teritoriilor părților la conflict și teritoriilor ocupate“ ar putea fi interpretat ca înglobând nu doar propriile teritorii ale unei părți la conflict și teritoriile ocupate, dar în egală măsură orice alt teritoriu al unei părți la conflict. Totuși, urmând o interpretare sistemică, termenul „comun“ trebuie în mod obligatoriu să acopere ceea ce apare în următoarele secțiuni (II și III). Mai mult, *travaux préparatoires* demonstrează că titlul III avea ca obiect să acopere doar două categorii de persoane — străinii aflați pe teritoriul unei părți la conflict și populația din teritoriile ocupate.¹⁶ Titlul III nu conține nici o regulă ce ar proteja o persoană civilă care nu se găsește nici pe teritoriul unei părți, nici pe un teritoriu ocupat.

Prin consecință, în cazul în care teritoriul invadat nu era considerat ocupat în sensul categoriilor Convenției IV, „civilii protejați“ ce cad în puterea inamicului pe teritoriul invadat nu ar fi protejați nici de o regulă din secțiunea III. Tortura aplicată față de locuitorii unui teritoriu invadat în aceste condiții nu va fi considerată ca o încălcare a Convenției IV (art.32), la fel cum nici actul de viol (art.27(2)), nici luarea de ostatici (art.34), nici pedepsele colective (art.31 (1)). Așa dar, toate aceste acte comise față de persoanele protejate nu sunt interzise de Convenția IV, doar dacă aceștea nu sunt cetățeni străini aflați pe teritoriul unei părți la conflict sau nu se găsesc pe un teritoriu ocupat. În cazul dat admitem că pot fi obiecții cum că asemenea comportamente sunt interzise de dreptul internațional al drepturilor omului, de articolul 75 al Protocolului I adițional din 1977 și articolul 3 comun Convențiilor de la Geneva, în calitate de minimum aplicabil conflictelor armate, indiferent de caracterul lor. Un alt argument ar putea fi acela că locuitorii teritoriilor invadate beneficiază de prevederile Capitolului I secțiunea II a Regulamentului de la Haga, intitulat „Mijloace de rănire a inamicului, de asedii și bombarde“, de titlul II al Convenției IV „protecția generală a populației contra unor efecte ale războiului“,

¹⁶ Marco Sassòli, op. cit., p.47.

dar și de celebra clauză Martens. Totuși, acestea nu conțin nici o indicație detaliată și ni poate deci produce efecte de protecție cu excepția cazurilor când beligeranții ar avea un comportament de bună credință; în timp ce Capitolul I secțiunea II a Regulamentului de la Haga tratează în principal chestiuni ce reflectă conduita ostilităților și doar articolul 22 dispune în termeni foarte generali, că „beligeranții nu dețin un drept nelimitat la alegerea mijloacelor de rănire a inamicului“, ar putea fi considerat că acoperă chestiunile abordate anterior. În sfârșit, titlul II al Convenției IV tratează de o manieră total diferită și se aplică tuturor persoanelor civile și nu doar civililor protejați, în timp ce specificul locuitorilor unui teritoriu aflat la faza de invazie este de natura că ei sunt naționali ai inamicului care se află în fața unui beligerant pe propriul teritoriu, indiferent de voința acestuia. În opinia noastră, este firesc că aceasta este situația pentru care a fost proiectat dreptul internațional umanitar de ocupație.

Cele spuse ne permit să constatăm că Convenția IV în mod indispensabil oferă o protecție mai sporită și mai specifică civililor ce se află în puterea inamicului în comparație cu alte instrumente menționate anterior. În opinia profesorului Marco Sassòli, este puțin probabil ca autorii Convenției să fi lăsat un asemenea vid juridic între propriul teritoriu al unei părți la conflict și teritoriul aflat sub regim de ocupație, lăsând anumite persoane, pe care tot ei le-au definit ca protejate, fără vre-un mijloc de protecție prevăzut de regulile tratatelor pe care le-au adoptat, în special că nu există nici o logică să se creadă că aceste persoane ar necesita sau ar merita un nivel mai scăzut de protecție în comparație cu alți civili care se află în puterea inamicului.¹⁷ În plus, pentru a prelua exemplul adus de J. Pictet, pare a fi absurd faptul că nici o regulă a Convenției IV nu interzice deportarea civililor pe durata invaziei, în timp ce deportarea este interzisă odată ce faza invaziei s-a transformat în ocupație. De unde reiese că puterea exercitată de invadator asupra unei persoane într-un teritoriu care nu este al lui trebuie să declanșeze aplicarea față de această persoană a dispozițiilor Convenției IV — Convenție aplicată teritoriilor ocupate.

Revenind la speța Naleticić și Martinović examinată de TPIY, găsim sugerarea de a stabili o distincție între regulile ce protejează persoanele și cele ce protejează bunurile, din motiv că în opinia tribunalului doar primele se aplică la faza invaziei. Acest punct de vedere pare a fi motivat de o frază a lui Pictet, conform căreia pentru indivizi aplicarea Convenției IV de la Geneva este independentă de existența unei stări de ocupație în sensul art.42 al Regulamentului de la Haga.¹⁸ Nu putem susține că aceste cuvinte semnifică că Pictet a stabilit această distincție între persoane și bunurile acestora. Dincontra, putem presupune că bunurile sunt protejate în dependență de persoanele cărora le aparțin. Bunurile totuși, sunt protejate contra sechestrării și distrugerii în faza invaziei în Capitolul I secțiunea II al Regulamentului de la Haga (art.23 (g)), care interzice „distrugerea sau sechestrarea proprietăților inamice, afa-

17 Ibidem, p.49.

18 Ibidem, p.50.

ră de cazul când aceste distrugeri sau sechestrări ar fi neapărat impuse de nevoile războiului“, regulă ce a fost precizată de dreptul internațional umanitar modern prin prisma a două situații specifice. Pentru invadator, referindu-ne la bunurile ce se află în mâinile inamicului, criteriul decisiv este formulat în art.52 (2) al Protocolului adițional I din 1977: pentru ca distrugerea să fie justificată, aceste bunuri trebuie să aducă o contribuție efectivă la acțiunea militară și distrugerea trebuie să afere un avantaj militar precis atacantului. Din momentul în care un invadator exercită controlul asupra unui bun, acesta nu mai poate, prin definiție, să contribuie la acțiunea militară a inamicului. Distrugerea nu poate deci fi justificată decât prin referința la dreptul de ocupație militară, așa cum prevede art.53 al Convenției IV, atunci aceste distrugeri „ar deveni absolut necesare în urma operațiunilor militare“, ceea ce constituie o normă mai restrictivă. De o manieră asemănătoare, este lipsită de logică interdicția rechiziționării spitalelor, în așa fel art.57 al Convenției IV nu s-ar aplica pe durata invaziei, în timp ce obligațiile ce țin de educație (art.50), vor fi aplicate deoarece beneficiarii citați sunt persoane.

Am adus doar câteva argumente, în mare parte mai accesibile societății, în contextul în care familiarizarea cu dreptul internațional umanitar este una din obligațiile statului asumate odată cu semnarea Convențiilor de la Geneva din 1949. Ori, acest dialog este unul cu mult mai amplu, pe care vom încerca sa-l dezvăluim pe parcursul lucrărilor ulterioare. Cu regret, dar adevărul este de așa gen, că evoluția relațiilor internaționale ne demonstrează că această temă va rămâne în continuare una destul de actuală.

Încheiere

Adevărul este că în condițiile conflictelor armate moderne este destul de dificil de a delimita faza invaziei de cea a ocupației, în special atunci când este vorba despre așa numitele „războaie hibrid“, fie în cazul unei ocupații de durată, cum ar fi cazul teritoriilor palestinienne ocupate de Israel.

Indiferent de opiniile expuse de experți referitor la ce fază invazia trece în ocupație, cert este una — discuțiile au drept obiectiv determinarea expresă a mecanismelor ce ar permite excluderea situațiilor ca o categorie de persoane din teritoriile invadate/ocupate să nu fie acoperite de norme și reguli internaționale, în special de drept internațional umanitar, care să le garanteze statutul juridic și respectarea drepturilor și libertăților fundamentale. Ori, studiul efectuat reflectă situația conflictelor armate internaționale, în condițiile în care marea majoritate a conflictelor armate contemporane au un caracter non-internațional, asimetric sau hibrid.

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ РЕЗОЛЮЦИИ СОВЕТА БЕЗОПАСНОСТИ ООН № 1483 ОТ 22 МАЯ 2003 ГОДА В СВЕТЕ СОВРЕМЕННОГО ТОЛКОВАНИЯ ПРАВА ОККУПАЦИИ



Виталие ГАМУРАРЬ, доктор права (к.ю.н.), конференциар (доцент)
Лоредана ГАМУРАРЬ, студентка 4–го курса, юридический факультет

With the adoption of UN Security Council resolution of 22.05.2003 № 1483 armed conflict between coalition forces led by the United States, on the one hand and Iraq on the other, I moved to another phase, namely, the military occupation regime. In connection with which any questions regarding the applicability of the right of occupation as part of international humanitarian law in contemporary armed conflicts.

Keywords: UN, Iraq, resolution, conflict, occupation.

С принятием Советом Безопасности ООН 22.05.2003 г. резолюции № 1483 вооруженный конфликт между коалиционными силами во главе с США, с одной стороны и Ираком, с другой, перешел в иную фазу, а именно в режим военной оккупации. В связи, с чем возникли вопросы относительно применимости права оккупации как составной части международного гуманитарного права в рамках современных вооруженных конфликтов.

Ключевые слова: ООН, Ирак, резолюция, конфликт, оккупация.

Введение

Военная операция, начатая США, Великобританией и их союзниками против Ирака 20 марта 2003 г. вызвала неоднозначную реакцию со стороны мирового сообщества. Пожалуй, впервые по окончании «холодной войны» страны разделились на два лагеря — тех, кто поддерживал операцию и тех, кто отрицал наличие правовой основы для такого рода операции. В любом случае, какие бы ни были оценки данные со стороны экспертов ясно одно — нарушение *jus ad bellum* не освобождает стороны от обязательства соблюдать *jus in bello*, что и было в принципе подтверждено Советом Безопасности ООН в резолюции 1483 от 22.05.2003 г.¹

1 Резолюция Совета Безопасности ООН № 1483 от 22.05.2003 г. [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1483%20\(2003\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1483%20(2003)) (последнее посещение 15.11.2013).

*Правовая оценка военной операции 2003 года против Ирака
с точки зрения международного публичного права*

Созданная сразу по окончании Второй Мировой Войны Организация Объединенных Наций основывается на общепринятых идеалах в том числе на том что гласит «мы, народы Объединенных Наций, преисполненные решимости избавить грядущие поколения от бедствий войны...». Для достижения соответствующего идеала «народы Объединенных Наций» обязуются через свои правительства «признать принципы и установить методы, гарантирующие, что они не будут прибегать к военной силе за исключением общего интереса» и «...для осуществления экономического и социального прогресса всех народов».²

Цели и принципы ООН не что иное, как продвижение данной воли — избавление навеки от ужасов войны. Отметим также, что основной целью ООН является «поддержание мира и международной безопасности». Из чего следует, что новая всемирная организация в первую очередь является Организацией Объединенных Наций направленной против войны — против войн в прошлом, но в одинаковой мере против войн в будущем, будь то речь идет о предотвращении таковых, будь то о соответствующей реакции с ее стороны в случае акта агрессии. Таким образом, становится очевидным тот факт, что война объявлена вне закона. Запрещается не только применение силы, но в равной степени и угроза силой, а право на самооборону строго регулируется.

Для того чтобы запрет на применение силы и на угрозу его применения смог быть эффективным, Устав ООН создал систему получившей наименование «коллективная безопасность», ответственным за регулирование которой является Совет Безопасности. Данный орган обладает «монополией» на законное применение силы и от имени международного сообщества берет на себя «главную ответственность за поддержание мира и международной безопасности».

К сожалению, система коллективной безопасности не сумела себя проявить в полной мере, в первую очередь этому способствовала «холодная» война, что в свою очередь повлияло на репутацию самого ООН на протяжении более 40 лет. С окончанием «холодной» войны ООН смогла возобновить свою «законную» деятельность по поддержанию мира и международной безопасности. Парадоксально, что целый ряд региональных конфликтов зародились именно в период «холодной» войны (Ангола, Афганистан, Намибия, Камбоджа, Мозамбик, Сомали ...). Свою озабоченность по поводу реальных угроз миру и международной безопасности Совет Безопасности не раз высказывался — на

2 Устав ООН подписан 26 июня 1945 года в Сан-Франциско на заключительном заседании Конференции Объединенных Наций по созданию Международной Организации <http://www.un.org/ru/documents/charter/intro.shtml> (последнее посещение 15.11.2013).

совещании глав государств и правительств состоявшегося 21.07.1992 г., самите тысячелетия, в принятых повестках дня по миру и развитию.

После того как иракские вооруженные силы капитулировали, союзники стали *de facto* той силой что реально контролирует ситуацию в территории еще до того как была принята резолюция Совета Безопасности ООН № 1483 от 22 мая 2003 года.

Союзники взяли на себя обязательства по обеспечению пост-конфликтной администрации. Вначале, основав Офис по Реконструкции и Гуманитарной Помощи, возглавляемый американским генералом Гай Гарнером, находящегося в подчинении Пентагона. Позже создав Временную Администрацию (ААР) возглавляемую американским дипломатом Полом Бремером. ААР получила широкие полномочия на основании приказа № 1, предусматривающего *inter alia* что ААР осуществляет временное правление в целях обеспечения эффективного администрирования на период переходного периода. Более того, приказ уполномочил ААР широкими исполнительными, судебными и даже законодательными функциями необходимые для исполнения обязательств по международному праву.

После 28 июня 2004 г. ААР сложила полномочия, и администрация перешла в руки Временного Правительства Ирака. Задачей этого правительства являлась продолжение администрирования территории при помощи оккупационных сил и организация демократических выборов в Ираке до конца года.

30 января 2005 г. в Ираке состоялись первые выборы, названные демократическими, в целях создания нового законодательного органа, перед которым стали следующие задачи — выборы президента, премьер-министра, председателя парламента, принятие до августа месяца новой иракской конституции и обсуждение ее на всенародном референдуме до октября 2005 г. По выполнению названных задач законодательный орган должен быть распущен и выбран новый.

Отметим, что перечисленные мероприятия осуществлялись в соответствии с положениями резолюции Совета Безопасности ООН № 1483 от 22 мая 2003 года.

Резолюция Совета Безопасности ООН № 1483 от 22 мая 2003 года и право оккупации

Перед тем как дать правовую оценку резолюции Совета Безопасности ООН № 1483 от 22 мая 2003 года, позволим себе напомнить некоторые общепризнанные правила, применяемые во время военной оккупации.

Итак, военная оккупация — это временный захват территории (части территории) одного государства вооруженными силами другого государства и установление военной администрации на захваченной территории. Военная

оккупация какой-либо территории не означает ее перехода под суверенитет захватившего государства.

В соответствии с положениями IV Гагской конвенции 1907 г., IV Женевской конвенции 1949 г., Дополнительного протокола I оккупирующее государство обязано принять все меры к обеспечению порядка на захваченной территории. Население оккупируемой территории должно подчиняться распоряжениям властей, однако его нельзя принуждать к принесению присяги, на верность оккупирующему государству, участию в военных действиях, направленных против их страны, давать сведения об ее армии. Должны уважаться честь, жизнь гражданских лиц, их собственность, религиозные убеждения, семья. Оккупирующая держава обязана снабжать гражданское население необходимой одеждой, продовольствием и санитарными материалами.

В отношении гражданских лиц запрещается:

- совершать любые акты насилия, запугивания или оскорбления;
- применять меры принуждения, физического или морального порядка, в частности, с целью получения сведений;
- применять пытки, телесные наказания, медицинские опыты и т.п.;
- применять коллективные наказания;
- захватывать заложников;
- депортировать гражданское население с оккупированной территории.

Иностранцам, оказавшимся на оккупируемой территории, обеспечивается право ее покинуть в возможно короткое время.

В процессе развития вооруженного конфликта одна из воюющих сторон может оккупировать полностью или частично территорию другой воюющей стороны.

При этом на оккупированной территории приостанавливается эффективное функционирование органов власти оккупированного государства, а административное управление переходит к военному командованию государства, оккупировавшего определенную территорию.

Однако оккупирующее государство не получает суверенных прав над оккупированными территориями и не может их аннексировать либо уступать другому государству.

Юридическое положение таких территорий определяется при окончательном мирном урегулировании.

Режим военной оккупации регламентируется правилами и обычаями войны, в частности:

- Гагской конвенцией о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г.;
- Женевскими конвенциями о защите жертв войны 1949 г. и;
- Дополнительными протоколами I и II к ним 1977 г.

Военная оккупация начинается с момента установления фактического контроля над определенной территорией и длится до утраты этого контроля над ней.

На данной территории создается оккупационная администрация, которая должна осуществлять свои функции в соответствии с нормами международного права. Оккупационная администрация обязана допускать деятельность местных судей и чиновников, но не может принудить их к этому. Оккупационные власти могут использовать для своих нужд государственные здания и сооружения, но без приобретения права собственности на них.

В отношении населения оккупированной территории должны соблюдаться основные права человека, а также права, зафиксированные в нормах права вооруженных конфликтов.

Воспрещается по каким-либо мотивам угон, а также депортирование населения оккупированной территории на территорию оккупирующей державы или третьей державы.

Однако для обеспечения безопасности населения или по особо веским военным соображениям может быть произведена полная или частичная эвакуация населения определенного оккупированного района.

Оккупационные власти не могут принуждать население оккупированных территорий служить в своих вооруженных силах или вспомогательных подразделениях, а также принуждать к даче сведений об армии и оборонных средствах другого воюющего государства.

Лица старше 18 лет могут быть направлены на принудительные работы, если это необходимо для нужд оккупационной армии либо связано с деятельностью коммунальных предприятий, обеспечением населения питанием, жильем, одеждой, транспортом, медицинской помощью.

Жизнь, честь и достоинство, семейные права и религиозные убеждения должны уважаться оккупационной администрацией в отношении населения занятых территорий.

Не допускаются захват, истребление или повреждение собственности общин, церковных, благотворительных, учебных, художественных и научных учреждений, независимо от формы собственности. Оккупационные власти обязаны обеспечить защиту и уважение культурных ценностей (памятников архитектуры, искусства, истории, научных коллекций, архивных материалов и т.д.), находящихся под их контролем.

Реквизиция частной собственности для нужд оккупационной администрации допускается с учетом местных возможностей и при условии оплаты изъятого или выдачи соответствующей расписки. Разрушение частной собственности запрещается, кроме случаев абсолютной военной необходимости.

Военная оккупация бывает двух видов.

Во-первых, оккупация воюющей державой территории неприятеля в ходе военных действий.

Во-вторых, может быть послевоенная оккупация неприятельской территории как способ гарантирования выполнения победленным обязательств, вытекающих из его ответственности за агрессию. Например, послевоенная оккупация Германии войсками государств антигитлеровской коалиции.

Нормы права вооруженных конфликтов распространяются на оба вида оккупации.

Право оккупации регулирует поведение во время военной оккупации и после ее установления не имеет никакого отношения к законности самой военной оккупации. Отметим, что случай Ирака полностью подпадает под данное правило — войска коалиции заняли территорию Ирака, в результате чего Совет Безопасности принял резолюцию № 1483, признав страны входящие в коалицию в качестве оккупационной силы под единым командованием с наличием соответствующих прав и обязанностей.

Соответственно оккупация Ирака предусматривает и термин «контроля» над данной территорией. Отметим что термины «оккупация» и «контроль» игнорировались командованием коалиционных сил и временной администрацией Ирака в письмах и обращениях к Совету Безопасности ООН. Такое отрицание термина «оккупация» имеет двойной смысл. Первый — отрицание применения права оккупации и ответственности за неисполнение соответствующих положений. Второй — обходятся возможные отрицательные последствия использования данного термина в мусульманском мире, где он может обрести религиозный аспект.

Ясность в данной ситуации была внесена Советом Безопасности ООН в виде резолюции № 1483 от 22 мая 2003 г., признающая ответственность и обязательства вытекающие из права оккупации, признав США и Великобританию оккупационными силами под единым командованием. Резолюция ООН не создала режим военной оккупации в Ираке, а лишь квалифицировала и признала существующую *de facto* ситуацию, требуя от оккупационных сил соблюдения положений Женевских конвенций от 1949 года, а также положения Гаагской конвенции 1907 г. относительно правил и обычаев войны на суше, тем самым поддерживая Временную администрацию в ее усилиях по созданию временного правительства и последующего выбора представительного парламента для разработки проекта конституции признанной впоследствии международным сообществом.

Однако текст резолюции № 1483 вызвал некоторые комментарии. Признавая США и Великобританию в качестве оккупационной силы, резолюция не наделила таким же статусом другие страны, такие как Испания или Япония, например, которые также обладали военными контингентами в зоне, что в свою очередь могло вызвать недоумение в рамках предъявления к ним требований по соблюдению права оккупации. Несмотря на это, обязанность соблюдения положений регулирующих право оккупации не вызывает никаких сомнений. Тем более что отсутствие официального статуса оккупационной державы никоим образом не повлияло на отношение к ним со стороны тех, кто оказывает военное сопротивление. Как минимум можем сказать, что со стороны последних не было заметно какого-либо различия в отношении стран обладающих статусом оккупационной державы и тех, что не обладают таковым.

Резолюция № 1483 вызвала дискуссии по двум вопросам. Первый — имеет ли право Совет Безопасности ООН отходить от положений права оккупации. Второй — было ли это сделано в случае резолюции № 1483.

–1– Устав ООН является источником международного права предусматривающий определенные прав и обязанности. Устав является международным договором, что означает необходимость соблюдения структурами ООН своих компетенций. Статья 24 Устава ООН признает особую роль Совета Безопасности в процессе обеспечения мира и международной безопасности. Отметим, что Совет Безопасности должен действовать в соответствии с общими принципами ООН указанные в статье 1 Устава ООН. Статья 1 устанавливает, что поддержание мира является основной целью ООН. Статья предусматривает, что деятельность ООН и ее органов должна основываться на международном праве и международной юстиции при разрешении споров или ситуаций что могут привести к нарушению мира. В этом контексте осмелимся предположить, что на основании статей 24 и 25 Устава, резолюции Совета Безопасности могут отступать от положений международного права применяемых к конкретной ситуации, обладая при этом обязательной юрисдикцией по отношению к государствам членам ООН. Такое обязательство вытекает из положений статьи 103 Устава, предусматривающих верховенство обязательств по Уставу ООН по отношению к любым другим международным обязательствам взятых на себя государством.

Верховенство обязательств по Уставу ООН подтверждено и практикой Международного Суда ООН, в частности в деле Локерби.³ Суд установил что резолюция Совета Безопасности принятая в соответствии с положениями Устава ООН может обладать императивным характером независимо от того противоречит ли она другим международным обязательствам государств.

Осмелимся предположить что, несмотря на то, что статья 103 говорит об обязательствах, вытекающих из международных договоров, это правило относится и к нормам международного обычного права.

Другим важным моментом требующего разрешения является вопрос относительно применимости данного правила в случае конфликта между резолюцией Совета Безопасности и императивной нормой международного права. В связи с этим отметим, что международная практика не столь обширна в этом смысле. По нашему мнению, в целом концепция *jus cogens* обладает верховенством по отношению к любым нормам, как договорным, так и обычным. Таким образом, в случае наличия конфликта между нормой *jus cogens* и договорной нормой преобладать будет первая.

Включение норм регулирующих право оккупации в состав *jus cogens* решило бы вопрос верховенства между ними и резолюцией № 1483 в пользу пер-

3 Cour Internationale de Justice. Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni). Arrêt du 27 février 1998. Exceptions préliminaires <http://www.icj-cij.org/docket/files/88/7128.pdf> (последнее посещение 15.10.2013).

вой. К сожалению, в данном случае существует практически лишь один прецедент, признавший, что лишь нормы международного гуманитарного права, предусматривающие ответственность за военные преступления, преступления против человечности и геноцид являются составной частью норм подпадающие под определение *jus cogens*.⁴

Предположительно, основываясь на существующей практике, вопрос разрешения конфликта между нормами МГП и теми, что содержатся в резолюциях Совета Безопасности, каждый раз будет решаться в зависимости от ситуации и интересов вовлеченных сторон.

В этих условиях, если решения будут в пользу резолюции, что в свою очередь приостанавливает действия некоторых международных обязательств государств, логично было бы, чтобы резолюция предоставляла альтернативные решения. Целью такого подхода является исключение возможности появления правового вакуума, что в свою очередь позволило бы им воспользоваться соответствующему государству в собственных интересах, не нарушая норм международного права.

–2– Резолюция № 1483 призывает к обеспечению благополучия иракского народа путем эффективного администрирования территории. Более того, резолюция апеллирует к роли Администрации в продвижении экономической реконструкции и юридической реформы. Данные положения резолюции довольно таки сложно выполнить без нарушения запретных положений права оккупации. Так, например, путем толкования указанного требования, оккупационная держава может внести существенные изменения в действующее законодательство и существующие институты. А это в свою очередь будет считаться «отклонением» от положений Гаагского и Женевского права относительно минимального вмешательства в действующую юридическую систему.

С другой стороны, резолюция требует от Держав соблюдения положений Женевских конвенций 1949 г. и Гаагской конвенции 1907 г. Заметим, что как видно из сложившейся ситуации в Ираке, Администрация довольно широко истолковала положения резолюции 1483, естественно в своих интересах. Это, в свою очередь, позволило заменить *de facto* положения права оккупации более приемлемым режимом, применив собственное переходное законодательство.

Заключение

Создавшаяся ситуация в очередной раз выявила пробелы в действующем международном праве, косвенно указав на то что особенность современных вооруженных конфликтов требует пересмотра или иного толкования положений права оккупации.

4 Prosecutor v. D. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR72, A. Ch., 2 October 1995, para. 28 <http://iilj.org/courses/documents/Prosecutorv.Tadic.pdf> (последнее посещение 15.10.2013).

Подводя некоторые итоги, осмелимся предположить, что Совет Безопасности может, как минимум теоретически обязать применение собственных резолюций в приоритетной форме по отношению к другим источникам, из которых вытекают международные юридические обязательства государств. Что касается права оккупации в толковании оккупационных держав, следует, что резолюция 1483 позволила отступить от конвенционных положений, но только в отношении тех, что не относятся к нормам *jus cogens*.

Справедливости ради отметим, что указанная неясность была спровоцирована самой резолюцией 1483, путем использования терминов и формулировок чье толкование может быть сделано в зависимости от интересов соответствующего государства. Другим недостатком в этом смысле является отсутствие положений, что должны превалировать в процессе исполнения самой резолюции.

Значимость правильного толкования и применения права военной оккупации в рамках современных вооруженных конфликтов не вызывает сомнений у экспертов. Однако основной проблемой современных вооруженных конфликтов является факт нежелания со стороны государств признания наличия вооруженного конфликта, что является неоспоримым препятствием для применения международного гуманитарного права в целом и, права оккупации, в частности. Это в свою очередь серьезно затрудняет осуществление механизмов обеспечивающих безопасность различных категорий лиц во время вооруженных конфликтов.

CALIFICAREA JURIDICĂ A PARTICIPANȚILOR ÎN CADRUL CONFLICTULUI ARMAT DIN ESTUL UCRAINEI



Alexandru CAUIA, doctor în drept, conferențiar universitar, ULIM

Clarifying the legal status of participants in the armed conflict in eastern Ukraine presents a number of legal difficulties arising from subjective assessments of the warring parties. Within this article we intend to analyze and qualify the legal status of participants in conflict.

Despite qualification as an international armed conflict or non-international we are to appreciate and clarify the legal status of participants in it through the notions of: Mercenary, voluntary and „illegal combatant“

Keywords: *international armed conflict, international armed conflict non legal status, mercenary, voluntary combatant „illegal combatant“*

Calificarea statutului juridic al participanților în cadrul conflictului armat din estul Ucrainei prezintă un șir de dificultăți de ordin juridic generate de aprecierile subiective ale părților beligerante. În cadrul prezentului articol ne propunem să analizăm și să calificăm statutul juridic al participanților la conflict. În pofida calificării conflictului armat drept unul internațional sau fără caracter internațional urmează să apreciem și să clarificăm statutul juridic al participanților în cadrul acestuia prin prisma noțiunilor de: mercenar, voluntar și „combatant ilegal“

Cuvinte cheie: *conflict armat internațional, conflict armat noninternațional, statut juridic, mercenar, voluntar, combatant, „combatant ilegal“*

Conflictul armat din Ucraina rămâne o temă destul de ambiguă, pentru că, acesta a fost etichetat în mod diferit de către actorii implicați: operațiune antiteroristă, război civil, război interstatal, război de secesiune etc. Discursul despre conflictul militar din Ucraina ne împiedică să înțelegem esența lui, pentru că, pozițiile actorilor implicați conțin o doză înaltă de propagandă. Totodată, e foarte important să înțelegem tipul de război care a avut loc, pentru a evalua schimbarea modului în care sunt duse conflictele moderne. De exemplu, Crimeea a fost ocupată și anexată fără niciun foc de armă, iar, în regiunea Donbass din estul Ucrainei, voluntarii ruși au fost nucleul grupărilor armate ilegale care luptau contra forțelor armate ale Ucrainei. E un nou tip de război, în care e dificil de apreciat care sunt adevăratele părți beligerante.

Conflictul armat din Ucraina urmează să fie divizat convențional în două faze distincte, pentru a facilita procesul de cercetare al statutului juridic al participanților în cadrul acestuia. Deci, în prima fază, conflictul urmează să fie calificat drept unui

cu caracter noninternațional, dintre forțele armate regulate ale guvernului de la Kiev și detașamentele înarmate ale insurgenților. În această perioadă toate persoanele implicate activ și direct în cadrul desfășurării acțiunilor ostile urmează să fie calificați drept participanți în cadrul unui conflict armat noninternațional.

Odată cu implicarea masivă a forțelor armate sub controlul efectiv al Federației Ruse, conflictul armat se internaționalizează și se transformă din unul armat noninternațional în unul armat internațional, ceea ce modifică substanțial statutul juridic al persoanelor implicate în cadrul ostilităților. Pe lângă cei ce dispun de dreptul și obligația de a participa direct în cadrul conflictului armat internațional — combatanții — în cadrul războiului din Ucraina au mai putut fi constatați și alte categorii de participanți — **mercenari, voluntari, combatanți nelegali** etc. — statutul cărora urmează să fie elucidat în conținutul prezentului articol.

Astfel, toți participanții în cadrul ostilităților din estul Ucrainei care nu sunt înrolați oficial în forțele armate ale acestui stat, în cazul conflictului armat noninternațional, și toți cei care nu sunt parte oficială în forțele armate ale altor state implicate, în cazul conflictului armat internațional, pot fi calificați drept mercenari.

O bună parte din îndrumările militare ale diferitor state prevăd expres faptul că mercenarul nu dispune de statutul de combatant și de prizonier de război, iar îndrumarul israelian reiterează originea cutumiară a acestei reguli.¹

Mercenarul nu este încadrat în forțele militare ale părții beligerante într-un mod care ar genera răspunderea acesteia pentru acțiunile sale. Caracteristic pentru mercenari este faptul că nuci un stat care a profitat de aceste servicii, nu se face responsabil pentru acțiunile acestora. De aceea, apartenența la forțele armate constituie criteriul în baza căruia poate fi realizată diferențierea participanților la operațiunile militare și statutul juridic al acestora. În conformitate cu prevederile dreptului internațional umanitar, mercenarii sunt recunoscuți drept criminali.²

Mercenariatul este o practică veche, dar astăzi reprezintă o amenințare la adresa stabilității internaționale. În perioada postbelică, mercenarii au găsit în Africa un teren propice pentru activitățile lor condamnabile, lista țărilor africane care s-au confruntat cu acest flagel fiind prea lungă pentru a fi menționată³.

În ultimii ani, nici chiar Europa nu a scăpat de acest fenomen, în conflictul din fosta Iugoslavie fiind semnați mercenari luptând de partea tuturor părților beligerante. Acestea au fost motivele pentru care Adunarea Generală a ONU a adoptat mai

1 Жан-Мари Хенкерст, Луиза Досвальд-Бек. Обычное международное гуманитарное право. М.: МККК, 2006. p. 500.

2 Cauia A. *Reglementarea juridică a statutului de mercenar în cadrul conflictului armat*. În: Edificarea statului de drept și punerea în valoare a patrimoniului cultural și istoric al Moldovei în contextul integrării europene. Materialele Conferinței științifice internaționale anuale a tinerilor cercetători. Ediția a II-a, 28 martie 2008. Chișinău: Institutul de Istorie, Stat și Drept al AȘM, 2009, p.100.

3 Rusu V. Balan O., Neagu Gh. *Dicționar de drept internațional umanitar*. Chișinău: Pontos, 2007, p. 175.

multe rezoluții care au condus în anul 1989 la elaborarea Convenției internaționale împotriva recrutării, folosirii, finanțării și instruirii de mercenari. Acest act normativ internațional definește infracțiunea de mercenariat, obligând statele să nu angajeze mercenari și să colaboreze întru prevenirea infracțiunii respective, la judecare și deținerea celor condamnați⁴. Există și inițiative regionale în vederea combaterii mercenariatului. Un exemplu în acest sens ar fi Convenția asupra mercenariatului în Africa din anul 1985.

Exegeții domeniului formulează mai multe definiții ale noțiunii de mercenar. Spre exemplu, mercenar — este persoana care a fost racolată pe teritoriul statului căruia îi aparține sau peste hotarele acestuia, pentru a participa în cadrul unui conflict armat. Acesta nu este nici cetățean, nici persoană care ar avea reședința permanentă pe teritoriul statului în conflict, nu este înrolat legal în armata statului beligerant și nu este trimis special al unui oarecare guvern nebeligerant pentru a îndeplini o misiune oficială cu caracter militar, făcând parte din forțele militare ale statului trimițător.⁵

Protocolul Adițional I din 1977 definește noțiunea de mercenar în articolul 47: „1. Un mercenar nu are dreptul la statutul de combatant sau de prizonier de război.

2. Prin termenul „mercenar“ se înțelege orice persoană:

- a) care este special recrutată în țară sau în străinătate pentru a lupta într-un conflict armat;
- b) care, în fapt, ia parte directă la ostilități;
- c) care ia parte la ostilități în special în vederea obținerii unui avantaj personal și căreia îi este efectiv promisă, de către o parte la conflict sau în numele ei, o remunerație superioară aceleia promise sau plătite combatanților având un grad și o funcție analogică în forțele armate ale acestei Părți;
- d) care nu este nici resortisant al unei părți la conflict și nici rezident al teritoriului controlat de o Parte la conflict;
- e) care nu este membru al forțelor armate ale unei Părți la conflict;
- f) care nu a fost trimisă de un stat, altul decât o parte la conflict, în misiune oficială ca membru al forțelor armate ale statului respective.”⁶

Această definiție nu satisface absolut toate rigorile deoarece generează o sumedenie de interpretări în cazul procesului de realizare în practică a prevederilor

4 Convenția Organizației Națiunilor Unite contra recrutării, utilizării, finanțării și instruirii mercenarilor, din 4 august 1989, adoptată prin Rezoluția Adunării Generale a ONU, nr.44/3. [on-line]<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/552/75/IMGNR055275.pdf?OpenElement>(citat 12.10. 2010)

5 Франсуаз Буше — Сольнье. *Практический словарь Гуманитарного права*. М.: МККК, 2003. 213с.

6 Protocolul I Adițional la Convențiile de la Geneva referitor la protecția victimelor conflictelor armate internaționale, adoptat la 8 iulie 1977. În: *Tratate Internaționale (Drept Umanitar)*. Chișinău: GURANDA-ART. 1999,, art. 47.

normative. Spre exemplu, din prevederile articolului 47 p. 2 rezultă faptul că persoana care este remunerată pentru serviciile sale într-un quantum la fel de înalt ca cel al militarului de rang similar din cadrul forțelor militare regulate ale statului de partea căruia luptă sau remunerarea promisă nu este mai mare de cât cea primită de către militarii acestei armate, nu poate fi calificată drept mercenar.

În realitate pot fi constatate cazuri în care unele persoane sunt gata să-și presteze serviciile în favoarea unei părți beligerante fiind remunerați la același nivel cu militarii acesteia, deoarece nivelul remunerării este destul de înalt, și, în plus, militarii mai dispun de unele facilități de ordin material.⁷

Deoarece noțiunea de mercenar nu era în conformitate cu prevederile articolului 47 al Protocolului Adițional I din anul 1977, a fost modificată și redacția articolului 130 al Codului Penal al Republicii Moldova, care prevede: „Prin mercenar se înțelege persoana care activează pe teritoriul unui stat implicat într-un conflict armat, în acțiunile militare sau în alte acțiuni violente orientate spre răsturnarea sau subminarea orânduirii constituționale a acestuia, ori violarea integrității lui teritoriale în scopul primirii unei recompense materiale, nefiind cetățean al acestui stat, neavând domiciliul permanent pe teritoriul acestuia și nefiind împuternicit cu executarea unor obligații oficiale.”⁸

Nu sunt suficiente pentru elucidarea situației nici prevederile Convenției privind lupta contra recrutării, finanțării și pregătirii mercenarilor, care definește statutul de mercenar într-un mod similar prevederilor Protocolului Adițional I.

Această definiție evidențiază caracterul privat al angajamentului mercenarului, participarea directă și efectivă la ostilități, elementul de extraneitate față de teatrul de război ori forțele armate ale părților beligerante și motivația materială a angajării. Este unanim admis faptul că nu se încadrează în noțiunea de mercenariat punerea la dispoziție de trupe de către o țară aliată sau prietenă (Divizia spaniolă „Auzul“ care a luptat alături de germani pe frontul de est sau contingentele arabe din războaiele antiisraeliene), de o organizație internațională (forțele de sprijinire a păcii) și nici voluntarii străini înrolați în unități care fac parte din forțele armate ale unui stat (Garda elvețiană în Vatican sau Legiunea străină din Franța).

Deoarece numai Protocolul Adițional I reglementează situația mercenarului, în doctrină se opinează că pentru conflictele armate noninternaționale sunt aplicabile normele din convențiile de reprimare a mercenarului iar în caz de captură, dispozițiile articolului 3 comun din Convențiile de la Geneva, Protocolul Adițional II, legislația națională și prevederile actelor normative internaționale generale din domeniul drepturilor omului.

Voluntarii sunt persoanele care din proprie inițiativă se încadrează în forțele armate ale unei părți beligerante cu scopul de a lupta pentru apărarea intereselor

7 Burian A., Balan O., Serbeno E. *Drept Internațional Public*. Chișinău: CEP-USM, 2005, p. 495.

8 Codul Penal al Republicii Moldova adoptat 18.04.2002, în vigoare din 01.01.2003, art. 130. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2002, nr.128-129 (1013-1014).

acesteia. Spre deosebire de mercenari participarea voluntarilor la operațiunile armate de partea unei părți la conflict se recunoaște ca fiind una legală, fapt stipulat în textul Convenției semnată la Haga cu privire la drepturile și obligațiile statelor neutre și persoanelor în timpul războiului terestru. Conform prevederilor legale, trecerea de sine stătătoare a unor persoane peste hotarele statului neutru față de conflictul armat declanșat, pentru a se încadra în forțele armate regulate ale unei părți beligerante, nu generează răspunderea statului neutru pentru acțiunile acestora.

Articolul 17 al Convenției de la Haga prevede: „Un neutru nu poate să beneficieze de neutralitatea sa:

dacă comite acte ostile contra unui beligerant;

dacă făptuiește acte în favoarea unui beligerant, mai ales dacă se angajează, în mod voluntar, în serviciul forțelor armate ale unei dintre Părți.

Într-un asemenea caz, neutrul nu va fi tratat mai riguros de către beligerantul contra căruia el a renunțat la neutralitate decât ar fi tratat, pentru aceleași fapte, un național al celui alt stat beligerant.”⁹

Voluntarul este cetățeanul străin care se angajează pentru o perioadă limitată sau nelimitată de timp în cadrul forțelor armate ale unei Părți în conflict, indiferent de forma de angajare: a) fie în baza unui contract individual — membrii Legiunii Franceze sau a Legiunii Spaniole „Tercio”; b) fie în baza unui acord dintre statul a cărei cetățenie o deține și statul parte la conflict — Garda elvețiană care se află în serviciul Papei de la Roma.¹⁰

Voluntarii nu trebuie să fie confundați cu partizanii, deoarece aceștia sunt încadrați în contingentul militar al unei părți în conflict și beneficiază de statutul de combatant și cel de prizonier de război pe când partizanii acționează, de obicei, din proprie inițiativă și sunt calificați drept combatanți nelegali. Încadrarea voluntarului în contingentul armatei regulate a unei părți la conflict constituie criteriul de diferențiere dintre partizan, mercenar și voluntar, cel din urmă devenind combatant, iar statul de partea căruia luptă poartă răspundere pentru acțiunile acestuia. O situație aparte o constituie conflictul militar de pe Nistru și participanții la acesta printre care voluntarii, statutul juridic al căruia necesită o studiere minuțioasă.

În cazul conflictului analizat urmează să atragem o atenție sporită asupra militarilor din forțele armate regulate ale Federației Ruse care se pretindeau a fi voluntari în cadrul trupelor insurgente în timp ce se aflau în concediu de la funcțiile de ofițeri sau subofițeri ai armatei Federației Ruse. În acest sens trebuie să observăm ca acest artificiu juridic încearcă să ofere acestei categorii de participanți la conflict statutul de voluntar, dar, în esență, militarul nu-și întrerupe obligațiile specifice stabilite prin legislația națională a statului față de care a depus jurământul fiind obligat să se prezinte în termenii legali la ordinele superiorilor. Astfel, acest artificiu juridic de

9 Convenția de la Haga. Despre drepturile și obligațiile Părților și persoanelor neutre în cazul războiului terestru din 1907, art. 17. [on-line] http://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague05.asp (citat 03.04.2011).

10 Калугин В.Ю. Курс международного гуманитарного права. Минск: Тесей, 2006. с. 130.

acordare a concediului nu poate oferi baza legală necesară pentru ca aceste persoane să fie calificate drept voluntari. Pentru a realiza acest fapt este necesară demisia din forțele armate regulate și înregimentarea acestora în limitele și conform procedurilor interne ale forțelor armate de partea cărora luptă această persoană.

Regulile și exigențele stabilite de umanitate pe parcursul evoluției sale au fost dintotdeauna încălcate. Garanțiile prevăzute de Convențiile de la Geneva și Protocoloalele Adiționale nu fac excepția de la această regulă. Atât timp cât au existat persoane abilitate cu statut legal ce le permite să facă uz de forță întru distrugerea adversarului, atât timp au existat diferite categorii de persoane afectate de ostilități care au participat direct în cadrul acestora, având scopuri diferite. Statutul juridic al acestor categorii de persoane constituie obiectul cercetării prezentului paragraf. În literatura de specialitate sub noțiunea de „combatant ilegal” unii autori¹¹ caracterizează statutul juridic al mercenarilor, spionilor și criminalilor de război.

În opinia noastră aceste categorii de participanți formează entități aparte de participanți care au un statut ilegal și condamnabil *a priori* prin intermediul actelor normative internaționale, pe când membrii mișcărilor sporadice, voluntare, ai mișcărilor de rezistență neîncadrate în forțele armate ale unei părți la conflict, partizanii sau sabotorii se încadrează în noțiunea de combatant nelegal.

În literatura juridică opiniile cu privire la aplicabilitatea prevederilor Convenției a IV-a asupra combatanților nelegali diferențiază. Unii autori¹² împărtășesc opinia conform căreia combatanții nelegali se bucură de protecția conferită prin intermediul Convenției a IV-a, cu condiția respectării criteriului de cetățenie. Autorul Kalshoven F. susține aplicabilitatea normelor Convenției a IV-a asupra persoanelor care au participat în cadrul ostilităților pe teritoriul inamicului sau în zona de ocupație, dar care nu satisfac criteriile impuse de alin. 2, articolul 4 A, al Convenției a III-a, adică nu pot beneficia de statutul de prizonier de război. În situațiile care nu se referă la ostilitățile de pe teritoriul inamicului sau în segmentul zonei de ocupație, partizantul care este capturat nu are dreptul la protecția completă garantată pentru persoanele protejate de către Convenția a IV-a. Dar, nu putem afirma faptul că acesta nu se bucură de nici un fel de protecție. Principiile de protecție reflectate în textul articolului 3 comun al celor patru Convenții de la Geneva care este aplicabil conflictelor armate noninternaționale, automat determină acel minim de umanitate sub care părțile beligerante nu pot să coboare în toate situațiile de conflict armat. Cel mai

11 Lupulescu Nicolae. Dreptul Internațional Umanitar. București: C.H.BECK, 2009, 278 p.

12 A se vedea: Ipsen K. The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts. Oxford: University Press, 1995. 301 p.; Mc Coubrey. International Humanitarian Law: Modern Developments in the Limitation of Warfare. 2nd ed. Dartmouth: Aldershot, 1998. 137 p.; David E. Principes de droit des conflits armés. Bruxelles: Bruylant, 2nd ed., 1999. 397 p. ; Bothe M., Partsch K., Solf W. New rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the two 1997 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949. The Hague: Martinus Nijhoff, 1982. 746p.; Roseblade E. Guerilla warfare and international law. In: Revue de droit penal militaire et de droit de la guerre, 1973. p.91-134.

important argument într-o susținere a acestei poziții ar fi faptul că acești partizani sunt cetățenii statului străin, adică a statului inamic, ceea ce impune un minim de umanitate în relația cu aceștia.¹³

Autorul Baxter R.R. limitează aplicabilitatea normelor respective doar asupra combatanților nelegali în zona de ocupație a inamicului. Diferența de aplicare a acestor norme în conformitate cu criteriul teritorial, adică în dependență de faptul unde au acționat aceste persoane se pare a fi unul exagerat atât timp cât noțiunea de persoană protejată este unică pentru oricare situație, fie pe teritoriul inamicului sau pe teritoriul zonei de ocupație.

În pofida prevederilor exprese ale Convenției a IV-a de la Geneva, unii autori¹⁴ nu acceptă protecția combatanților nelegali prin intermediul prevederilor acesteia, fără a face o analiză argumentată asupra conținutului articolului 4.

Ne raliem opiniei conform căreia persoanele care sunt calificate drept combatanți nelegali, adică acele persoane care participă direct la ostilități atât pe teritoriul statului inamic, cât și pe teritoriile ocupate și nu pot fi încadrate în limitele impuse de art. 4 al Convenției a III-a, ceea ce nu le permite să pretindă la statutul de prizonier de război, atât timp cât nu fac obiectul protecției Convențiilor I-III, cad sub incidența protecției garantate de Convenția a IV-a, cu condiția respectării criteriilor de cetățenie, impuse de art. 4 al Convenției a IV-a. Într-o susținere a acestei poziții poate fi citată hotărârea Tribunalului Internațional pentru fosta Iugoslavie, în cazul *The Prosecutor vs. Dalici* care prevede: „Dacă persoana nu are dreptul la protecția oferită de Convenția a III-a, ca și prizonier de război, sau de Convențiile I-II, atunci, incontestabil acesta formează obiectul protecției oferite de Convenția a IV-a de la Geneva, cu condiția respectării criteriilor impuse în articolul 4 al acesteia.”¹⁵

Conținutul articolului 75 al Protocolului Adițional I stabilește garanțiile minime de umanitate în relațiile cu combatanții nelegali, care trebuie să fie respectate indiferent de orice criteriu de discriminare.

Combatanții nelegali vor fi trași la răspundere penală, chiar dacă aceștia ar respecta normele dreptului internațional umanitar, pentru simplul fapt de participare directă la ostilități, cu condiția că răspunderea pentru astfel de acțiuni să fie prevăzută de legislația națională a statului în a cărui competență este judecarea acestora.

În concluzie, deși războiul e un fenomen juridic, care are anumite caracteristici, e la discreția statelor de a aprecia starea conflictului lor. Dacă e în interesul statelor de a nu recunoaște existența unui război, acestea nu îl vor califica în acest mod. Totodată, statele vor încerca să-l califice printr-o formulă care ar respecta interesele lor. Ocuparea Crimeei de către Rusia nu a fost calificată de Ucraina, la nivel de poziții oficiale, ca și „război“, deși, integritatea sa a fost compromisă. Operațiunile

13 Кальсховен Ф., Ограничения методов и средств ведения войны. М.: МККК, 1999, p. 71.

14 Baxter R.R. *The Duties of Combatants and the Conduct of Hostilities*. In: *International Dimensions of Humanitarian Law*. Haga: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p.104.

15 ICTY, Judgment. *The Prosecutor vs. Dalic et al.*, IT-96-21-t, 16 Novembre 1998, par. 271. [on-line] <http://www.icty.org/case/mucic/> (15.04.2010).

militare duse contra grupurilor armate ilegale din Donbass și contra armatei ruse au fost calificate ca și „operațiuni antiteroriste“, deși guvernul era conștient că luptă cu trupe militare coordonate din Rusia.

Pe de altă parte, Rusia a calificat, din start, conflictul din Ucraina drept un „război de secesiune“, deși s-a implicat activ în operațiuni militare contra armatei ucrainene. Un al doilea moment interesant este că, utilizarea tacticilor și strategiei de război hibrid, poate „camufla“ părțile care participă în realitate la conflict. Astfel, dacă statele doresc realizarea unor scopuri politice în urma războiului, însă, nu vor dori să ia responsabilitatea pentru conflict, ele vor recurge la numeroșii agenți proxy, fie „omuleți verzi“, fie mercenari, care vor fi asistați de armată și care vor fi responsabili în fața justiției internaționale pentru tot ce se întâmplă în zona de conflict. Astfel, statele vor fi scutite de responsabilitatea implicării în conflict fără a fi sancționate de comunitatea internațională.

Utilizarea tacticilor de război hibrid și lipsa de dorință de a recunoaște existența unei stări de război interstatal, transformă conflictul din Donbass într-un conflict care mereu va „fumegea“, unde mereu vor fi duse operațiuni militare de intensități variate și va exista mereu riscul unei escaladări a conflictului. Deci, dacă există voință politică de a recunoaște existența unui război, acesta va fi recunoscut iar statul agresor sancționat. În caz contrar, conflictele interstatale pot fi ușor „camuflate“ prin utilizarea unor agenți proxy, care vor scuti de responsabilitate părțile beligerante în conflict.

În pofida unor aprecieri ironice asupra statutului juridic al participanților în cadrul ostilităților din estul Ucrainei și a tentativei de a conferi acestui conflict un șir de epitete precum: război hibrid, conflict asimetric, acțiunile actorilor implicați direct în cadrul operațiunilor armate, cât și statutul fiecărui participant în parte pot fi calificate în limitele actuale ale normelor codificate ale dreptului internațional umanitar, ceea ce nu știrbește din importanța și necesitatea incontestabilă de a reveni asupra acestor norme în scopul excluderii interpretărilor neunivoce, subiective și profund marcate de interesul părților beligerante.

CONȚINUTUL OBLIGAȚIEI DE EXECUTARE A HOTĂRĂRIILOR CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI



Olga BENEȘ, master în drept, lector superior

Au sens de l'article 46 §1 CEDH, les Etats contractants se sont engagés à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour européenne des droits de l'homme dans les litiges auxquels ils sont parties. La Convention a confié au Comité des Ministres la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour, ainsi que les termes des règlements amiables. Il en découle notamment que, lorsque la Cour constate une violation, l'Etat défendeur a l'obligation juridique non seulement de verser aux intéressés les sommes allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l'article 41, mais aussi de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à intégrer dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences.
Mots-clés: arrêt définitif, supervision de l'exécution.

Conform articolului 46§1 CEDO, statele contractante s-au angajat să se conformeze hotărârilor definitive ale Curții Europene a Drepturilor Omului în litigiile la care ele sunt parte. Convenția a încredințat Comitetului de Miniștri supravegherea executării hotărârilor Curții cât și a reglementărilor amiable. De aici rezultă că, odată ce Curtea a constatat o încălcare, statul pârât are obligația juridică nu doar de a plăti persoanelor interesate sumele alocate cu titlu de satisfacție echitabilă prevăzută de articolul 41, dar de asemenea de a căuta, sub controlul Comitetului de Miniștri, măsurile generale, și/sau, dacă este necesar, cele individuale pe care trebuie să le introducă în ordinea sa juridică internă pentru a pune capăt încălcării constatate de către Curte și a elimina pe cât de posibil consecințele acesteia.
Cuvinte cheie: hotărâre definitivă, supravegherea executării.

Timp îndelungat faza executării Hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului a fost neglijată de doctrină. Totuși, ea reprezintă unul din aspectele fundamentale a protecției europene a drepturilor omului. Într-adevăr, dacă hotărârile Curții nu sunt executate, doar constatarea încălcării nu are nici o utilitate nici pentru victimă nici pentru societate în general.

Curtea Europeană a Drepturilor Omului reprezintă un exemplu original de instanță regională competența și autoritatea căreia fiind acceptate de către state odată cu ratificarea Convenției Europene a Drepturilor Omului. Rolul Curții a crescut considerabil pe parcursul ultimilor decenii astfel încât în raportul din 2011, dat publicității

la 26 ianuarie 2012 se arată că numărul cererilor continua să crească.¹ Dar, începând cu ianuarie 2011, data intrării în vigoare a Protocolului 14 judecătorul unic declară inadmisibilitatea cererilor, cel puțin în cadrul cauzelor simple și sesizarea Curții este supusă unor condiții de admisibilitate suplimentare,² deoarece reclamantul trebuie să justifice că a avut de suferit un prejudiciu important și nu există examinarea diferențiată a cauzelor. Așa după cum a fost notat de președintele Curții Europene a Drepturilor Omului în Raportul anual pentru anul 2014, în urma modificărilor de procedură introduse de Protocolul 14 la CEDO, se observă „o micșorare considerabilă a numărului de cereri pendinte. Dacă în septembrie 2011, numărul de cereri se ridica la 161000 atunci la sfârșitul anului 2013 acest număr a diminuat până la 99 900 iar la sfârșitul lui 2014 numărul cererilor a scăzut până la 70 000”.³

Încă în 2011, Președintele Curții a insistat asupra faptului că „buna executare a hotărârilor Curții este un element crucial”.⁴ Într-adevăr, obligația pozitivă a statelor de a se conforma hotărârilor Curții rezultă din articolul 46 al Convenției care dispune: „*Înaltele Părți Contractante se angajează să se conformeze hotărârilor definitive ale Curții în litigiile în care ele sunt părți. Hotărârea definitivă a Curții este transmisă Comitetului de Miniștri care supraveghează executarea ei*”.⁵ Astfel, anumite mecanisme juridice au fost puse în aplicare pentru asigurarea efectivității hotărârilor Curții europene. Cu toate acestea, se observă limite importante ale caracterului executoriu al deciziilor Curții: nici un mecanism nu permite de a constrânge în mod real un stat să-și modifice legislația pentru a o aduce în conformitate. Iată de ce au fost create mecanisme politice pentru a încuraja puternic statele să respecte standardele europene definite de Convenția europeană.

Atunci când abordăm problema mecanismului juridic al efectivității hotărârilor Curții europene trebuie de menționat că două categorii de dispozitive juridice au fost instituite de către Convenția europeană: autoritatea de lucru judecat a deciziilor și forța obligatorie a hotărârilor.

Recunoașterea automată a autorității lucrului judecat a hotărârilor Curții.

În dreptul de procedură, autoritatea de lucru judecat reprezintă un atribut conferit hotărârii de judecată care permite evitarea repunerii în discuție a soluției emise de judecător odată ce toată recursurile au fost exercitate sau odată ce termenele pentru a le exercita sunt expirate. Autoritatea de lucru judecat interzice formularea unei noi cereri având la bază aceleași fapte și având același obiect și aceeași cauză și permite de asemenea de a se prevala de decizie.

a) Prima consecință a acestui mecanism juridic rezultă în inadmisibilitatea unei cereri identice în fața Curții sau în fața oricărei autorități internaționale, adică autoritatea negativă a lucrului judecat.

1 CEDH, Rapport annuel 2011. http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2011_FRA.pdf

2 CEDO, Protocolul nr.14 în vigoare din 1 iunie 2010 <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/194.htm>

3 CEDH, Rapport annuel 2014. http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_FRA.pdf

4 CEDH, Rapport annuel 2011. http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2011_FRA.pdf

5 CEDO, art.34. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ROM.pdf

Conform articolului 35 b) al Convenției europene, o cerere este inadmisibilă dacă „ea este în mod esențial aceeași cu o cerere examinată anterior de către Curte sau deja supusă unei alte instanțe internaționale de anchetă sau de reglementare și dacă nu conține fapte noi”⁶. Această regulă enunțată în general de principiul „Non bis in idem”, poate fi considerată ca o manifestare a autorității de lucru judecat al Curții. Într-adevăr, dacă o anumită formațiune a Curții (Judecătorul unic, Comitetul din 3 judecători, Secțiunea sau Marea Cameră) a emis o decizie definitivă, cu privire la fond sau la admisibilitate, reclamantul nu mai poate supune aceeași plângere pentru a doua oară în fața Curții, sau în fața unei alte instanțe internaționale. Se constată că este vorba despre o autoritate „negativă” a lucrului judecat care interzice posibilitatea de a rejudeca o cerere.

b) A doua consecință: posibilitatea de a se prevala de decizie și imposibilitatea de a contesta o hotărâre a Curții Europene în fața unei alte instanțe internaționale (autoritatea pozitivă a lucrului judecat).

Hotărârile Curții au autoritatea de lucru judecat deoarece solicitații pot să se prevaleze de titlul din care este constituită decizia (de exemplu pentru a reclama statului plata unei satisfacții echitabile). Nici un proces național de contestare a acestei autorități nu este prevăzut la nivel național: odată ce hotărârea a devenit definitivă conform dreptului convențional (după expirarea termenului de retrimiteră în fața Marii Camere), autoritatea sa devine incontestabilă. Este vorba în acest caz de o autoritate de lucru judecat „între părți” sau „relativă” deoarece doar statul parte la litigiu este ținut să recunoască autoritatea deciziei Curții. Se admite că această autoritate se impune în mod egal particularilor părți ai litigiului: reclamantul este considerat o parte integrantă a instanței europene și el n-ar putea repune în discuție decizia tot așa ca și statul.

Dar în același timp, alte state care nu sunt condamnate sunt interesate să ia în considerație autoritatea hotărârilor Curții, dacă ele doresc să evite condamnări atunci când situația lor juridică este identică.

În favoarea unei recunoașteri a eficacității substanțiale chiar de statele terțe, adică a unei „autorități absolute a lucrului interpretat” pot fi invocate mai multe argumente:

Mai întâi, articolul 19 al Convenției instaurează o Curte Europeană cu scopul „de a asigura respectul angajamentelor ce rezultă din prezenta Convenție” acest organ fiind astfel judecătorul natural și privilegiat al interpretării Convenției.

Mai apoi, ideea că interpretarea Convenției efectuată de Curtea europeană se încorporează în norma europeană și îi împrumută autoritatea sa nu poate fi contestată deoarece, admițând autoritatea jurisprudenței Curții odată cu aderența la angajamentul de respectare a dreptului convențional, statele s-ar fi deci angajat să recunoască autoritatea interpretărilor efectuate de Curtea europeană chiar dacă ele nu sunt „parte” în fața instanței europene când a enunțat această interpretare.

6 CEDO, art.35. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ROM.pdf

Recunoașterea limitată a forței obligatorii. Dispozițiile articolului 46 al Convenției precizează că „*Înaltele Părți Contractante se angajează să se conformeze hotărârilor definitive ale Curții în litigiile în care ele sunt părți*”⁷ și deci odată ce decizia devine definitivă (emisă de către Marea Cameră sau de altă formațiune și după expirarea termenului de 3 luni de sesizare a Marii Camere), statul parte la litigiu trebuie să se conformeze, el are această obligație juridică ce decurge din faptul semnării Convenției internaționale. Această „forță obligatorie” circulă liber în ordinile naționale fără formalități intermediare și fără un proces de executare: astfel nici o condiție nu este pusă și nici o procedură nu este prevăzută.

Cu toate acestea, această recunoaștere nu înseamnă că decizia europeană se încorporează în ordinea juridică internă pentru a substitui o hotărâre națională sau o lege națională. Această ineficiență relativă a hotărârilor este cunoscută sub termenul de efect declarator. De exemplu: dacă o hotărâre a unui tribunal francez încalcă un drept al Omului și că Curtea condamnă un stat la acest subiect, hotărârea Curții nu modifică autoritatea lucrului judecat de către judecătorul național care întotdeauna prevalează. Pentru a elimina consecințele unei hotărâri naționale neconforme unei decizii a Curții este necesar de prevăzut un mecanism național de reexaminare a autorității lucrului judecat. Este vorba aici de deschiderea unei noi căi de recurs contra unei hotărâri naționale. Dacă această cale nu există atunci decizia internă neconformă dreptului european va conserva autoritatea sa și forța sa executorie.

Dacă Curtea condamnă un stat pentru faptul că o lege nu este în conformitate cu un drept al omului, atunci Parlamentul și autoritățile publice sunt obligate să se conformeze. Dar nu există nici un fel de constrângere juridică pentru a impune Parlamentul să adopte o modificare legislativă. Uneori între declararea încălcării și reforma legislativă trece o perioadă îndelungată de timp. Doar că în afară de mecanismele juridice au fost instituite și mecanisme politice performante vizând punerea în aplicare a hotărârilor Curții Europene. Și aici este necesar de notat mecanismul de control asigurat de Comitetul de Miniștri și în această privință articolul 46 al Convenției care modificat de Protocolul 14 precizează acest control.

Articolul 46 al Convenției este modificat după cum urmează: „Articolul 46 — Forța obligatorie și executarea hotărârilor

1. *Înaltele Părți contractante se angajează să se conformeze hotărârilor definitive ale Curții în litigiile la care ele sunt părți.*
2. *Hotărârea definitivă a Curții este transmisă Comitetului Miniștrilor care supraveghează executarea ei.*
3. *Când Comitetul Miniștrilor consideră că supravegherea executării unei hotărâri definitive este împiedicată de o dificultate de interpretare a acestei hotărâri, el poate sesiza Curtea pentru a-i cere să se pronunțe asupra acestei probleme de interpretare. Decizia de sesizare a Curții este luată prin votul majorității a două treimi a reprezentanților care au dreptul de a face parte din Comitet.*

7 CEDO, art.46. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ROM.pdf

4. Când Comitetul Miniștrilor consideră că o Înalță Parte contractantă refuză să se conformeze unei hotărâri definitive într-un litigiu la care este parte, el poate, după avertizarea acestei Părți și printr-o decizie luată prin votul majorității a două treimi a reprezentanților care au dreptul de a face parte din Comitet, să sesizeze Curtea cu problema respectării de către această Parte a obligației față de paragraful 1.
5. Dacă Curtea constată o încălcare a paragrafului 1, ea transmite cazul Comitetului Miniștrilor care va examina măsurile ce urmează a fi luate. Dacă Curtea constată că nu a avut loc nici o încălcare a paragrafului 1, ea transmite cauza Comitetului Miniștrilor, care decide să încheie examinarea ei⁸.

Deci hotărârea definitivă sau reglementarea amiabilă este transmisă Comitetului de Miniștri pentru ca acesta la rândul său să-i supravegheze executarea. În vederea îndeplinirii acestui obiectiv Comitetul Miniștrilor organizează reuniuni regulate „Drepturile Omului“ și inițiază dialoguri cu statul de referință pentru elucidarea măsurilor individuale sau generale pentru a garanta executarea hotărârilor. În cazul existenței unor dificultăți de interpretarea unei hotărâri a Curții care împiedică executarea atunci cu o majoritate de 2/3 Comitetul poate decide sesizarea Curții cu o cerere de interpretare. În cazul refuzului de a se conforma deciziei, după o perioadă de 6 luni, Comitetul Miniștrilor sesizează cu o majoritate de 2/3 Marea Cameră a Curții Europene. Dacă și Marea Cameră decide asupra încălcării atunci cererea este trimisă din nou Comitetului Miniștrilor pentru a decide asupra măsurilor care trebuie să fie luate. Astfel de decizii sunt luate în cazuri excepționale. În fiecare an Comitetul de Miniștri elaborează un raport anual intitulat „Supravegherea executării hotărârilor“ în care se stabilește nivelul executării hotărârilor pentru fiecare stat în parte cât și problemele întâlnite la această etapă de state. Cât privește procedura de monitorizare, aceasta se bazează pe „planuri de acțiune“ și „rapoartele de acțiune“ prezentate de statul pârât Comitetului de Miniștri.⁹ Începând cu 2011, Comitetul monitorizează procesul de executare și îndeosebi adoptarea și punerea în aplicare a planurilor de acțiune printr-o nouă procedură având două aspecte: procedura standard pentru majoritatea cauzelor și procedura susținută pentru cauzele ce necesită adoptarea măsurilor individuale de urgență sau ce se referă la probleme sistemice importante, îndeosebi cauzele pilot.¹⁰ Procedura susținută se aplică și cauzelor interstatuale. În caz de necesitate, Comitetul poate interveni în vederea susținerii procesului de executare prin formularea sugestiilor și recomandărilor în decizii și rezoluții interimare. În același timp, statele pot solicita asistența Serviciului de executare a hotărârilor Curții EDO în cadrul examinării măsurilor de executare necesare.

8 CEDO, Protocolul nr.14 în vigoare din 1 iunie 2010 <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/194.htm>

9 Comitetul de Miniștri al Consiliului Europei http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/WCD/Press_fr.asp

10 CM/Inf/DH(2010)45 final 7 décembre 2010 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Inf/DH%282010%2945&Language=lanFrench&Ver=final&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

DREPT PUBLIC

PUBLIC LAW

UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND IZVOARELE DREPTULUI EUROPEAN

Andrei SMOCHINĂ, doctor habilitat, profesor universitar

Doranda MĂRĂCINEANU, doctorandă ULIM



The continental evolution, starting from the end of World War II, towards a „Great“, unified, Europe, was concretized in the creation and development — through the accession of other States — of the European Union. This process involved many political, social and economic transformations and, objectively, generated legal changes as well. Apart from the modification of the national legislations of the Member States, for the purposes of their continuous harmonisation with the requirements of the Community documents, a new law appeared, that is, Community law, which was named, subsequently, the European law. The sources of the European law are represented, first and foremost, by the treaties establishing the European Union, by amending treaties, treaties of accession to the European Union, as well as by elements of law founded on treaties. Another sources of the Union law is the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, the international law and, last but not least, the general principles of law, these last ones helping the Court to answer in those situations in which the provisions of the treaties or of the secondary legislation are unclear or elliptical.

Evoluția continentală începând de la sfârșitul celui de al doilea război mondial, către o Europă „Mare“, unită, s-a concretizat în formarea și dezvoltarea prin aderare a altor state, a Uniunii europene. Acest proces a implicat numeroase transformări politice, sociale, economice și în mod obiectiv a generat și transformări de ordin juridic. Dincolo de modificarea legislațiilor naționale ale statelor membre, în scopul armonizării continue a acestora la cerințele actelor comunitare, a apărut un nou drept, dreptul comunitar, care ulterior a fost denumit dreptul european. Izvoarele dreptului european sunt reprezentate în primul rând de tratatele de instituire a Uniunii europene, de cele modificatoare, de tratatele de aderare a statelor la Uniune, precum și de elemente ale dreptului fondate pe tratate. Tot ca izvor al dreptului Uniunii figurează și jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii europene, dreptul internațional și nu în ultimul rând principiile generale ale dreptului, acestea două din urmă ajutând Curtea să răspundă în acele situații în care prevederile Tratatelor sau ale legislației secundare sunt neclare sau eliptice. Hotărârile Curții de Justiție a Uniunii europene se bucură de atributul obligativității erga omnes, ridicând astfel precedentul judiciar, specific sistemului de drept anglo-saxon, la rang de izvor de drept și în sistemul de drept romano-germanic. Acest fenomen nu face decât să confirme faptul că dreptul este viu, se adaptează realităților socio-economice, iar marile familii de drept își împrumută reciproc caracterele specifice.

Numeroase personalități ale lumii secolului al XX-lea au susținut ideea unei Uniuni europene. De pildă, Victor Hugo arăta că „numai unitatea va deveni scutul în fața tuturor furtunilor care, altfel, ar putea pustii una din cele mai vechi civilizații ale lumii”.¹

Congresul de la Viena din anul 1926 a însemnat un punct de plecare în formarea unei uniuni europene, chiar dacă inițial viza numai ideea unei monede unice și a unei uniuni vamale.

„Declarația Schuman de la 9 mai 1950 a fost o propunere a ministrului francez de externe din acea perioadă, Robert Schuman, de a crea o nouă formă de organizare a statelor Europei, o Comunitate supranațională. În urma experienței celor două războaie mondiale, Franța a recunoscut că unele valori cum ar fi justiția nu pot fi definite doar în contextul aparatului fiecărui stat. Era nevoie de mult mai mult decât de o comunitate la nivel tehnic de control al industriilor carboniferă și siderurgică a Franței, Germaniei de Vest și a altor țări sub egida unei Înalte Autorități. Ea a dus la reorganizarea pașnică a Europei postbelice. Propunerea a dus mai întâi la crearea Comunității Europene a Cărbunelui și a Oțelului, dar pe termen lung a fost precursora tuturor celorlalte Comunități Economice Europene și a ceea ce este astăzi Uniunea Europeană. Evenimentul este sărbătorit anual ca Ziua Europei, iar Schuman este considerat a fi unul din părinții fondatori ai Uniunii Europene”²

Însă abia în anul 1946 Marea Britanie susține propunerea de constituire a statelor unite ale Europei. Astfel, după parcurgerea tratatelor pe cale diplomatică între Marea Britanie, Franța, Danemarca, Olanda, Luxemburg, Belgia, Italia, Irlanda, Suedia și Norvegia, s-a constituit Consiliul Europei, la data de 5 mai 1949. Totodată, s-a adoptat Convenția Europeană a drepturilor Omului -la data de 4 noiembrie 1950, s-a adoptat Tratatul stabilind Comunitatea Europeană a Cărbunelui și Oțelului, la data de 18 aprilie 1951, Tratatul stabilind Comunitatea Economică Europeană la 25 martie 1957 și Tratatul privind instituirea Comunității Europene a Energiei atomice, la aceeași dată. Fără a dezvolta acest subiect, dorim să precizăm că pe parcursul timpului, țările din centrul și estul Europei și-au manifestat interesul de a se integra acestei Uniuni, însă procesul de integrare a impus o serie de etape de parcurs, cu condiționări specifice reciproce. Dacă inițial aceasta a presupus dobândirea de „asociat”, la Uniunea Europeană, a doua etapă a însemnat integrarea la această Uniune.

O Europă unită a impus în mod obiectiv crearea unor structuri proprii. Dacă inițial acestea au fost de natură economică, potrivit scopului pentru care această Uniune a fost înființată, ulterior s-a impus și apariția unor reglementări de natură politică și militară.

Tratatul de la Maastricht, semnat la data de 7 februarie 1992 și intrat în vigoare la data de 1 noiembrie 1993, așa cum a arătat și profesorul Dumitru Mazilu³, a pus

1 Victor Hugo, citat de Dumitru Mazilu, Integrare europeană. Drept comunitar și instituții europene. Curs, ediția a IV-a. Editura Lumina Lex București 2006, p. 24 (614p).

2 <https://ro.wikipedia.org>, vizitat 28.07.2015

3 Dumitru Mazilu, Integrare europeană. Drept comunitar și instituții europene. Curs, ediția a IV-a. Editura Lumina Lex București 2006, p. 50 (614p).

bazele Uniunii Europene(consacrând juridic instituirea Uniunii Europene) și este format din Tratatul de Uniune Europeană și Tratatul Comunității Europene.

Ulterior, la data de 18 iunie 1997 s-a încheiat Tratatul de la Amsterdam, prin care s-au adus modificări Tratatului de la Maastricht, în domeniul procedurii legislative. Profesorul Dumiru Mazilu⁴ este de părere că acest Tratat reprezintă „un pas hotărâtor în direcția dezvoltării dreptului comunitar, nu numai la nivelul principiilor, ci, mai ales la nivelul izvoarelor, precum și, mai cu seamă, la nivelul legiferării “.

Tratatul de la Lisabona, semnat de statele membre ale Uniunii Europene la data de 13 decembrie 2007, a intrat în vigoare la 1 decembrie 2009 și a impus o serie de modificări Tratatului de Instituire a Comunității Economice Europene, devenit astfel Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene. Totodată, prin Tratatul de la Lisabona s-a instituit o personalitate juridică consolidată pentru Uniunea Europeana, întrucât până la acest moment numai Comunitatea Europeana se bucura de acest atribut. Nu în ultimul rând, prin acest Tratat Carta Drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene a dobândit aceeași forță juridicală,întocmai Tatatelor.

Dincolo de aceste aspecte, procesul de integrare europeană reprezintă un fenomen extrem de complex, care se manifestă atât în plan economic, cât și în plan juridic.

Comunitatea europeană are ca scop crearea unei uniuni economice, vamale și monetare, realizarea unei politici comerciale și economice comune, precum și obținerea liberei circulații a serviciilor, a forței de muncă și a capitalurilor.

Pentru a obține aceste deziderate, a apărut în mod obiectiv dreptul european, denumit inițial drept comunitar.

Asa cum susținea Daniel Mihail Șandru⁵, „dreptul integrării europene reglementează relații complexe, dintre state, precum și dintre cetățenii acestora și instituțiile constituite, pentru a promova pe întreaga Piața Comună o dezvoltare armonioasă, echilibrată și durabilă a activităților economice“.

Numeroși teoreticieni s-au aplecat în lucrările lor asupra definițiilor pe care le putem oferi dreptului european. Denumit inițial drept comunitar, acesta a fost definit ca⁶ fiind „ansamblul normelor juridice prin care se consacră structurile, rolul și funcțiile instituțiilor europene, precum și raporturile acestora cu instituțiile naționale în îndeplinirea obiectivelor de progres și dezvoltare ale popoarelor Continentului “.

Alți autori⁷ susțin că „dreptul comunitar reprezintă ansamblul de norme juridice care impun statelor membre reguli de urmat în vederea realizării obiectivelor pe care Comunitățile europene le au de îndeplinit. Aceste norme sunt cuprinse în tratate sau sunt emise de instituții, obiectul lor fiind Comunitățile și exercitarea competențelor lor. Ca atare, dreptul comunitar este un drept supranațional care în toate situațiile are întâietate față de dreptul național al fiecărei țări membre“.

4 Dumitru Mazilu, op cit,p. 51

5 Daniel Mihail Șandru. Drept comunitar. Integrare Europeană. Impactul asupra schimburilor comerciale europene și mondiale. Editura Universitară București. 2007, p. 256 (272 p).

6 Dumitru Mazilu. op. cit.,p56

7 Irina Moroianu-Zlătesu, Radu C Demetescu. Drept instituțional European,Editura Olimp, București, 1999, p 139(339 p).

Această din urmă definiție anticipează unul din principiile fundamentale ale dreptului european, acela al aplicării directe, al efectului direct al normei comunitare.

Noțiunea de izvor de drept, în teoria generală a dreptului, cunoaște două accepțiuni. Într-o primă accepțiune, sintagma izvor de drept, privită *latto sensu*, desemnează maniera în care dreptul este transpus și este adus la cunoștința destinatarilor săi. *Stricto sensu*, noțiunea presupune forma de exprimare a dreptului.

De-a lungul timpului, doctrina a propus numeroase definiții și clasificări ale acestei noțiuni. Astfel, profesorul universitar doctor Costică Voicu⁸ definea izvoarele dreptului ca fiind „forme concrete de exprimare a normelor juridice care acționează în cadrul unui sistem de drept în diferite etape ale evoluției sale“. Dacă teoria generală a dreptului propune în unanimitate în această categorie a izvoarelor de drept obiceiul juridic (*cutuma*), precedentul judiciar și practica judiciară, actul normativ, contractul normativ și doctrina-toate acestea cu titlu de izvoare formale, în dreptul european lucrurile nu sunt identice.

Izvoarele dreptului european reprezintă „modalități specifice prin care regulile de conduită considerate necesare în structurile europene devin norme de drept prin acordul de voință al statelor membre“. ⁹

În sens material, termenul desemnează factorii de configurare a dreptului, respectiv factorul social și factorul economic la nivel european, prezent și comun în fiecare stat membru al Uniunii.

În sens formal, această noțiune presupune modalitatea concretă în care regulile europene sunt materializate și aduse la cunoștința publică.

Doctrina juridică propune și alte clasificări ale izvoarelor dreptului european. Astfel, se distinge noțiunea de izvor original și izvor derivat sau izvor primar și izvor secundar. Totodată se susține și clasificarea acestora în izvoare scrise (cele aparținând dreptului primar și derivat) și respectiv în izvoare nescrise (*cutuma*, jurisprudența Curșii de Justiție a Uniunii europene și principiile generale ale dreptului European).

Izvoarele primare sau originare ale dreptului comunitar (legislație primară) sunt reprezentate de către Tratatul Uniunii europene, Tratatul pe care statele membre le-au încheiat și despre care am făcut vorbire mai sus (Tratatul constitutiv de la Paris și Roma care au pus bazele Uniunii Europene, tratatele de modificare a Uniunii europene, tratatele de aderare a statelor la Uniune, protocoalele anexate la Tratatul de funcționare și la cele de aderare). Bucurându-se de calificarea de izvor primar, tratatele europene au prioritate față de orice alte reglementări europene, inclusiv în raport cu alte tratate încheiate de statele membre anterior aderării la Uniunea europeană. Această aplicabilitate prioritară exclude totodată și posibilitatea statelor membre de a încheia acorduri între ele sau cu terțe state (nemembre ale Uniunii) prin care să deroge de la normele tratatelor europene.

8 Costică Voicu, *Teoria generală a dreptului*. Curs Universitar. Editura Universul juridic, București 2006. p 145 (382 p)

9 Dumitru Mazilu, *op. cit.*, p69

Izvoarele secundare sau derivate ale dreptului comunitar reprezintă cea de a doua categorie de izvoare, categorie care include „actele adoptate de instituțiile comunitare în scopul aplicării prevederilor Tratatelor adoptate de către statele membre: regulamente, directive, decizii, avize și recomandări”.¹⁰

Normele edictate de aceste izvoare derivate ale dreptului european, sub sancțiunea nulității, trebuie să fie în concordanță atât cu cele stipulate de tratatele europene, cât și cu principiile dreptului european.

Aceste izvoare secundare reprezintă elemente ale dreptului european fondat pe tratatele Uniunii.

La rândul lor, izvoarele derivate ale dreptului european cuprind acte unilaterale și acte convenționale. Actele unilaterale sunt atât cele care sunt expres stipulate în dispozițiile art 288 TFUE(ex art. 249 TCE) și anume : regulamente, directive, decizii, recomandări și avize, cât și cele care nu sunt prevazute în tratatele Uniunii, fiind reprezentate de cărțile albe, cărțile verzi, recomandările.

Actele convenționale sunt reprezentate de acordurile internaționale pe care statele membre le încheie sau de acele acorduri încheiate între Uniunea europeană, pe e o parte și o altă țară nemembră sau o organizație tetra.

Potrivit dispozițiilor art. 288 TFUE (ex art. 249 TCE), „Pentru exercitarea competențelor Uniunii, instituțiile adoptă regulamente, directive, decizii, recomandări și avize. Regulamentul are aplicabilitate generală. Acesta este obligatoriu în toate elementele sale și se aplică direct în fiecare stat membru. Directiva este obligatorie pentru fiecare stat membru destinat cu privire la rezultatul care trebuie atins, lăsând autorităților naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele. Decizia este obligatorie în toate elementele sale. În cazul în care se indică destinatarii, decizia este obligatorie numai pentru aceștia. Recomandările și avizele nu sunt obligatorii”.

Regulamentul, ca izvor scris și secundar (derivat) al dreptului european, reprezintă un act normativ adoptat de instituțiile europene, respectiv de Consiliu și Parlamentul european sau de către Comisie, fiind edictat cu aplicabilitate directă generală și obligatorie în toate statele membre ale Uniunii. Astfel, regulamentul se bucură de efect direct atât vertical- ceea ce conferă posibilitatea persoanelor fizice sau juridice de a invoca prevederile acestuia în fața instanțelor naționale sau europene, cât și de efect orizontal-aspect care implică dreptul de a fi invocat în raport cu alte persoane fizice. Așadar, regulamentul este opozabil erga omnes, bucurându-se de forța obligatorie în toate statele membre, fără a fi necesară transpunerea dispozițiilor sale în legislațiile naționale. Principiul efectului direct al dreptului European este unul din principiile fundamentale ale dreptului european. Acest principiu a fost consacrat de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene; astfel, în Hotărârea Curții din data de 5 februarie 1963, Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen, 26/62, Recueil, Curtea a arătat că: „art 12 din Tratatul de instituire a Comunității Economice Eu-

10 Marin Voicu. Introducere în dreptul European. Editura Universul juridic. București 2007. p38 (240 p).

ropene produce efecte directe și dă naștere pentru justitiabili la drepturi individuale pe care organele jurisdicționale de drept intern trebuie să le protejeze¹¹.

Directiva reprezintă un alt izvor al dreptului European, făcând parte din categoria celor scrise, derivate și obligatorii, fiind adoptată de către Consiliul și Parlamentul european sau de către Comisie, în scopul realizării uniformizării legislațiilor naționale ale statelor membre. Aceasta se bucură de caracter general, având ca destinatar unul sau mai multe state membre concret indicate, sau chiar tuturor statelor membre. Însă directiva nu este direct aplicabilă, asadar nu se bucură de efect direct ca în cazul regulamentului și aceasta întrucât impune statelor membre destinate o obligație de rezultat, în sensul transpunerii acesteia în legislația sa națională, într-un anumit termen, expres stipulat de aceasta. Statele destinate au libertatea de a transpune directiva în maniera proprie, cu obligația însă de a nu încălca prevederile directivei pe care doresc să o transpuna. În aceste condiții, directiva, odată transpusă în legislația națională, nu se va aplica direct, ci va avea aplicabilitate textul de lege intern.

Cu toate acestea, în situația în care statul membru destinat al directivei nu a transpus-o în legislația națională, ori transpunerea acesteia s-a realizat incomplet sau cu încălcarea termenului de transpunere, o persoană privată poate invoca respectiva directivă în fața instanței naționale, aspect care reprezintă o excepție de la interdicția directivei de a avea efect direct orizontal.

Decizia este un alt izvor de drept european, având caracter scris și obligatoriu, însă numai în raport de destinatarul sau destinatarii individuali, neavând asadar aplicabilitate generală. Destinatarii săi pot fi state sau particulari.

Avizele, recomandările, propunerile Comisiei adresate Consiliului, declarațiile de intenție, fac de asemenea parte din categoria izvoarelor scrise, specifice de drept european, însă nu au caracter obligatoriu, ci facultativ, ceea ce nu implică aplicabilitatea lor în legislațiile naționale ale statelor membre.

În afară de aceste două categorii de izvoare ale dreptului european, se susține și existența unei a treia categorii¹², respectiv izvoarele legislației complementare, categorie în cadrul căreia sunt incluse elemente ale dreptului european care nu sunt prevăzute în Tratat și anume: jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, dreptul internațional și principiile generale ale dreptului.

Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene reprezintă în dreptul european un important izvor de drept. Este știut faptul că în sistemul de drept romano-germanic jurisprudența nu reprezintă un izvor de drept, cu micile excepții general acceptate. Însă specificul și unicitatea dreptului Uniunii a impus ca hotărârile date de Curte să se ridice la nivelul de izvor de drept. Acest lucru a fost determinat de o serie de factori obiectivi. Astfel, reglementările generale din tratate, în domeniile supuse reglementării europene, fie nu au fost detaliate, fie au fost neclare.

11 Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din 5 februarie 1963- curia.europa.eu/jcms/jcms, vizitat la 30. 07. 2015

12 eur-lex.europa.eu, vizitat la 27. 07. 2015 și la 29. 07. 2015

În aceste condiții, instanțele naționale din statele membre, pe lângă obstacolul specificității dreptului național, s-au văzut în imposibilitatea de a face o aplicare corectă a dispozițiilor europene. În scopul atingerii dezideratelor Uniunii și sub acest aspect jurisdicțional, prin dispozițiile art. 267 (ex 234 TCE) TFUE s-a instituit procedura întrebării preliminare. Astfel, art. 267 TFUE prevede că „Curtea de Justiție a Uniunii Europene este competentă să se pronunțe, cu titlu preliminar, cu privire la interpretarea tratatelor, validitatea și interpretarea actelor adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile Uniunii. În cazul în care o asemenea chestiune se invocă în fața unei instanțe dintr-un stat membru, aceasta instanță poate, în cazul în care apreciază că o decizie în această privință îi este necesară pentru a pronunța o hotărâre, să ceară Curții să se pronunțe cu privire la această chestiune. În cazul în care o asemenea chestiune se invocă într-o cauză pendinte în fața unei instanțe naționale ale cărei decizii nu sunt supuse vreunei căi de atac în dreptul intern, această instanță este obligată să sesizeze Curtea“.

Sistemul european urmărește unificarea și uniformizarea sistemelor de drept ale statelor membre, în domeniile reglementate de Tratatul UE. Unificarea și uniformizarea implică o interpretare similară a normelor și dispozițiilor legislației europene, de către toate instanțele naționale ale statelor membre. Așadar, instanța națională, sesizată cu o cauză pendinte, în care este aplicabilă o normă europeană, are posibilitatea de a se adresa Curții de Justiție a Uniunii Europene cu o întrebare preliminară, prin care solicită interpretarea acelei sau acelor dispoziții care îi sunt neclare. Obiectul întrebării preliminare adresate de către judecătorul național al statului membru (care este un judecător de drept comun al dreptului european), îl poate constitui nu numai interpretarea normei comunitare, ci și legalitatea sau validitatea acelei norme, precum și modul de aplicare, de interpretare a textului respectiv.

Fără a intra în detalii cu privire la această procedură a întrebării preliminare, amintim faptul că doar instanța națională a cărei hotărâre este definitivă are obligația și nu facultatea de a sesiza Curtea pe această cale, cu excepția situației în care norma comunitară este foarte clară, nelăsând loc de dubii, sau dispoziția respectivă a mai făcut obiectul interpretării Curții.

Hotărârea dată de Curte, date fiind obiectivele Uniunii, este obligatorie nu numai pentru instanța care a sesizat Curtea, ci pentru toate statele membre, tocmai pentru a se asigura o aplicare unitară a dreptului de către toate statele membre ale Uniunii. Deosebit de important ni se pare faptul că la deliberarea și pronunțarea hotărârii, Curtea de Justiție a Uniunii Europene nu cunoaște instituția opiniei separate, hotărârea pronunțându-se în unanimitate, aspect care întărește rolul Curții de a asigura interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor europene, nelăsând loc de dubii.

De altfel, profesorul univ. dr. Marin Voicu arăta că: „fiecăre aplicare a dreptului necesită interpretare, care înseamnă că, într-un fel sau altul, regulile sunt perfecționate și suplimentate. Interpretarea dreptului ar urma să fie cu atât mai necesară cu cât legea este mai generală și lacunele mai prezente“.¹³

13 Marin Voicu, op. cit, p. 47

În acest context, interpretarea dată de Cute dispozițiilor europene este nu numai necesară, ci se impune pentru realizarea obiectivelor Uniunii.

Numeroși teoreticieni au susținut teza potrivit căreia jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii europene reprezintă un adevărat și important izvor de drept. Citându-l pe Louis Cartou¹⁴, profesorul Marin Voicu arăta că :“ jurisprudența Curții este un izvor esențial de drept întrucât în numeroase probleme Curtea de Justiție completează și precizează dispozițiile Tratatului, concomitent cu asigurarea respectării lor“.

Profesorii universitari doctori Ion P. Filipescu și Augustin Fuerea¹⁵ susțineau aceeași idee, subliniind „aptitudinea Curții de a crea dreptul“.

Și profesorul universitar doctor Nicolae Popa¹⁶ conferă calitate de izvor de drept jurisprudenței europene, arătând că acest caracter „se datorează poziției ocupate de Curte de asigurare a respectului dreptului comunitar,faptului că doar Curtea dă interpretare cu caracter autentic, fapt ce constituie premisa asigurării omogenității și coerenței sistemului și construcția aquis-ului comunitar“.

Profesorul universitar Andrei Smochină, doctor habilitat în științe juridice, invedera că¹⁷ „o influență pronunțată a practicii judiciare a început să contribuie la dezvoltarea unor instituții de drept,chiar și în statele sistemului continental de drept, în care precedentul judiciar pe parcursul istoriei nu era recunoscut drept izvor de drept“, susținând apoi concluzia conform căreia „un loc deosebit în influența asupra dezvoltării dreptului îi revine precedentului judiciar referitor la interpretarea legilor “.

În acord cu această opinie suntem și noi, observand, așa cum s-a aratat mai sus, că rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene este tocmai acela de a interpreta dispozițiile comunitare, iar hotărârile astfel pronunțate sunt obligatorii ergaomnes.

Dacă în sistemele naționale de drept specifice familiei de drept romano-germanice,judecătorul nu „face legea“, ci doar o interpretează și apoi o aplică la o speță dată, în cazul dreptului european Curtea de Justiție este cea care o interpretează,însă cu putere obligatorie ex tunc și ergaomnes, aspect care reprezintă o noutate pentru sistemul continental de drept, dar și o întrepătrundere cu sistemul de drept anglo-saxon.

Principiile generale de drept european constituie un alt izvor de drept, făcând parte din categoria izvoarelor nescrise, alături de cutuma și jurisprudența Curții.

Asa cum arăta și profesorul Marin Voicu¹⁸, „principiile generale ale dreptului comunitar au fost inițiate și formulate în hotărârile Curții de Justiție de la Luxemburg și apoi introduse în Tratatul Comunității Europene sau în tratatele modificatoare,fiind,

14 Marin Voicu, op. cit, p. 47

15 I. P. Filipescu, A. Fuerea. Drept instituțional comunitar european. Editura Actami București, 1994, p. 31 (239 p).

16 Nicolae Popa. Teoria generala a dreptului. Curs universitar,Ediția 3. Editura C. H. Beck. București 2008. p166 (248 p)

17 Andrei Smochină. Istoria universală a Statului și Dreptului. Ediția a 3-a., Chișinău. Tipografia Centrală, 2013, p. 534 (552 p.)

18 Marin Voicu. op. cit.,p 20

în sfârșit consacrate, ca atare, în Constituția Uniunii Europene semnată la Roma, la 29.X.2004“.

Principiul aplicabilității directe a dreptului European, principiul priorității acestuia, principiul nediscriminării, principiul libertății de asociere, principiul subsidiarității și al proportionalității, principiul respectării drepturilor fundamentale ale omului reprezintă reguli esențiale care guvernează întreaga legislație europeană, reguli de la care niciun stat membru nu poate deroga.

Dincolo de așteptările economice, politice și sociale ale statelor membre și ale Uniunii în general, apreciem că în contextul reglementărilor comune în domeniile avute în vedere de legislația europeană, fiecare stat membru trebuie să își păstreze tradiția și personalitatea, inclusiv sub aspect juridic. Chiar dacă legislația europeană este direct aplicabilă în situațiile și cazurile pe care le-am analizat mai sus, cultura și istoria unui popor nu pot fi ignorate și trebuie să se regăsească măcar în parte, în dreptul său național. Nu putem însă nega tendințele care se manifestă în Europa și chiar în lume, pe toate palierele vieții și în mod obiectiv acestea se fac simțite și în sistemele juridice naționale sau în marile familii de drept, contribuind la progresul omenirii.

ASPECTE TEORETICO- PRACTICE PRIVIND RAPOR- TURILE AUTORITĂȚILOR ADMINISTRAȚIEI PUBLICE LOCALE CU INSTANȚELE JUDECĂTOREȘTI



(Studiu de caz: mun. Chișinău)

Serghei ȚURCAN, doctor în drept, conferențiar universitar

Igor CRISTAL, doctorand ULIM, consilier de stat de clasa I

Les relations entre les autorités publiques locales (APL) et les tribunaux, sur la base de l'expérience de l'administration publique de Chișinău, révèlent l'intrusion des pouvoirs publics sur le champ constitutionnel ou légal des autres, en particulier par substitution des tâches administratives par les tribunaux, avec des effets négatifs persistants. APL retardé l'exécution des jugements irrévocable. Les règles de la représentation dans les tribunaux sont violées par l'APL, restant impunis par les organes d'application de la loi et les tribunaux habilités. Pour diminuer le risque de porter atteinte à l'intérêt public, par conséquent, les règles pertinentes exigent l'achèvement et la clarté (détail), et les autorités compétentes de réagir rapidement.

Mots-clés: *Les autorités publique locaux, les tribunaux, les rapports des autorités locales et les tribunaux, poursuite administrative, violations des capacités fonctionnelle, l'intérêt public.*

Raporturile autorităților administrației publice locale (APL) cu instanțele judecătorești, bazate pe experiența administrației publice a municipiului Chișinău, relevă pătrunderea unor autorități publice pe câmpul constituțional sau legal al altora, în special, prin substituirea atribuțiilor administrative de instanțele de judecată, cu efecte negative persistente. APL tergiversează executarea hotărârilor de judecată irevocabile. Regulile de reprezentare în judecată sunt încălcate de către împuterniciții APL, rămânând nesancționate de către organele de drept și de instanțele de judecată abilitate. Pentru a diminua pericolul de prejudiciere a interesului public, în consecință, normele pertinente necesită completare și mai multă claritate (detaliere), iar organele competente să reacționeze mai prompt.

Cuvinte cheie: *autorități publice locale, instanțe de judecată, raporturi ale autorităților publice locale cu instanțele de judecată, contencios administrativ, încălcări ale prerogativelor funcționale, interes public.*

Autoritățile administrației publice locale (APL) sunt persoane juridice de drept public care în activitatea lor urmăresc un interes general al comunităților locale, fiind dotate cu atribuții de ordin normativ și administrativ, beneficiază de autonomie

decizională, organizațională, gestionară și financiară, au dreptul la inițiativă în tot ceea ce privește administrarea treburilor publice locale, exercitându-și, în condițiile legii, autoritatea în limitele teritoriului administrat.

Autoritățile administrației publice locale realizează atribuții în exercitarea autorității puterii publice — *acta jure imperii* și beneficiază de prerogative specifice persoanelor juridice de drept privat — *acta jure gestionis*. Acestea din urmă, nu se încadrează în sfera autorității publice, diferența între *acta jure imperii* și *acta jure gestionis* nu întotdeauna fiind ușor de realizat în practică.

În cazul acțiunilor cu participarea autorităților administrației publice locale o chestiune este de natură civilă sau comercială și ține de competența instanțelor de judecată de drept comun dacă rezultă din *acta jure gestionis* și este de competența instanței de contencios administrativ dacă rezultă din *acta jure imperii*.

Prin urmare, câmpul pe care se întâlnesc autoritățile administrației publice locale și instanțele de judecată în principal este contenciosul administrativ, preponderent în cazul exercitării de către Cancelaria de stat a controlului administrativ al activității acestora, obiect al verificării fiind legalitatea actelor emise de APL și, mai puțin, oportunitatea acestora.

Un litigiu de contencios administrativ este generat în principiu de nesoluționarea de către autoritățile administrației publice locale a unei cereri prealabile, în cadrul recursului grațios, obiect al căreia este restabilirea sau valorificarea unui drept sau interes legitim pretins al petiționarului sau contestarea unui act administrativ și/sau contract administrativ.

Legea contenciosului administrativ¹ definește contractul administrativ, *inter alia* pe cel încheiat de autoritatea publică, în virtutea prerogativelor de putere publică, având ca obiect administrarea și folosirea bunurilor proprietate publică. Este stipulat² că nu pot fi atacate în instanțele de contencios administrativ actele de gestiune emise de autoritatea publică în calitate de persoană juridică în legătură cu administrarea și folosirea bunurilor ce aparțin domeniului său privat, totodată, prin proprietate publică se înțelege totalitatea bunurilor domeniului public și a bunurilor domeniului privat ale statului sau ale unităților administrativ-teritoriale³.

Normele menționate *supra* conțin o coliziune care poate fi soluționată, eventual prin definirea „domeniului său privat” în înțelesul legii contenciosului administrativ. Presupunem că legiuitorul a intenționat să excludă acțiunile izvorâte din *acta jure gestionis* din competența contenciosului administrativ.

Prin recomandările sale de unificare a practicii judiciare, Curtea Supremă de Justiție încearcă să impună instanțelor judecătorești o anumită conduită, considerată

1 Art.2 din Legea contenciosului administrativ nr.793 din 10.02.2000, republicată în Monitorul Oficial la Republicii Moldova, ediție specială din 03.10.2006. <http://lex.justice.md/md/311729/>

2 Art.4, lit. g) din Legea contenciosului administrativ.

3 Art.2 din Legea nr.121 din 04.05.2007 privind administrarea și deetatzarea proprietății publice, publicată în Monitorul Oficial la Republicii Moldova, nr. 90-93 din 29.06.2007. <http://lex.justice.md/md/324100/>

a fi corectă de instanța supremă la aprecierea raporturilor litigioase, inclusiv cu implicarea autorităților administrației publice locale. Cu toate că, printr-o recomandare⁴, Curtea Supremă de Justiție sugerează instanțelor judecătorești să nu examineze litigii (prin refuz în primirea cererilor, încetarea proceselor de pe rol) în care să recunoască construcții neautorizate, considerând chestiunea dată exclusiv de competența APL, admite ea însăși în conținutul recomandării o inadvertență.

Astfel, instanța supremă menționează „că recunoașterea dreptului de proprietate cu înregistrarea construcțiilor neautorizate (executate în lipsa certificatului de urbanism pentru proiectare, a documentației de proiect și a autorizației de construire — n.a.), ar constitui substituirea instanței de judecată (corect ar fi: substituirea autorităților administrației publice locale — n.a.) în aprecierea unor aspecte ce țin de interesul public și anume asigurarea calității în construcții, corespunderea imobilului neautorizat cu cerințele de exploatare a acestora“. Asemenea litigii, privind legalizarea construcțiilor neautorizate, nu ajung spre examinare la Curtea Supremă de Justiție, fiind de competența judecătoriilor de sector și a Curții de Apel ca instanță de recurs, practica arătând că instanțele de judecată ignoră atât normele imperative pertinente, cât și propriu-zis recomandarea menționată. Prin urmare, atribuțiile autorităților administrației publice locale în acest domeniu sunt în multiple cazuri înlocuite prin hotărâri de judecată, care, deseori, nici nu sunt atacate de reprezentanții APL.

Depășirea limitelor competenței de către autoritatea publică constituie temei de anulare a actelor administrative adoptate și a actelor subsecvente actului administrativ⁵. Actele subsecvente actelor administrative anulate sunt lovite de nulitate relativă, de aceea, considerăm o problemă faptul că instanțele de judecată nu constată expres nulitatea absolută a acestora în toate cazurile, iar în condiția în care contractul încheiat în baza actului administrativ anulat este înregistrat într-un registru public și, nefiind expres anulat, nu poate fi radiat din registru, corespunzător, își menține efectele, iar hotărârea de judecată⁶ își pierde orice rațiune de a fi.

Tergiversarea executării de către autorităților administrației publice locale a hotărârilor de judecată irevocabile. Obligativitatea respectării hotărârilor judecătorești și colaborării în vederea executării hotărârilor definitive ale instanțelor de judecată este consacrată constituțional⁷. Caracterul obligatoriu al hotărârilor judecătorești, respectarea și executarea lor este asigurată prin procedura de punere în executare, existența unor organe specializate investite cu atribuții de executare și posibilitatea

4 Recomandarea Curții Supreme de Justiție nr.7 privind examinarea cererilor despre recunoașterea dreptului de proprietate asupra construcțiilor neautorizate. http://jurisprudenta.csj.md/search_rec_csj.php?id=22

5 Hotărârea Curții Supreme de Justiție nr.8 din 22.12.2014 cu privire la practica aplicării de către instanțele judecătorești a legislației funciare. http://jurisprudenta.csj.md/search_hot_expl.php?id=198

6 Pentru exemplu, a se vedea speța http://jurisprudenta.csj.md/search_col_civil.php?id=11528

7 Art.120 din Constituția Republicii Moldova, adoptată la 29.07.1994, în vigoare de la 27.08.1994, publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 1 din 18.08.1994.

de a aplica sancțiuni în cazurile prevăzute de lege pentru încălcarea legislației ce ține de executare⁸.

Vorbind de autoritățile administrației publice locale, întru executarea hotărârilor de judecată, proiectele respective de decizii se supun votului în ședința consiliului local, autorității deliberative a administrației publice locale, și pe motiv că consilierii se abțin de la vot sau chiar votează împotriva, deciziile în acest sens, deseori, rămân neadoptate perioade îndelungate. Acest fapt se datorează în primul rând **nerespectării procedurii de vot (nominal) și lipsei răspunderii reale** a consilierilor și a funcționarilor responsabili.

În cazul neexecutării în termen a hotărârii, conducătorul autorității publice în a cărei sarcină a fost pusă executarea acesteia poate fi tras la răspundere în conformitate cu prevederile legislației în vigoare⁹. Consilierii răspund solidar pentru activitatea consiliului local și pentru deciziile acestuia pe care le-au votat. Fiecare consilier poartă răspundere juridică, conform legislației în vigoare, pentru propria activitate desfășurată în exercitarea mandatului. La cererea consilierului, pentru a fi exonerat de răspunderea solidară, votul și opinia lui separată pot fi consemnate în procesul-verbal al ședinței¹⁰.

Totodată, Legea nr.768 din 02.02.2000 privind statutul alesului local¹¹, la art. 9, prevede că alesul local nu poate fi supus persecuțiilor sau tras la răspundere contravențională sau penală pentru voturile sau opiniile politice exprimate în exercitarea mandatului, ceea ce lasă o marjă inadmisibilă de interpretare la acest capitol.

Neexecutarea intenționată sau eschivarea de la executare a hotărârii judecătorești, precum și împiedicarea executării se sancționează cu amendă contravențională de la 50 până la 300 de unități convenționale¹². Dacă aceste fapte au fost comise după aplicarea sancțiunii contravenționale, persoana vinovată poate fi trasă la răspundere penală¹³.

Cu toate aceste posibilități de sancționare, totuși, pentru executarea tardivă a hotărârii de judecată irevocabile de către autoritățile administrației publice locale, statul a fost condamnat deja de către Curtea Europeană pentru Drepturile Omului. În una din cauze¹⁴, Curtea notează că hotărârea definitivă pronunțată în favoarea întreprin-

8 Constituția Republicii Moldova. Comentariu. Chișinău: Arc, 2012, p.451.

9 Art.32, alin. (3) din Legea contenciosului administrativ.

10 Art.23 din Legea privind administrația publică locală nr. 436 din 28.12.2006, publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 32-35 din 09.03.2007. http://lex.justice.md/document_rom.php?id=C8E304A4:037190E8

11 Legea privind statutul alesului local nr. 768 din 02.02.2000, publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 34 din 24.03.2000. <http://lex.justice.md/md/311725/>

12 Art.318 din Codul contravențional nr. 218 din 24.10.2008, publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 3-6 din 16.01.2009. <http://lex.justice.md/md/330333/>

13 Art.320 din Codul penal nr. 985 din 18.04.2002, republicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.72-74 din 14.04.2009. <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&id=331268>

14 Baza de Transport Auto nr.1 vs. Republica Moldova, Hotărârea CEDO din 18.11.2014 (cererea nr. 36438/08). <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22display%22:%5B%22%22%22%22languageisocode%22:%5B%22RON%22%22%22appno%22:%5B%2236438%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22COMMITTEE%22%22%22itemid%22:%5B%22001-154901%22%22%7D>

derii reclamante nu a fost executată timp de aproximativ treizeci și opt de luni și că Guvernul nu a oferit nicio justificare pentru această întârziere. Curtea reiterează poziția exprimată în repetate rânduri în cauzele care vizează deficiențe la executarea hotărârilor judecătorești, potrivit căreia, imposibilitatea unui creditor de a obține executarea într-un timp rezonabil a hotărârii judecătorești definitive pronunțate în favoarea sa constituie o încălcare „a dreptului la un proces echitabil“ consacrat de art.6 § 1 al Convenției Europene pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale¹⁵, precum și o încălcare a articolului 13 al Convenției „dreptul la un recurs efectiv“ (orice persoană ale cărei drepturi și libertăți recunoscute de Convenție au fost încălcate are dreptul de a se adresa efectiv unei instanțe naționale, chiar și dacă încălcarea ar fi fost comisă de persoane care au acționat în exercitarea atribuțiilor lor oficiale).

Executarea unei hotărâri irevocabile care deja de mai multe ori a fost în stadiu de examinare la Consiliul Municipal Chișinău și nu a acumulat numărul necesar de voturi a adus prejudicii de milioane de lei bugetului public municipal, persistând și în prezent.

Termenul maxim pentru executarea benevolă a hotărârii judecătorești este de 30 de zile¹⁶. La expirarea acestui termen (la cererea creditorului), trebuie să intervină executorul judecătoresc pentru demararea procedurii de executare silită, care implică anumite cheltuieli suplimentare. Aceasta presupune mai întâi acordarea autorității administrației publice locale a unui termen de grație de 10 zile de la primirea somației de executare silită. La expirarea acestui termen, executorul judecătoresc trebuie să încheie un proces-verbal pe care să îl înainteze (anexat la un demers) instanței de judecată care a adoptat hotărârea, pentru a stabili modul de executare a acesteia și de aplicare a sancțiunii față de debitor.

Curtea Constituțională consideră oportună instituirea unei obligații în sarcina creditorului de a soma debitorul asupra executării benevole a documentului executoriu până la intentarea procedurii de executare silită, adică termenul de grație să fie acordat în interiorul perioadei de executare benevolă¹⁷.

Hotărârile judecătorești privind efectuarea unor acte obligatorii de către organele colegiale se execută prin adoptarea actului respectiv în cadrul ședinței acestora **prin vot nominal**. În cazul în care organul colegial nu a executat hotărârea judecătorească, instanța, în baza procesului-verbal de constatare întocmit de executorul judecătoresc, va aplica membrilor organului colegial, obligați să execute hotărârea, sancțiunea prevăzută de lege¹⁸. Prin urmare, **pentru sancționarea persoanelor vinovate din**

15 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

16 Art.32, alin. (2) din Legea contenciosului administrativ

17 Hotărârea Curții Constituționale a Republicii Moldova nr.1 din 15.01.2013 privind controlul constituționalității unor prevederi ale articolului 60 alin. (3) și alin. (31) din Codul de executare al Republicii Moldova nr.443-XV din 24 decembrie 2004. http://www.constcourt.md/public/files/file/Actele%20Curtii/acte_2013/h_01.op.adr.2013.ro.pdf

18 Art.152 din Codul de executare nr. 443 din 24.12.2004, republicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 704 din 05.11.2010. http://lex.justice.md/document_rom.php?id=7815EB1B:E68465D1

cadrul autorității administrației publice locale este necesară demararea procedurii de executare silită ce implică cheltuieli de executare și face mai dificil accesul la justiție și, în general, aduce atingere încrederii în actul de justiție.

Deci, soluția legitimă în această situație este formarea de către primar și secretarul consiliului a ordinii de zi a ședinței consiliului municipal prin ***inserarea separată*** a proiectelor de decizii elaborate întru executarea hotărârilor de judecată, precum și ***supunerea acestora la vot nominal***, la inițiativa și sub supravegherea președintelui ședinței și a secretarului consiliului. Pentru neexecutarea acestor operațiuni administrative în ordinea menționată, în special pentru nesupunerea proiectelor deciziilor votului nominal contrar prevederilor Codului de executare, considerăm că aceste persoane ar putea fi atrase la răspunderea contravențională și ulterior chiar penală. Votul nominal permite atragerea la răspundere individuală, inclusiv a consilierilor municipali care au contribuit la neexecutarea hotărârilor de judecată.

Un alt fenomen cu rezonanță sporită în societate este ***substituirea atribuțiilor autorităților administrației publice locale de către instanța de judecată prin schimbarea modului și ordinii de executare a hotărârilor de judecată irevocabile, organizarea forțată a licitațiilor de adjudecare a bunurilor deținute de administrația publică locală, încuviințarea tranzacțiilor de împăcare cu impact patrimonial, în lipsa aprobării prealabile de către Consiliul Municipal Chișinău.*** Numărul mare de asemenea cazuri trezește suspiciuni de fraudă, în care sunt implicate mai multe autorități publice și factori de decizie ai acestora. Prin încheierea instanței de judecată privind schimbarea modului și ordinii de executare a hotărârii definitive și irevocabile conform art. 252 din Codul de procedură civilă¹⁹ se înlocuiește voința autorităților publice care au fost obligate la anumite acțiuni de prerogativa exclusivă a cărora sunt, în cazul tergiversării executării hotărârii de către autoritățile administrației publice locale²⁰. Altfel spus, ***în materia civilă are loc schimbarea obiectului acțiunii (litigiului), iar în materia constituțională — pătrunderea autorității judecătorești pe câmpul de competență a administrației publice locale, ambele fiind inadmisibile.***

De regulă, încheierile judecătorești de fond de acest fel intră în vigoare prin nerecurare, pentru că opinia menționată *supra* coincide cu interpretarea instanței supreme²¹, deși această interpretare nu este una constantă²².

19 Codul de procedură civilă nr. 225 din 30.05.2003, republicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.130-134 din 21.06.2013. <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&id=286229>

20 A se vedea: Cristal I. Abordări științifico-practice privind interferențe între autorități publice în realizarea competențelor sale constituționale. În: Studii Juridice Universitare, Anul VII, Nr. 1-2, 2014, p.233-234.

21 A se vedea în acest sens spețele: http://jurisprudenta.csj.md/search_col_civil.php?id=8462; http://jurisprudenta.csj.md/search_col_civil.php?id=6940

22 A se vedea în acest sens speța: http://jurisprudenta.csj.md/search_col_civil.php?id=6941

Plenul Curții Supreme de Justiție consideră²³ că nu pot fi de competența instanței de judecată pretențiile persoanelor fizice sau juridice a căror soluționare ține de competența autorităților administrației publice locale (de exemplu, bunul solicitat de reclamant urmează a fi înstrăinat, concesionat, dat în arendă ori în locațiune numai prin licitație publică, această decizie fiind luată numai de către organele abilitate cu aceste atribuții prin lege, deoarece obligarea autorității publice de a scoate la licitație bunul solicitat de reclamant va fi considerată ca o substituie a atribuțiilor autorităților publice, întrucât expunerea la licitație a bunurilor este luată de organele abilitate cu aceste atribuții prin lege). Totuși, instanțele de judecată ignoră aceste prevederi organizând licitații publice cu bunurile administrației publice locale, contrar voinței lor, și chiar plasând în circuitul civil bunuri din domeniul public al APL (spre exemplu, terenul din parcul „Râșcani“).

Obligarea autorităților administrației publice locale de către instanțele de judecată de a adjudeca bunurile la licitație, precum și legalizarea unor asemenea înstrăinări prin intermediul altor organe (executori judecătorești) decât APL **contravine principiului inviolabilității proprietății**²⁴, care consfințește că nimeni nu poate fi expropriat, decât pentru o cauză de utilitate publică, stabilită potrivit legii, cu dreptă și prealabilă despăgubire, precum și contrar **principiului libertății contractuale**²⁵ — obligarea la încheierea unui contract fiind interzisă, cu excepția cazurilor când obligația de a contracta este prevăzută de lege sau dacă reiese dintr-o obligație asumată benevol.

O situație similară este și încuviințarea de către instanțele de judecată a tranzacțiilor de împăcare vizând compensarea de administrația publică locală a costului apartamentelor sociale pentru anumite categorii de funcționari (procurori, judecători, polițiști ș. a.) în schimbul asigurării cu locuință (spațiu locativ), prin transferarea mijloacelor financiare echivalente prețului de piață²⁶. Autoritatea executivă a administrației publice locale și reprezentanții în instanța de judecată au decis să încheie tranzacții de împăcare cu acești creditori și să le achite costul locuințelor. În prezent, la autoritățile administrației publice locale Chișinău există circa 300 de titluri executorii nesatisfăcute privind asigurarea cu spațiu locativ a unor asemenea categorii de funcționari²⁷. Nu este clar însuși criteriul de selectare a unora și ignorare a altora²⁸ pentru a fi satisfăcute în acest mod.

23 Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție nr.8 din 22.12.2014 cu privire la practica aplicării de către instanțele judecătorești a legislației funciare. http://jurisprudenta.csj.md/search_hot_expl.php?id=198

24 Art.46, alin. (2) din Constituția Republicii Moldova; art.316 din Codul civil nr. 1107 din 06.06.2002, publicat în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 82-86 din 22.06.2002. <http://lex.justice.md/md/325085/>

25 Art.667, alin. (2) din Codul civil.

26 Schemă // Cum câștigă polițiștii și procurorii milioane de la Primăria Chișinău. <http://ziarulnational.md/schema/> (citată la 07.06.2015)

27 Schemă // În capcana polițiștilor și procurorilor. <http://ziarulnational.md/schema-in-capcana-politistilor-si-procurorilor/> (citată la 07.06.2015)

28 A se vedea: Decizia Consiliului pentru Prevenirea și Eliminarea Discriminării și Asigurarea Egalității din 30.06.2014. http://egalitate.md/media/files/files/decizie_cauza_085_30_06_2014_depersionalizata_5671820.pdf

Spațiul locativ urma a fi acordat funcționarilor cu drept de posesie și folosință pe perioada exercitării atribuțiilor de serviciu public, respectiv, schimbarea posesiei și folosinței acestuia prin oferirea mijloacelor financiare în scopul procurării locuințelor cu drept de proprietate privată, este contrară prevederilor legii și interesului public.

În condițiile în care donațiile și legatele cu sarcini pot fi acceptate numai cu aprobarea consiliului local, cu votul a cel puțin două treimi din numărul consilierilor aleși (vot calificat)²⁹, *a fortiori* tranzacțiile de împăcare cu impact patrimonial urmează a fi supuse mai întâi aprobării de către autoritatea deliberativă, până atunci fiind doar la fază de proiect. Deci, în viziunea noastră, ***instanța de judecată, în fond, nu ar trebui să încuviințeze aceste tranzacții de împăcare, nefiind aprobate în prealabil prin decizia consiliului local și în mod vădit fiind cauzatoare de prejudicii bugetului public.***

Cauzele unor asemenea situații de prejudiciere a interesului public sunt multiple. În primul rând *loialitatea și pasivitatea judecătorilor* față de încălcările vădite și sistematice comise de reprezentanții autorităților administrației publice locale, la apărarea intereselor publice, dar și *încălcarea flagrantă de către aceștea a normelor imperative* (emiterea actelor jurisdicționale vădit ilegale, dar care nu sunt contestate), fără a suporta careva consecințe defavorabile importante, cu unele mici excepții.

În vederea sporirii rolului instanțelor judecătorești în prevenirea încălcării normelor de drept, considerăm necesară completarea legislației procesual-civile în sensul ***instituirii obligației instanțelor judecătorești să emită încheieri interlocutorii, la fiecare caz de încălcare a normelor imperative de către reprezentanții autorităților administrației publice locale în cadrul desfășurării procesului.*** Actualmente, asemenea prerogativă există doar în cadrul procedurii contravenționale³⁰ și celei penale³¹. În aceste proceduri, constatând în procesul de judecată fapte de încălcare a legalității și a drepturilor omului, instanța de judecată emite, odată cu hotărârea, și o încheiere interlocutorie, prin care aceste fapte se aduc la cunoștință procurorului și, după caz, persoanei cu funcție de răspundere responsabile. În decursul a 30 de zile, persoana cu funcție de răspundere sesizată informează instanța de judecată, procurorul sau agentul constator despre măsurile întreprinse de ea. ***Asigurarea eficienței încheierilor interlocutorii rezidă în controlul executării lor, de aceea urmează a fi prevăzute și sancțiuni contravenționale pentru neîntreprinderea în termen a măsurilor respective sau îndeplinirea necorespunzătoare.***

Pare a fi o problemă și *neprezentarea pentru control administrativ de către secretarul consiliului a copiilor de pe deciziile adoptate în termenul stabilit (5 zile din data semnării, dar nu mai mult de 10 zile din data adoptării)*³², fapt semnalat și de

29 Art.74, alin. (6) din Legea privind administrația publică locală.

30 Art.450, alin. (2) și (3) din Codul contravențional.

31 Art.218 din Codul de procedură penală nr. 122 din 14.03.2003, republicat în Monitorul Oficial la Republicii Moldova, nr. 248-251 din 05.11.2013. <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=350171>

32 Art.20, alin. (1), art. 64, alin. (2) din Legea privind administrația publică locală.

către organul abilitat — Oficiul teritorial al Cancelariei de stat (OTCS)³³. Acest fapt nu permite instituirea în termen util prin încheieri ale instanțelor de judecată, la cererea OTCS, a unor măsuri asiguratorii (suspendarea executării deciziei notificate ca fiind ilegală, înregistrarea sechestrului).

Pentru instituirea unui filtru suplimentar real în acest proces, propunem ca **dreptul secretarului consiliului** „de a nu contrasemna decizia (adoptată) considerată de el ilegală și de a solicita consiliului reexaminarea acesteia”³⁴, **să fie transformat în obligație**.

O altă problemă de sistem constituie **neprezentarea împuterniciților (reprezentanților) autorităților administrației publice locale în instanța de judecată și/sau a referinței corespunzătoare**. Având în vedere că la examinarea în instanța de contencios administrativ a cererii în anulare, sarcina probațiunii este pusă pe seama pârâtului, iar în materie de despăgubire, pe seama ambelor părți, **neprezentarea probelor în proces** echivalează cu recunoașterea acțiunii și **lasă la îndemâna instanței de judecată doar excepțiile de ordine publică** (absolute), ce pot fi invocate din oficiu, pentru a apăra interesul public, cum ar fi: excepția de incompatibilitate, excepția de necompetență generală, materială sau teritorială exclusivă, excepția de prescripție, excepția puterii lucrului judecat, precum și excepțiile vizând ordinea firească a judecății (procedura prealabilă, ordinea dezbaterilor, organizarea căilor de atac etc.) și cele care consacră principiile fundamentale ale dreptului procesual civil (publicitatea, contradictorialitatea etc.).

Pentru soluționarea acestei probleme, considerăm necesară **consacrarea legală a obligativității prezentării împuterniciților autorităților administrației publice locale, precum și a referinței acestora în proces, sub sancțiune contravențională, aplicată împuternicitului autorităților administrației publice locale de către instanța de judecată sub forma unor încheieri emise pe parcursul procesului** și nu doar sub sancțiunea decăderii din dreptul de a mai prezenta probe, care se aplică în prezent.

O altă problemă ce persistă constă în **necontestarea hotărârilor judecătorești de către împuterniciții autorităților administrației publice locale sau contestarea intenționat peste termenul stabilit, neatragerea funcționarilor publici responsabili în procesele de judecată și lipsa acțiunilor în regres față de funcționarii vinovați**. Conexe acestora sunt **lipsa monitorizării în cadrul autorităților administrației publice locale a proceselor de judecată, a actelor jurisdicționale emise, inclusiv prin baze de date în formă electronică, neclaritatea evidenței înmânării citațiilor pentru reprezentarea intereselor APL**.

În acest context, este oportună **aprobarea unor reguli privind citarea, notificarea și comunicarea actelor de procedură autorităților administrației publice locale,**

33 Cancelaria de Stat a Republicii Moldova. Raportul anual 2014 privind controlul de legalitate al actelor autorităților administrației publice locale. http://cancelaria.gov.md/public/files/cancelaria/RAPORT_2014.pdf

34 Art.20 alin. (2) din Legea privind administrația publică locală.

precum și utilizarea formularelor tip și a mijloacelor de notificare sau comunicare prevăzute de reguli, după modelul stabilit în Curtea Supremă de Justiție³⁵.

Oficiul teritorial al Cancelariei de stat remarcă, pe bună dreptate, „insuficiența pârghiilor legale pentru atragerea la răspundere a persoanelor (inclusiv demnitarilor și aleșilor locali) pentru emiterea/adoptarea actelor, considerate ulterior ilegale, care au adus prejudicii considerabile localității”³⁶.

Normele privind posibilitatea formulării acțiunii și împotriva funcționarului public din autoritatea administrației publice locale pârâte care a elaborat actul administrativ contestat sau care a refuzat să soluționeze cererea în cazul în care se solicită despăgubiri, precum și privind obligarea acestora să plătească despăgubirile solidar cu autoritatea publică respectivă necesită a fi dezvoltate, eventual într-un regulament, aprobat prin hotărâre de Guvern. Actualmente, ***din lipsa de claritate acestea rămân practic inaplicabile.***

Considerăm că ***instanțele de judecată ar trebui să dea apreciere și operațiunilor administrative care au stat la baza elaborării actului administrativ anulat, precum și vinovăției funcționarilor respectivi***, pentru ca acestea să fie utilizate ulterior ca *res judicata* — autoritatea de lucru judecat — într-un proces în care APL să acționeze în regres față de persoanele vinovate. Poate fi aplicată o soluție similară și urmare a cauzelor pierdute la Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauzatoare de prejudicii administrației publice locale.

Seriozitatea problemelor abordate necesită o ***soluționare cât mai operativă, or efectele negative ale acestora sunt substanțiale și persistă.*** *Prima facie* se impune o ***respectare riguroasă a legislației*** atât de către instanțele de judecată, cât și de autoritățile administrației publice locale, inclusiv de către împuterniciții acestora. În acest scop, trebuie ***ameliorat și intensificat controlul*** pe filierele ierarhice și prin intermediul autorităților publice competente (Procuratura, Centrul Național Anticorupție, Consiliul Superior al Magistraturii), cu aplicarea promptă, după caz, a sancțiunilor corespunzătoare. Pentru evitarea pătrunderii unor autorități publice pe câmpul constituțional sau legal al altora, este necesar ***de detaliat pentru claritate normele pertinente***, precum și ***de restrâns (în sensul ordonării și reglementării stricte) dreptul discreționar al autorităților administrației publice locale și instanțelor de judecată***, atunci când există pericolul real de prejudiciere a interesului public.

35 Hotărârea Plenumului Curții Supreme de Justiție privind aprobarea Instrucțiunii cu privire la ținerea lucrărilor de secretariat în Curtea Supremă de Justiție nr.36 din 22.12.2003, Buletinul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, nr.1, 2004, p.23.

36 Cancelaria de Stat a Republicii Moldova. Raportul anual 2014 privind controlul de legalitate al actelor autorităților administrației publice locale. http://cancelaria.gov.md/public/files/cancelaria/RAPORT_2014.pdf

LOCUL ȘI ROLUL ORGANULUI CENTRAL DE SPECIALITATE DIN DOMENIUL COMUNICAȚIILOR ELECTRONICE DIN R. MOLDOVA



Dumitru C. GRAMA, doctor în drept, conferențiar universitar
Iurie GASNAȘ, doctorand ULIM

In this study the authors boarding the place and role of the Ministry of Information Technology and Communications of the Republic of Moldova (MITC) as government body responsible for the development, promotion and application of state policy in the field of information technology, information society and communications. The MICT contribute to the economic growth and increase competitiveness in Republic of Moldova by direct action and support of development of effective information and communications technology (ICT). As a central departmental body of public administration, the MITC accomplishes functions normative-legal regulation in the sphere of telecommunications in compliance with world tendencies; realizes control over the observance of legislation, including the requirements of international conventions and agreements in the field of communications; approves the numeration plan and elaborates the strategy of radiofrequency diapason usage for civil purposes. Trust and security in public services is priority for MICT and is the underlying requirement for electronic infrastructure of data networks, electronic services and communications.

Key words: Ministry, Regulation, Information Society, electronic communication sector, public communications network and/or publicly available electronic communications services.

*În prezentul studiu autorii abordează locul și rolul Ministerului Tehnologiei Informației și Comunicațiilor al Republicii Moldova (MTIC) în calitate de autoritate publică desemnată să elaboreze, să promoveze și să aplice politica guvernamentală în sfera tehnologiei informației, societății informaționale și comunicațiilor. MTIC contribuie la dezvoltarea economică și la creșterea competitivității Republicii Moldova prin acțiuni directe, precum dezvoltarea efectivă a sectorului tehnologiei informației și a comunicațiilor (TIC). În Obiectivul primar al MTIC îl reprezintă definirea și planificarea măsurilor politice și administrative, care pot stimula dezvoltarea infrastructurii de comunicații în bandă largă de noua generație, respectiv penetrarea în Republica Moldova a serviciilor de acces la banda largă de mare viteză. Securitatea și încrederea în serviciile publice reprezintă o prioritate pentru MTIC și este o cerință de bază pentru infrastructura electronică a rețelelor de date, pentru serviciile electronice și comunicații. **Cuvinte-cheie:** minister, proces de reglementare, societate informațională, sector al comunicațiilor electronice, rețea publică de comunicații și/sau servicii de comunicații electronice destinate publicului.*

Interesul cercetărilor cu privire la rolul și locul ministerelor în sistemul instituțional al administrației publice centrale de specialitate este dictat nu numai de faptul că aceste organe centrale de specialitate ale statului asigură realizarea politicii guvernamentale în domeniile de activitate care le sunt încredințate, dar și de faptul că acestea constituie veriga principală care asigură un climat de predictibilitate, stabilitate și eficiență a activității administrației publice în ansamblul său și care, la rândul său, reprezintă fundamentul necesar pentru asigurarea consolidării capacității administrative a instituției publice, a creșterii coerenței actului administrativ și a asigurării unei bune guvernări.

Doctrinariii, cum ar fi: Jean Rivero¹, Philippe Georges², Marshall Edward Dimock, Gladys Gouverneur Ogden Dimock și Douglas M. Fox³, Jürgen Schwarze⁴, Michael Esler, Barbara Brown și Thomas McAfee⁵, Philippe Ardant⁶, Ioan Alexandru⁷ Dana Apostol Tofan⁸, Ioan Vida ș.a.⁹, Alexei Avtonomov ș.a.¹⁰, Alexandr Kozyrin¹¹, Ivan Vasilenko¹², Constantin Aranovskiy¹³, Sergey Pronkin și Olga Petrunina¹⁴, Demian Bahrah¹⁵, Gheorghe Costachi¹⁶, Victor Popa¹⁷, Sergiu Cobăneanu ș.a.¹⁸, Aurel Sâmbor

- 1 Rivero J. Droit administratif. 13-ème édition. Paris: Dalloz, 1990. 654 p.
- 2 Georges Ph. Droit public: concours administratifs. 9-e éd. Paris: Sirey, 1994. 422 p.
- 3 Dimock M. E., Dimock G. G. O. & Fox, D. M. Public Administration. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1983. 382 p.
- 4 Schwarze J. Administrative Law under European Influence: On the Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States. London: Sweet & Maxwell, 1996. 840 p.
- 5 Эслера М., Браун Б., Макаффи Т. Американское правительство: единство в многообразии. (Пер. с англ. под ред. В. Федотовой). Москва: Изд-во Магистр, 1997. 356 с.
- 6 Ардан Ф. Франция: Государственная система. (Пер. с фр. Л.С. Филиппова). Москва: Юрид. лит., 1994. 176 с.
- 7 Alexandru I. Drept administrativ european. București: Lumina Lex, 2005. 302 p.
- 8 Apostol D. T. Instituții administrative europene. București: C. H. Beck, 2006. 245 p.
- 9 Vida I. Vida I. C. Puterea executivă și administrația publică. Ed. a II-a. Cluj-Napoca: Cordial Lex, 2012. 642 p.
- 10 Автономов А. С., Бачило И. Л., Бондаренко А. А., и др. Исполнительная власть в России. История и современность, проблемы и перспективы развития. К 80-летию Института государства и права РАН. Отв. ред. Н. Ю. Хаманева. Москва: Новая правовая культура, 2004. 568 с.
- 11 Козырин А. Н. Административное право зарубежных стран: Учебное пособие. Москва: Спарк, 1996. 230 с.
- 12 Василенко И. А. Административно-государственное управление в странах Запада: США, Великобритания, Франция, Германия: Учебное пособие. Москва: Логос, 2001. 198 с.
- 13 Арановский К. В. Государственное право зарубежных стран: Учебное пособие. Москва: „Форум“: ИНФРА-М, 2000. 486 с.
- 14 Пронкин С. В., Петрунина О. Е. Государственное управление зарубежных стран: учебное пособие. 3-е изд., доп. и перераб. Москва: КДУ, 2007. 496 с.
- 15 Бахрах Д. Н. Административное право России. Москва: Эксмо, 2006. 640 с.
- 16 Костаки Г. И., Игнатъев В. П., Кушмир В. Т. Административное право. Кишинев: Prag-3, 2002. 472 с.
- 17 Popa V. Autoritățile publice ale Republicii Moldova. Compendium privind structura, organizarea și funcționarea lor. Chișinău: TISH, 2004. 256 p.
- 18 Cobăneanu S., Bobeica E., Rusu V. Drept administrativ. Chișinău: Tipogr. Centrală, 2012. 324 p.

teanu¹⁹, deși, amplu tratează sub aspect juridico-administrativ misiunea ministerelor (ținându-se seama de specificul fiecărei țări), generosul subiect al temei în discuție își păstrează neștirbită actualitatea, prezentând nu numai interes teoretic, dar și practic, cu atât mai mult, că prezentul studiu își propune ca scop să releve locul și rolul Ministerului Tehnologiei Informației și Comunicațiilor al Republicii Moldova (MTIC) în sistemul instituțional al administrației publice centrale de specialitate, precum și viziunea strategică cu privire la realizarea politicii de stat în domeniul comunicațiilor electronice, inclusiv de problemele ce țin de punerea în aplicare a legislației specifice și de furnizare de servicii publice în acest domeniu, *ceea ce nu s-a abordat până acum în doctrina autohtonă*.

Astăzi, potrivit constatărilor autorilor Ianuș Erhan și Teo Cârnaț, tot mai frecvent se poartă discuții referitoare la locul și rolul unui organ sau altul în cadrul instituțiilor statului. Importanța aspectului respectiv este determinată și de acele schimbări, care au intervenit în ultima perioadă în organizarea structurală a organelor statale²⁰.

Societatea cunoașterii implică schimbări importante la nivelul administrației publice și conform analizei întreprinse de Guy Peters, „aproape niciun guvern din lume nu poate susține faptul că schimbările din administrație au fost finalizate sau că sectorul public funcționează perfect”²¹.

Faptul că trăim într-o societate a cunoașterii reclamă existența unei structuri administrative centrale speciale ce are scopul să regândească modalitățile de îmbunătățire a furnizării serviciilor publice și de realizare a activităților administrative în economia bazată pe cunoaștere, deoarece „toate reformele au fost influențate de schimbările macroeconomice, evoluțiile tehnologice, opiniile ideologice”²².

Conform Programului de activitate al Guvernului Republicii Moldova, care oferă cadrul politicilor de guvernare a Republicii Moldova întru creșterea bunăstării, siguranței și calității vieții cetățenilor, Guvernul își propune să-și centreze activitatea și pe promovarea sectorului TIC pentru dezvoltarea unei societăți informaționale, ca o parte integrantă a politicii sale de dezvoltare economică, de sporire a competitivității și de creare a locurilor noi de muncă, unde *dezvoltarea tehnologiei informației și a serviciilor electronice vor reprezenta fundamentul unei societăți și al unei economii bazate pe cunoaștere și pe inovare*²³.

19 Sâmboteanu A. Sistemul instituțional al administrației publice centrale de specialitate din Republica Moldova în contextul edificării statului modern. În: Administrarea publică, 2012, nr. 4, p 13-21.

20 Erhan I., Cârnaț T. Locul și rolul organelor vamaie în cadrul sistemului organelor statale. În: Revista Națională de Drept, 2010, nr. 11 (122), p. 11.

21 Peters B. G. The Future of Governing, 2nd ed. Kansas: University Press of Kansas, 2001, p. 176-177.

22 Pollitt C., Bouckaert G. Public Management Reform. A Comparative Analysis: New Public Management, Governance and Neo-Weberian State. Third edition. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 122-123.

23 Programul de activitate al Guvernului Republicii Moldova 2015-2018. Chișinău, 2015. 43 p. <http://www.gov.md> (vizitat 15.03.2015), p. 4, 24.

În această ordine de idei, este nevoie de implementarea multisectorială a Strategiei naționale de dezvoltare a societății informaționale „Moldova Digitală 2020”²⁴; dezvoltarea infrastructurii comunicațiilor electronice, cu extinderea accesului și conectivității, și crearea condițiilor de dezvoltare continuă a rețelelor publice de comunicații electronice în bandă largă; implementarea serviciului universal în domeniul comunicațiilor electronice; reglementarea și gestionarea eficientă a spectrului de frecvențe radio; tranziția de la televiziunea analogică terestră la cea digitală terestră cu acoperire națională; eficientizarea administrării și asigurarea utilizării în comun a infrastructurii asociate rețelelor publice de comunicații electronice existente, precum și promovarea concurenței rețelelor și serviciilor; elaborarea unei viziuni strategice intersectoriale, stabilirea obiectivelor specifice și determinarea intervențiilor necesare pentru asigurarea securității cibernetice a Republicii Moldova; utilizarea tehnologiilor informaționale și de comunicații moderne pentru ridicarea calității serviciilor în cazuri de urgență prin crearea Serviciului național unic pentru apelurile de urgență 112²⁵.

Nu în ultimul rând, conform Programului de activitatea al Guvernului Republicii Moldova²⁶, pentru asigurarea unei creșteri economice optime, durabile și incluzive, politicile economice vor avea la bază ca principii-cheie libertatea economică și condiții egale pentru toți agenții economici, concurența loială, sprijinul antreprenoriatului, ceea ce pentru sectorul comunicațiilor electronice semnifică crearea unor condiții propice pentru dezvoltarea piețelor de comunicații electronice prin liberalizarea activității economice, crearea unui mediu de afaceri prietenos și atragerea investițiilor în sector (care se caracterizează cu un potențial de creștere semnificativ), precum și dezvoltarea unei infrastructuri infocomunicaționale integrate și eficiente, orientate spre creșterea competitivității economiei naționale și asigurarea accesului tuturor cetățenilor la serviciile societății informaționale.

Potrivit art. 7 alin. (1) din Legea comunicațiilor electronice²⁷ (Legea nr. 241/2007), „Autoritatea care elaborează, promovează și realizează politica Guvernului în domeniul comunicațiilor electronice și determină strategia de dezvoltare a domeniului respectiv este Ministerul Tehnologiei Informației și Comunicațiilor (MTIC)”.

Dana Apostol Tofan, efectuând la general caracterizarea instituției unui ministru, stabilește că orișice ministru este condus de către un ministru, care cumulează funcția politică cu cea administrativă. Sub aspect politic, el participă la activitatea Guvernului și răspunde în solidar cu ceilalți membri ai Guvernului în fața Parlamen-

24 Hotărârea Guvernului cu privire la Strategia națională de dezvoltare a societății informaționale „Moldova Digitală 2020”, Nr. 857 din 31.10.2013. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 08.11.2013, nr. 252-257 (963).

25 Programul de activitate al Guvernului Republicii Moldova 2015-2018. Chișinău, 2015. 43 p. <http://www.gov.md> (vizitat 15.03.2015). p. 4, 24.

26 Ibidem.

27 Legea comunicațiilor electronice. Nr. 241-XVI din 15 noiembrie 2007. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 14.03.2008, nr. 51-54 (155).

tului, iar sub aspect administrativ — este șeful ministerului care i-a fost încredințat și îndeplinește numeroase atribuții în acest sens²⁸.

Conform jurisprudenței Curții Constituționale, „prin intermediul ministerelor Guvernul execută programele sale de activitate și exercită administrarea publică pe întreg teritoriul statului, inclusiv în unitățile administrativ-teritoriale, ca elemente ale statului. Ministerele exercită conducerea generală pe verticală, prin serviciile desconcentrate în teritoriu”²⁹.

Activitatea executivă efectivă a Guvernului este imposibilă fără structurile administrative centrale, specializate pe domenii concrete. Totalitatea ministerelor și a altor autorități ale administrației publice centrale alcătuiesc administrația publică centrală de specialitate³⁰.

Puterea executivă sau executivul îndeplinesc funcții administrative fără ca prin aceasta să se confunde cu administrația publică sau să se limiteze la conducerea acesteia. În sensul cel mai general al termenului, executivul desemnează acea funcție a statului care asigură executarea legii³¹.

Administrația publică, în opinia savantului român Antonie Iorgovan, reprezintă „o categorie de autoritate publică, care, potrivit Constituției și legilor, este chemată să execute legea, sau, în limitele legii, să presteze servicii publice, făcând uz, în acest scop, de prerogativele specifice puterii publice”³². În viziunea autorului francez Charles Debbash, administrația publică semnifică „aparatul de gestiune a problemelor publice”³³. În abordarea doctinarilor americani John M. Pfiffner și Robert V. Presthus, administrația publică se caracterizează ca fiind un „domeniu de activitate ce este în principal preocupat de mijloacele pentru implementarea valorilor politice”³⁴. Administrația publică, în concepția autorilor Marshall E. Dimock, Gladys G. Dimock și Douglas M. Fox, este responsabilă de „producerea de bunuri și servicii care să satisfacă nevoile cetățenilor consumatori”³⁵.

Profesorul universitar Victor Popa scrie: „Având în vedere semnificația bivalenței a administrației publice — de structură și de activitate — și faptul că structura nu poate fi concepută fără activitate, că ambele semnificații se interconstruiesc reciproc, administrația publică poate fi definită ca o varietate de activități a unui

28 Apostol D. T. Op. cit., p. 98.

29 Hotărârea Curții Constituționale pentru controlul constituționalității unei prevederi din Legea nr. 25-XVI din 16 februarie 2006 pentru modificarea și completarea articolului 24 din Legea nr. 64-XII din 31 mai 1990 cu privire la Guvern. Nr. 2 din 13.02.2007. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 23.02.2007, nr. 25-28 (4).

30 Negru B. ș.a. Constituția Republicii Moldova: comentariu. Chișinău: Arc, 2012, p. 386.

31 Vida I., Vida I. C. Op. cit., p. 43.

32 Iorgovan A. Tratat de drept administrativ. Vol. I. București: All Beck, 2001, p. 14.

33 Debbash Ch. Science administrative. Paris: Dalloz, 1972. p. 19.

34 Pfiffner J. M. Presthus R. V. Public administration. New York: The Ronald Press Company, 1960, p. 9.

35 Dimock M. E. Dimock G. G. O. & Fox, D. M. Op. cit., p. 11.

ansamblu de organe investite prin constituție și lege, în regim de putere publică, să aducă la îndeplinire legile sau, în limitele legii, să realizeze valorile politice, sociale și economice care exprimă interesul general al societății³⁶.

Cercetătorul Jon Pierre de la Universitatea din Göteborg din Suedia, în baza investigațiilor efectuate menționează că din ansamblul reglementărilor care privesc organizarea și funcționarea ministerelor se poate desprinde concluzia că acestea exercită două categorii de atribuții: unele fiind comune tuturor ministerelor și altele care sunt atribuții proprii, specifice fiecărui minister³⁷.

Obiectivul principal pe care îl urmărim în acest studiu este reliefaarea rolului și locului pe care MTIC îl îndeplinește în activitatea sa de zi cu zi, desfășurată pentru a asigura dezvoltarea strategiilor în domeniul comunicațiilor electronice și al societății informaționale și în ceea ce privește securitatea în spațiul cibernetic, inclusiv prin transpunerea normelor europene în domeniul comunicațiilor electronice și al societății informaționale, în cadrul procesului de armonizare a legislației naționale cu cea a Uniunii Europene, care să fie pus în slujba cetățenilor.

În acest sens propunem o aprofundare a analizei instituției MTIC și al rolului și locului pe care aceasta îl are pentru asigurarea unei legislații de calitate în vederea promovării unei mai bune administrări, precum și o conștientizare a importanței de care trebuie să se bucure acest minister.

Aurel Sâmboteanu menționează pe bună dreptate că progresul social, politic, juridic și economic al unui stat este determinat în mare măsură de calitatea administrației sale. De aceea dezvoltarea și progresul social, transformările inițiate și desfășurate în diferite domenii de activitate din aspirațiile oamenilor spre o societate modernă, generează și reorganizarea administrației publice. Trecerea de la un sistem totalitar bazat pe centralism, unipartitism și dictat, la un sistem politic bazat pe democrație, pluralism și diversitate necesită nu numai o simplă îmbunătățire a administrației publice, dar o reformare radicală a ei, edificarea unui sistem nou de administrație publică, chemat să asigure funcționalitatea societății democratice, respectarea drepturilor și libertăților omului. De faptul cum se reformează administrația publică, în baza căror principii își organizează activitatea, ce mecanisme și tehnici de administrare utilizează, care sunt pârghiile de exercitare a funcțiilor sale, cum se ține seama de drepturile și libertățile omului, pentru care, de fapt, și acționează administrația publică, depinde gradul de credibilitate față de administrația publică din partea membrilor societății³⁸.

36 Popa V. Op. cit., 266 p.

37 Pierre J. Dezbatări asupra administrării. Autoritate, dirijare și democrație. (traducere de Cartaleanu E.). Chișinău: Combinatul Poligrafic, 2006, p. 29.

38 Sâmboteanu A. Coraportul dintre reformarea administrației publice și asigurarea drepturilor și libertăților omului. În: Locul și rolul organelor administrației publice în asigurarea respectării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului. Materiale ale conf. șt. internaționale. Chișinău: Academia de Administrare Publică, 2004, p. 49.

În această ordine de idei, odată cu adoptarea legii-cadru — *Legea privind administrația publică centrală de specialitate nr. 98 din 4 mai 2012*³⁹ (Legea nr. 98/2012) —, prin care se stabilește sistemul instituțional al administrației publice centrale de specialitate și se reglementează regimul general al activității acesteia, principiile fundamentale de organizare și funcționare a administrației publice centrale de specialitate, precum și raporturile juridice care decurg din activitatea ministerelor și a altor autorități administrative centrale, legiuitorul a oferit un model de administrație publică centrală ce corespunde standardelor europene, caracteristice Spațiului Administrativ European, ce contribuie la satisfacerea necesităților societății, inclusiv la ridicarea nivelului de trai al cetățenilor, caracterizându-se prin transparență, predictibilitate, responsabilitate și eficiență.

Legea nr. 98/2012, conform Notei informative⁴⁰, este o reflectare a documentelor relevante ale SIGMA (*Support for Improvement in Governance and Management in Central and Eastern European Countries* — Suport pentru Îmbunătățirea Guvernanței și Managementului în țările Europei Centrale și de Est) — o inițiativă comună a Organizației de Cooperare și Dezvoltare Economică și a Uniunii Europene creată în 1992, preponderent finanțată de UE, ce asigură suportul necesar țărilor partenere în realizarea reformei administrației publice, care în anul 1998 a propus noțiunea de *Spațiul Administrativ European* (European Administrative Space), interpretându-l ca un contact constant dintre funcționarii publici ai statelor membre ale UE și Comisie, solicitarea de a dezvolta și implementa *acquis*-ul comunitar la standarde echivalente de încredere în toată Uniunea, necesitatea unui sistem unic de justiție administrativă pentru Europa și împărtășirea principiilor și valorilor administrației publice care au dus la o anumită convergență între administrațiile naționale. Astfel, forma de materializare a Spațiului Administrativ European include două componente: primul component este cel normativ — *acquis*-ul comunitar și jurisprudența Curții Europene de Justiție; cel de-al doilea component este neoficial și se referă la diversele relații intereuropene (participarea administrației naționale în procesul decizional al UE, cooperarea între administrațiile naționale în contextul realizării politicii UE etc.). Potrivit SIGMA, cele mai importante principii ale administrației publice sunt: 1. *încrederea și previzibilitatea* (principiul certitudinii legale) — reprezintă desfășurarea activităților conform competenței legale și cu respectarea principiului proporționalității; neadmiterea tergiversării luării deciziilor sau în finalizarea procedurilor administrative; profesionalismul și integritatea profesională în serviciul public (imparțialitatea și independența profesională); 2. *deschiderea și transparența* — stabilește că administrația publică este disponibilă pentru controlul exterior, precum și în vederea informării în mod deschis și explicit a tuturor informațiilor

39 Legea privind administrația publică centrală de specialitate. Nr. 98 din 4 mai 2012. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 03.08.2012, nr. 160-164 (537).

40 Nota informativă la proiectul legii privind administrația publică centrală de specialitate. Înregistrat la Secretariatul Parlamentului RM cu nr.2536 din 18.11.2011. <http://parlament.md/ProcesulLegislativ/Proiectedeactelegislative/tabid/61/LegislativId/919/language/ro-RO/Default.aspx> (vizitat: 29.07.2014).

privind activitatea; 3. *responsabilitatea* — se referă la verificarea administrației publice. Un funcționar public sau o autoritate administrativă trebuie să explice și să justifice acțiunile sale față de un alt organ administrativ ierarhic superior, autoritate legislativă sau judecătorească; 4. *eficiența și efectivitatea* — sunt forme de cuantificare ale responsabilității. Eficiența este o valoare managerială, ce rezidă în performanța administrației publice în calitate de prestator de servicii publice, altfel spus, menținerea unui raport pozitiv între resursele utilizate și rezultatele obținute în cadrul prestării unor astfel de servicii. Efectivitatea constă, în general, în asigurarea performanțelor administrației publice care obțin succese în atingerea scopurilor și în rezolvarea setului de probleme stabilite de lege sau de Guvern (constă în special în analiza și evaluarea politicilor publice, inclusiv implementarea acestora de către decidenți)⁴¹.

Așa stând lucrurile, Legea nr. 98/2012 asigură modernizarea administrației publice centrale, optimizarea procesului decizional, contribuind la îmbunătățirea managementului resurselor umane și al finanțelor publice, racordând structurile actuale ale autorităților administrative centrale de specialitate la obiectivele principalelor documente strategice ale Spațiului Administrativ European.

În acest context, MTIC în calitate de *organ central de specialitate al statului*, ce se organizează și funcționează numai în subordinea Guvernului potrivit prevederilor Constituției Republicii Moldova, ale Legii cu privire la Guvern⁴² și ale Legii nr. 98/2012, ca rezultat al repartizării chestiunilor ce țin de politicile statului în diferite domenii (responsabilitatea pentru elaborarea și promovarea cărora le revine membrilor Guvernului în conformitate cu Constituția și legile Republicii Moldova), asigură realizarea politicii guvernamentale în domeniile de activitate ce îi sunt încredințate: *comunicațiile și tehnologia informației*, asigurând astfel trecerea Republicii Moldova la societatea informațională, în contextul în care revoluția digitală „se referă în special la aplicarea informațiilor și cunoștințelor pentru a genera cunoștințe și a prelucra informații într-un ciclu continuu. Aceste trăsături se combină cu activitatea creativă a utilizatorilor care dețin controlul asupra tehnologiei”⁴³.

Autorii Maria Orlov și Ștefan Belecciu susțin idea că noțiunile de „organ public” și cea de „autoritate publică” sunt echivalente, iar prin noțiunea de „organe ale administrației publice”, înțeleg „o structură organizațională având ca suport uman unul sau mai mulți agenți, constituită pe baza legii, dotată cu mijloace materiale și financiare potrivit legii, care are capacitate juridică și este investită cu competența necesară, pentru a putea acționa în vederea organizării executării legii și prestării de servicii publice, în limitele legii”⁴⁴.

41 European Principles for Public Administration. SIGMA Papers: nr. 27, 1998. Paris: OECD, 1999. p. 507, 9016.

42 Legea cu privire la Guvern. Nr. 64-XII din 31 mai 1990. Republicată în: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 26.09.2002, nr.131-133 (1018).

43 Castells M. The Information Age: Economy, Society and Culture Volume 1: The Rise of the Network Society. 2nd ed. Oxford: Wiley Blackwell, 2010, p. 38.

44 Orlov M., Belecciu Șt. Drept administrativ. Chișinău: Elena-V.I., 2005, p. 58-59.

Profesorul universitar Tudor Drăganu opinează că organele administrației publice sunt „structuri instituționalizate, constituite în vederea exercitării unor atribuții în cadrul funcțiilor statului și integrate într-un sistem înzestrat cu forță publică de constrângere”⁴⁵, iar potrivit lui Ianuș Erhan, „organele administrației publice, ca și celelalte organe de stat, nu sunt altceva decât forme organizatorice prin care se înfăptuiește activitatea statală”⁴⁶.

Trăsăturile specifice ale organelor administrației publice, în prezența cărora acestea pot fi atribuite la categoria dată, după autorul Valentin Prisăcaru, sunt următoarele: **a.** organele administrației publice sunt organe de stat, ceea ce implică, pentru asigurarea realizării sarcinilor lor specifice, posibilitatea de a folosi forța publică a statului; **b.** organele administrației publice sunt înființate prin lege sau în baza legii, pentru că înființarea, în alt mod, a acestor organe, le-ar lipsi de autoritatea publică de care au nevoie în îndeplinirea atribuțiilor ce le revin; **c.** întreaga activitate a acestor organe se desfășoară pe baza și în vederea executării legii; **d.** actele juridice adoptate sau emise de aceste organe sunt supuse unui control de legalitate prevăzut de lege; **e.** activitatea acestor organe este realizată în practică de un personal de specialitate — funcționari publici; **f.** întreaga activitate a acestor organe se desfășoară în interesul statului, precum și al particularilor (persoane fizice sau juridice)⁴⁷.

Raportând cele menționate anterior la prevederile Regulamentului privind organizarea și funcționarea Ministerului Tehnologiei Informaționale și Comunicațiilor⁴⁸, menționăm că din punct de vedere *funcțional și instituțional* MTIC este adaptat suficient la rigorile Legii nr. 98/2012 și la abordările strategice în administrația publică centrală ce se conțin în Strategia de reformă a administrației publice centrale în Republica Moldova⁴⁹, precum și este adaptat la realizarea obiectivelor vizate de Programul de reformare a serviciilor publice pentru anii 2014-2016⁵⁰ și denotă receptivitatea ministerului de profil și viziunea sa strategică în domeniul serviciilor prestate întreprinderilor, ce este foarte important pentru competitivitatea sectorului TIC și al economiei în ansamblu.

45 Drăganu T. Drept constituțional. București: Editura Didactică și Pedagogică, 1972, p. 11.

46 Erhan I. Organizarea activității organelor vamaie ale Republicii Moldova. În: Materialele Conferinței „Teoria și practica administrării publice”, ediția anului 2012. Chișinău, 2012, p. 214.

47 Prisăcaru V. Tratat de Drept administrativ român. Partea generală. București: Lumina Lex, 2002, p. 98.

48 Hotărârea Guvernului pentru aprobarea Regulamentului privind organizarea și funcționarea Ministerului Tehnologiei Informației și Comunicațiilor, structurii și efectivului-limită ale aparatului central al acestuia. Nr. 389 din 17 mai 2010. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 21.05.2010, nr. 78-80 (460).

49 Hotărârea Guvernului cu privire la aprobarea Strategiei de reformă a administrației publice centrale în Republica Moldova. Nr. 1402 din 30 decembrie 2005. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 06.01.2006, nr. 1-4 (9).

50 Hotărârea Guvernului cu privire la Programul de reformare a serviciilor publice pentru anii 2014-2016. Nr. 122 din 18 februarie 2014. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 21.02.2014, 21.02.2014, nr. 43-46 (139).

MTIC, pentru a-și desfășura activitatea, ca și orice organ al administrației publice centrale de specialitate, după cum au notat autorii Sergiu Cobăneanu, Elena Bobeica și Viorel Rusu, „are o anumită structură organizatorică prevăzută, de regulă, prin hotărâre de Guvern. Structura organizatorică a acestuia cuprinde un anumit număr de compartimente, care diferă de la un organ la altul, în funcție de obiectivele și sarcinile pe care aceste organe le au de îndeplinit”⁵¹.

În acest context este relevantă viziunea profesorului român Ioan Alexandru, care reține că „deși deținătorii puterii executive sunt peste tot liberi să-și stabilească structurile de conducere în cadrul democratic, funcția ministerelor este peste tot aceeași: a) de a programa activitățile care le sunt încredințate; b) de a pregăti proiectele de decizii pe care Guvernul trebuie să le prezinte Parlamentului; c) de a asigura legătura cu organele executive ale administrației locale”⁵².

Având în vedere principiile fundamentale de organizare și de funcționare ale administrației publice centrale de specialitate, fixate în art.4 din Legea nr.98/2012, MTIC își desfășoară activitatea respectând principiul instituțional/ organizațional de *delimitare a funcțiilor de elaborare și de promovare a politicilor de funcțiile de implementare ale acestora* în sectorul comunicațiilor electronice, prin faptul că MTIC determină politica Guvernului în domeniul comunicațiilor electronice [art.7 alin. (1) din Legea nr.241/2007], iar Agenția Națională pentru Reglementare în Comunicații Electronice și Tehnologia Informației (ANRCETI) asigură implementarea acestei politici [art.8 alin. (1) din Legea nr.241/2007], astfel încât MTIC, în calitate de *organ central de specialitate al statului*, asigură promovarea politicii guvernamentale în sectorul TIC (domeniu de activitate care îi este încredințat), iar ANRCETI, în calitate de *autoritate administrativă autonomă constituită de Parlament*, pune în aplicare documentele strategice ale executivului specifice sectorului sus-citat.

Ca urmare, se evidențiază **rolul** MTIC, care, potrivit art.24 alin. (1) din Legea nr.98/2012, se definește ca **misiune** a ministerului, ce reflectă **(i)** sarcinile ministerului în cadrul sistemului instituțional al administrației publice centrale de specialitate, precum și **(ii)** viziunea strategică cu privire la realizarea politicii de stat în domeniile de activitate de care acesta este responsabil.

Potrivit pct. 5 din Regulamentul privind organizarea și funcționarea Ministerului Tehnologiei Informației și Comunicațiilor, MTIC are **misiunea (rolul)** de a exercita elaborarea, conducerea, coordonarea, controlul și asigurarea realizării politicii de stat în domeniile societății informaționale, informatizării, tehnologiei informației, comunicațiilor, evidenței de stat și a resurselor informaționale de stat.

Fără a aduce atingere rolului MTIC în toate domeniile de activitate anterior arătate, din conținutul art.24 alin. (2) din Legea nr.98/2012, reiese că rolul ministerului în domeniul comunicațiilor (care include comunicații electronice și poștale) reprezintă una din direcțiile principale de activitate și domeniul de competență al

51 Cobăneanu S., Bobeica E., Rusu V. Op. cit., p. 59.

52 Alexandru I. Op. cit., p. 108.

Guvernului, stabilită în Legea cu privire la Guvern, care a fost încredințată MTIC în baza Legii nr.241/2007.

Sintetizând prevederile actelor legale și normative ce se referă la rolul MTIC în sectorul comunicațiilor electronice (ca parte componentă a societății informaționale), se poate concluziona că ministerul de profil, în opinia noastră, definește obiectivele strategice în domeniul comunicațiilor electronice, coordonându-le; definește cadrul normativ-metodologic, funcțional, operațional și financiar necesar implementării politicilor, inclusiv prin transpunerea normelor europene în domeniul comunicațiilor electronice, în cadrul procesului de armonizare a legislației naționale cu cea a Uniunii Europene; asigură coordonarea celorlalte autorități publice în vederea realizării coerenței politicilor și implementării strategiilor guvernamentale în domeniul comunicațiilor electronice; asigură comunicarea cu sectorul privat și cu societatea civilă, pentru a da consistență politicilor și strategiilor; asigură administrarea, gestionarea eficientă și atribuirea spre utilizare a bunurilor proprietate publică, în condițiile legii, în special resursele limitate ale statului — canalele sau frecvențele radio; elaborează, finanțează, implementează, monitorizează, evaluează, promovează și administrează programe și proiecte guvernamentale în scopul atingerii obiectivelor definite în documentele strategice; stimulează parteneriatul public-privat în domeniul său de activitate; promovează dezvoltarea parteneriatului internațional.

Rolul MTIC în domeniul TIC are drept scop elaborarea și promovarea procedurilor și mecanismelor de creare a unei societăți informaționale prin care **1.** să se maximizeze utilizarea potențialului tehnic existent în sistemele informaționale și informatice ale autorităților și instituțiilor publice; **2.** să se reducă substanțial sarcinile administrative cu care se confruntă cetățenii, întreprinderile și celelalte organizații din economie; **3.** să se minimizeze costurile serviciilor publice prin utilizarea în comun a resurselor informaționale și informatice existente prin adoptarea de servicii publice electronice interinstituționale (interoperabilitate); **4.** să se excludă deficiențele în materie de standardizare privind interoperabilitatea sistemelor informatice ale instituțiilor publice; **5.** să se soluționeze chestiunile în ceea ce privește lipsa de încredere a cetățenilor în utilizarea serviciilor electronice, determinată de amenințările informatice existente; **6.** să se evite asigurarea neuniformă, în plan teritorial, a accesului la rețelele de comunicații electronice, prin determinarea a unei strategii privind acordarea de stimulente necesare încurajării investițiilor private; **7.** să se micșoreze deficitul în materie de alfabetizare digitală (ce are ca efect excluderea multor cetățeni din societatea și economia digitală).

Deci, rolul MTIC constă în creșterea performanței, eficienței și a eficacității sectorului TIC prin îmbunătățirea calitativă a serviciilor furnizate în vederea maximizării bunăstării individuale a cetățenilor. Serviciile publice prestate de MTIC trebuie să implementeze principii preluate din sectorul privat, precum cel al eficienței și eficacității; indicatorii de performanță; accesul la informațiile de interes public, transparența decizională și existența unui sistem informațional integrat în administrația publică, care să favorizeze apariția unui alt nivel de responsabilitate

al celor care dețin și administrează puterea în sectorul public în fața celor care sunt beneficiarii acestui proces — cetățenii.

Astfel, în cadrul MTIC urmează a se realiza nu numai o transformare la nivel tehnic, ci mai ales o modificare a culturii de administrare, care constă într-o schimbare la nivelul comportamentelor, atitudinilor și relațiilor, având la bază regula „clientul e rege”, după cum au și relevat cercetătorii Philip Kotler, Hermawan Kartajaya și Iwan Setiawan că „dacă înainte aria de preocupare a prestatorului era centrată pe bunuri, servicii, acum este orientată către consumator și tinde către problemele întregii omeniri, adică de la centrarea pe consumator la *umanocentrism*; în prezent se conturează o nouă eră care este orientată spre valori; oamenii nu mai sunt simpli consumatori, ei nu mai caută doar satisfacție funcțională și emoțională, ci și o împlinire a spiritului uman prin bunurile și serviciile pe care le aleg”⁵³.

Pentru realizarea acestui obiectiv, experții Băncii Mondiale Barbara Nunberg, L. Barbone și Hans-Ulrich Derlien au motivat necesitatea direcționării interesului către realizarea unor transformări la nivelul aparatului guvernamental, mai exact în ceea ce privește trecerea de la o *birocrație* centralizată la una modernă, eficientă și orientată spre performanță⁵⁴.

După David Beetham, *managementul birocratic* în condițiile societății contemporane nu este inevitabil antidemocratic. Birocrația poate obține un astfel de caracter doar atunci când funcționează într-un regim de secretizare și dobândește o anumită autonomie în sistemul politico-administrativ al statului⁵⁵.

În literatura de specialitate politologul Pantelimon Varzari definește *birocrația* ca o guvernare a unor conducători de profesie⁵⁶, a *cărei putere*, în opinia reputatului cercetător Andrew Heywood, se bazează pe trei surse: *poziția strategică în procesul politic* (în calitatea sa de consilier politic, funcționarii publici au cel mai larg acces la informații și, în fapt, controlează fluxul lor, iar posedarea de informații utile denotă și o anumită putere de a influența decidenții politici în direcția dorită); *interrelația dintre birocrație și veriga superioară a organului executiv* (relațiile lor de colaborare sunt de așa natură, încât doi actori, funcționarul și, spre exemplu, ministrul, având oficial roluri funcționale intacte, în practică pot avea relații diferite și chiar distorsionate, mai ales în condițiile societății informaționale); *statusul și calificarea funcționarilor publici* (aceștia sunt considerați profesioniști în toate sistemele politice, astfel încât birocrația este văzută ca o elită meritocratică, aspect care își găsește

53 Kotler Ph., Kartajaya H., Setiawan I. Marketing 3.0 De la produs la consumator și la spiritul uman. (Trad. Stela Nistor). București: Publica, 2010, p. 35.

54 Nunberg B., Barbone L., Derlien H-U. The state after communism: administrative transitions in Central and Eastern Europe. Washington: World Bank regional and sectoral studies, 1999. p. 102.

55 Битэм Д. Бюрократия. În: Масловский М. В. Социология политики: классические и современные теории. (Учеб. пособие). Москва: Новый учебник, 2004, p. 128.

56 Varzari P. Elita politică și birocrația în contextul reformelor democratice (cazul Republicii Moldova). Monografie. Chișinău: Pontos, 2013, p. 239.

expresie în activitatea ei pentru realizarea intereselor naționale, dar și în pregătirea pentru numirea și ocuparea funcției râvnite)⁵⁷.

În cadrul sistemului instituțional al administrației publice centrale de specialitate MTIC urmează să implementeze strategiile de reformă a administrației publice ce sunt inițiate de Guvern, în particular acest proces de reformare a administrației publice este legat și influențat direct de angajamentele pe care Republica Moldova și le-a asumat pentru îndeplinirea obligațiilor ce reies din Acordul de Asociere⁵⁸, ce au drept consecință europenizarea organizării și funcționării MTIC prin cerințele legislative și instituționale corespunzătoare cu prevederile legale de adoptare a *acquis*-ului comunitar și armonizarea cu reglementările europene, astfel încât potrivit concluziilor Băncii Mondiale, „reforma să pătrundă în regulile fundamentale ale jocului care domină forma de comportament și modul de ghidare al organizației”⁵⁹.

Se cere de menționat că reforma (schimbarea și dezvoltarea) administrației publice centrale de specialitate, inclusiv a MTIC ca parte a acesteia, pleacă de la ideea de a induce, a îmbunătăți permanent administrația publică și în mod deliberat planificarea birocrăției publice⁶⁰, care are ca obiectiv specific dezvoltarea unei piețe eficiente a comunicațiilor electronice ce reprezintă, conform Foi de parcurs privind ameliorarea competitivității Republicii Moldova⁶¹, o prioritate politică esențială a Guvernului, căci TIC, și, împreună cu aceasta, sectorul telecomunicațiilor, în era progresului tehnologic și a cererii în creștere din partea consumatorilor de servicii de comunicații electronice contribuie esențial la evoluția competitivității a diverse domenii a vieții social-economice, politice și culturale a Republicii Moldova.

Conform acestor constatări, MTIC lucrează în strânsă colaborare cu autoritatea națională de reglementare — ANRCETI -, în vederea soluționării unor probleme importante, determinate de inconsecvența în aplicarea normelor specifice sectorului, care stau în calea dezvoltării tehnologice și sunt resimțite din ce în ce mai mult de agenții economici drept obstacole, furnizând consultanță de specialitate, mai cu seamă la elaborarea deciziilor de reglementare și la dezvoltarea pieței prin îmbunătățirea coerenței în aplicarea legislației, ce contribuie la viteza și eficiența realizării de politici naționale coerente relevante sectorului, dar și în ceea ce privește asumarea

57 Хейвуд Э. Политология (Учеб. для студентов вузов). 2-е изд. / Пер. с англ. под ред. Г. Г. Водолазова, В. Ю. Вельского. Москва: юнити-дана, 2005, p. 454-456.

58 Lege pentru ratificarea Acordului de Asociere între Republica Moldova, pe de o parte, și Uniunea Europeană și Comunitatea Europeană a Energiei Atomice și statele membre ale acestora, pe de altă parte. Nr. 112 din 2 iulie 2014. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 18.07.2014, nr. 185-199 (442).

59 Reforming Public Institutions and Strengthening Governance. Washington: World Bank, 2000, p. 97.

60 Turner M. Hulme D. Governance, Administration and Development: Making the State Work., Basingstoke: Palgrave Macmillan, 1997, p. 272.

61 Hotărârea Guvernului cu privire la aprobarea Foi de parcurs pentru ameliorarea competitivității Republicii Moldova. Nr. 4 din 14 ianuarie 2014. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 24.01.2014, nr.17-23 (27).

responsabilității, transparența și independența privitor avizele și consultările sale.

Prin natura sa instituțională, MTIC constituie o piatră de temelie a unui cadru robust și unitar, în sfera căruia are loc consolidarea statutului autorității naționale de reglementare, prin promovarea proiectelor de legi și a unei game de decizii semnificative ce pun la dispoziție mijloacele de stabilire a unui parteneriat eficient între ANRCETI și furnizori cu privire la aspecte care necesită o politică coerentă, ca de exemplu: definiri ale pieței, analiză și măsuri corective; armonizarea utilizării spectrului de frecvențe; calitatea serviciilor, în așa fel reconciliind puterea discreționară a ANRCETI în punerea în aplicare a cadrului de reglementare care reflectă cunoașterea expertă de către aceasta a condițiilor de pe piața comunicațiilor electronice cu necesitatea de a asigura dezvoltarea practicii de reglementare coerentă și aplicarea uniformă a cadrului de reglementare pentru a contribui în mod eficient la dezvoltarea sectorului TIC, altfel existând riscul punerii în pericol a competitivității sectorului, precum și a beneficiilor semnificative ale consumatorilor rezultate în urma concurenței.

Deși o parte dintre obiectivele stabilite de Agenda Digitală Europeană⁶² au fost preluate și adaptate la contextul actual din Republica Moldova prin Strategia națională de dezvoltare a societății informaționale „Moldova Digitală 2020”⁶³, totuși suntem de părere că MTIC urmează să dezvolte în cadrul strategiei naționale *Pilon III — Încredere și Securitate* (creșterea încrederii utilizatorilor de Internet în servicii electronice și tranzacții online, în scopul de a stimula consumul de servicii TIC) și *Pilon IV — Acces rapid și ultra-rapid la Internet* (care vizează investiții pentru infrastructura în bandă largă, în scopul de a beneficia de cele mai recente tehnologii și servicii electronice) din cadrul Agendei Digitale Europene, în scopul de a asigura dezvoltarea TIC a Republicii Moldova la nivelul țărilor din regiune și de a stabili premisele integrării Republicii Moldova, din punct de vedere TIC, în piața unică digitală a Europei.

Lipsa de politici publice de securitate cibernetică în spațiul juridic al Republicii Moldova, care ar proteja procesele de colectare, prelucrare și stocare a datelor în rețelele informatice (comunicații electronice) face vulnerabil, în opinia noastră, spațiul cibernetic la atacuri de natură umană, procedurală și tehnică (la apariția incidentelor de securitate cibernetică). Conform Strategiei de securitate cibernetică a Uniunii Europene securitatea cibernetică se referă în general la măsurile de salvagardare și acțiunile care pot fi întreprinse pentru a proteja spațiul cibernetic, atât în domeniul civil, cât și în cel militar, de acele amenințări care sunt asociate rețelelor sale interdependente și infrastructurii sale informatice sau sunt susceptibile de a le afecta. Securitatea cibernetică are drept obiectiv să conserve disponibilitatea și

62 European Commission Communication „O Digital Agenda for Europe”, Nr. COM(2010) 245 din 26.08.2010. Brussels, 2010. 42 p.

63 Hotărârea Guvernului cu privire la Strategia națională de dezvoltare a societății informaționale „Moldova Digitală 2020”. Nr. 857 din 31 octombrie 2013. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 08.11.2013, nr. 252-257 (963).

integritatea rețelelor și a infrastructurii, precum și confidențialitatea informațiilor conținute de acestea⁶⁴.

În viziunea noastră, reieșind din examinarea activității unor instituții publice similare din România, Estonia, Germania, MTIC ar trebui să joace rolul unui centru de expertiză la nivel național pentru problemele legate de securitatea rețelelor de comunicații electronice, oferind îndrumare și consultanță autorităților în contextul în care securitatea și durabilitatea rețelelor de comunicații electronice rămân o preocupare principală a societății și un element cheie al cadrului de reglementare în UE în domeniul rețelelor și serviciilor de comunicații electronice. Astfel, se va consolida coerența dintre obligațiile furnizorilor de a asigura integritatea rețelelor, implementarea cărora cad în sarcina autorității naționale de reglementare, și responsabilitatea de a crea o cultură a securității rețelelor și a informațiilor ce face obiectul preocupărilor Centrului Național pentru Protecția Datelor cu Caracter Personal.

De altfel, conform art.4 alin.(5) din *Legea privind prevenirea și combaterea criminalității informatice*⁶⁵, MTIC este autoritatea competentă în domeniul prevenirii și combaterii criminalității informatice, care, în comun cu *Serviciul de Informații și Securitate*, prezintă propuneri privind asigurarea protecției și securității informatice, respectiv este nevoie de crearea a unui cadru, atât la *nivel de politici publice* (care să urmărească obiectivul de a oferi un mediu digital sigur și demn de încredere, promovând și protejând în același timp drepturile fundamentale), precum și la *nivel normativ* (care ar asigura un nivel ridicat de securitate a rețelelor și a informației, ceea ce înseamnă îmbunătățirea securității Internetului și a rețelelor private, precum și a sistemelor informatice pe care se bazează funcționarea societății și a economiei).

Totodată, notăm că măsurile ce urmează a fi luate de către MTIC în ceea ce privește asigurarea securității rețelelor publice de comunicații electronice (informatice) și a informației din acestea — *securitatea cibernetică* — trebuie să respecte drepturile fundamentale, în special dreptul la respectarea vieții private și a secretului comunicării, dreptul la protecția datelor cu caracter personal, libertatea de a desfășura o activitate comercială, dreptul de proprietate, dreptul la o cale de atac eficientă în fața unei instanțe judecătorești și dreptul de a fi ascultat.

Dezvoltarea infrastructurii de broadband oferă condiții de acces la Internet, ceea ce facilitează la rândul său incluziunea socială, creșterea gradului de alfabetizare digitală și îmbunătățirea competențelor digitale, respectiv este necesară o intervenție publică asupra infrastructurii de comunicații de tip broadband prin intensificarea eforturilor de stimulare a dezvoltării accesului la comunicațiile în bandă largă de nouă generație (broadband), cum ar fi asigurarea unui cadru legislativ de reglementare predictibil și consistent care să încurajeze concurența, dar în același timp să fie atrăgător pentru investitori; încurajarea de către stat a cererii, în special a cererii de

64 European Commission Communication „Cybersecurity Strategy of the European Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace“. Nr. JOIN(2013) 1 din 07.02.2013. Brussels, 2013, p. 3.

65 *Legea privind prevenirea și combaterea criminalității informatice*. Nr. 20-XVI din 3 februarie 2009. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 26.01.2010, nr. 11-12 (17).

servicii de comunicare în bandă largă (broadband); adoptarea de către MTIC a unor măsuri cu privire la politica spectrului radio, în scopul de a asigura suficient spectru pentru viitoarea bandă largă mobilă, recunoscând creșterea folosirii telefonului mobil și a Internetului wireless.

În această ordine de idei, autorii prezentului studiu relevă că este utilă și necesară implementarea Directivei Parlamentului European și a Consiliului privind măsurile de reducere a costului instalării rețelelor de comunicații electronice de mare viteză, care reglementează drepturi și obligații care sunt direct aplicabile în diferite stadii de dezvoltare/implementare a infrastructurii și care pot duce la reduceri semnificative ale costurilor⁶⁶. Barierele generate de investiții pot fi reduse și intrarea pe piață ar putea permite o utilizare mai intensă a infrastructurii fizice existente, printr-o mai bună cooperare în lucrările de construcții civile planificate, simplificarea procedurilor de autorizare și prin eliminarea obstacolelor din pregătirea / dotarea clădirilor noi cu infrastructură pentru rețelele de acces de mare viteză.

Așa stând lucrurile, MTIC urmează să definească și să planifice măsuri politice și administrative, care pot stimula dezvoltarea infrastructurii de nouă generație de bandă largă și, respectiv, de penetrare a serviciilor de acces de mare viteză din Republica Moldova până la nivelul indicat în cadrul Agendei Digitale pentru Europa 2020⁶⁷, măsuri care vor ajuta la îndeplinirea obiectivului ce ține de dezvoltarea de rețele avansate de telecomunicații, cu acoperire națională, prin construirea de rețele de fibră optică cu acoperire națională și cu o largă răspândire a punctelor de distribuție, cât mai aproape de utilizatorul final și integrarea acestora cu rețelele fără fir din Republica Moldova (care se caracterizează printr-un grad avansat de dezvoltare) și, astfel, vor completa infrastructura wireless (pe suport radio) existentă, care va permite mobilitatea, precum și extinderea gradului de acoperire.

66 Directiva Parlamentului European și a Consiliului privind măsuri de reducere a costului instalării rețelelor de comunicații electronice de mare viteză. Nr. 61 din 15 mai 2014. În: Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, 23.05.2014, nr. L 155. p. 1.

67 European Commission Communication „O Digital Agenda for Europe”. Nr. COM(2010) 245 din 26.08.2010. Brussels, 2010, 42 p.

PRINCIPIILE APLICABILE CONTENCIOSULUI ADMINISTRATIV POTRIVIT PROIECTULUI CODULUI ADMINISTRATIV



Valeriu ZUBCO, doctor în drept, conferențiar universitar, ULIM

In this study is carried out a brief analysis of the principles governing the contentious administrative in the project of the administrative Code, developed by a group of authors representing the public authorities, the academics and judges of the Court of Appeal Chisinau and the Supreme Court of Justice, specialists in matters of contentious administrative based on decisions of the legal Commission for appointments and immunities of the Parliament of the Republic of Moldova with the support of the German Foundation for International Legal Cooperation and German experts from the Federal Administrative Court in Leipzig, Administrative Court of Bavaria, administrative courts of Muenster and Trier.

Keywords: Administrative Code, contentious administrative, common principles, principles of contentious administrative, the Administrative Court.

În acest studiu este efectuată o analiză succintă a principiilor ce guvernează contenciosul administrativ în proiectul Codului administrativ, elaborat de un grup de autori care reprezintă autoritățile publice, mediul academic și judecători din Curtea de Apel Chișinău și Curtea Supremă de Justiție, specialiști în materie de contencios administrativ în baza hotărârii Comisiei juridice pentru numiri și imunități a Parlamentului Republicii Moldova cu susținerea Fundației germane pentru Cooperare Juridică Internațională și experți germani din Curtea Federală Administrativă din Leipzig, Curtea administrativă din Bavaria, judecătoriile administrative din Muenster și Trier.

Cuvinte-cheie: Cod administrativ, contencios administrativ, principii comune, principiile contenciosului administrativ, instanța de contencios administrativ.

Principiile sunt regulile sau ideile fundamentale călăuzitoare, cu forță juridică obligatorie și prioritară, care este exprimată, direct, prin una sau printr-un ansamblu coerent de norme juridice sau, indirect, prin ansamblul reglementărilor juridice într-un anumit domeniu; idee care, în viziunea profesorului român Mircea Preda,¹ nu poate fi ignorată prin norme cu forță juridică inferioară sau prin acțiuni ori inacțiuni concrete. Astfel, respectarea principiilor este o obligație juridică a tuturor celor care,

1 Mircea Preda, *Tratat elementar de drept administrativ român*, Ed. Lumina Lex București, 1996, p.421

într-o formă sau alta, au tangență cu domeniul de activitate, indiferent dacă aceștia au sau nu calitatea de autoritate publică ori sunt persoane fizice sau juridice.

Or, principiile contenciosului administrativ sunt regulile sau ideile fundamentale, cu forță juridică obligatorie și prioritară, reglementate de lege sau care rezultă din interpretarea normelor de drept administrativ, ce duc la realizarea echității în relațiile dintre autoritățile administrației publice și persoană, autoritățile administrației publice și funcționar public, funcționar public și persoană.

În proiectul Codului administrativ un capitol distinct este consacrat principiilor, care prevede *Secțiunea 1 „Principii comune”, Secțiunea 2 „Principiile activității administrative”, Secțiunea 3 „Principiile controlului administrativ”, iar Secțiunea 4 se consacră nemijlocit principiilor care guvernează contenciosului administrativ. Astfel, potrivit proiectului în Secțiunea 4 „Principiile contenciosului administrativ” se conțin următoarele principii: *supremația dreptului, independența judecătorilor, dreptul la un proces echitabil, accesul liber la justiția administrativă, dreptul la apărare, oralitatea, nemijlocirea, continuitatea, respectarea principiilor fundamentale, rolul judecătorului în aflarea adevărului, respectul cuvenit justiției, caracterul public al dezbaterilor judiciare, limba de procedură și dreptul de interpret, precum și contradictorialitatea.**

Obiectivul acestui studiu este de a pune în valoare principiile ce guvernează contenciosul administrativ, care se conțin în proiectul viitorului Cod administrativ, *Secțiunea 1 „Principii comune” și în Secțiunea 4 „Principiile contenciosului administrativ”.*

Pornind cu analiza **principiului legalității** este necesar de menționat că, este unul dintre principiile fundamentale ale statului de drept, propriu atât activității administrative cât și contenciosului administrativ, iar potrivit noului proiect „*autoritățile publice și instanțele de contencios administrativ trebuie să acționeze în conformitate cu legea și cu principiile de drept*”. De menționat că, principiul legalității este consacrat în art.7 al Constituției Republicii Moldova conform căreia „*Nici o lege și nici un alt act juridic care contravine prevederilor Constituției nu au putere juridică*”. În Uniunea Europeană elementele definitorii ale principiului legalității, sunt redade *expresis verbis*, prin dispozițiile art.13 alin.(2) din Tratatul Uniunii Europene, iar în opinia unor autori² principiul legalității constituie fundamentul actelor juridice în dreptul Uniunii Europene, în al doilea rând este fundamentul controlului de legalitate exercitat asupra actelor juridice pentru a verifica conformitatea normelor de rang inferior față de cele de rang superior și în al treilea rând, orice act care contravine acestui principiu va fi declarat nul de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cadrul unui exercițiu judiciar complex de verificare a legalității acestuia.

Principiul legalității presupune nu numai că, autoritățile publice nu trebuie să încalce legea, dar și instanțele de contencios administrativ, de asemenea, că deciziile/hotărârile lor trebuie să fie bazate pe lege, iar conținutul acestora să fie în conformitate

2 Ana Muntean, Formele controlului de legalitate în dreptul Uniunii Europene. Proiecții în dreptul român. Ed. Universul Juridic, București, 2014, p.28

cu legea. Principiul respectiv cere ca această conformare a autorităților publice și a instanțelor de contencios administrativ cu aceste cerințe să poată fi executată efectiv.³

În concluzie, referindu-ne la contenciosul administrativ, vom menționa că, principiul legalității cere respectarea: Constituției, principiilor generale ale dreptului, legilor organice și ordinare, hotărârilor Curții Constituționale, tratatelor internaționale la care Republica Moldova este parte, hotărârilor judecătorești în măsura în care acestea au un efect obligatoriu și a principiilor dreptului administrativ relevante, în măsura în care acestea pot fi invocate în fața instanțelor de judecată.

Un alt principiu este **egalitatea de tratament**, care potrivit noului proiect al Codului „*instanțele de contencios administrativ acționează cu respectarea principiului egalității și fără discriminări*“, totodată „*instanțele de contencios administrativ trebuie să trateze în mod egal persoanele aflate în situații similare, iar orice diferență de tratament trebuie justificată în mod obiectiv*“.

Constituția Republicii Moldova consfințește în art.16 „*Egalitatea*“, potrivit căruia „*toți cetățenii Republicii Moldova sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără deosebire de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, sex, opinie, apartenență politică, avere sau origine socială*“. Principiile de la Bangalore privind conduita judecătorului (2002), care este un Cod de conduită a magistraților din toată lumea, prevede că, „*asigurarea egalității de tratament pentru toți în fata instanțelor este esențială pentru exercitarea corectă a atribuțiilor judecătorești*“.⁴

Principiul egalității de tratament presupune că, instanțele de contencios administrativ trebuie să examineze atent și echitabil fiecare caz individual de contencios administrativ, luând în considerație Constituția Republicii Moldova, legile organice și ordinare, precum și principiile de drept aplicabile. Judecătorul trebuie să se asigure de accesul egal în instanță atât pentru bărbați, cât și pentru femei, autorități publice sau persoane după cum am afirmat mai sus, toți participanții la proces să fie tratați egal în condițiile legii.

În opinia autorilor proiectului Codului administrativ un alt principiu important este **buna credință**, potrivit căruia „*părțile și participanții în procedura de contencios administrativ trebuie să-și exercite drepturile și să-și îndeplinească obligațiile cu bună credință, fără a încălca drepturile procesuale ale altei părți*“. Acest principiu potrivit proiectului este comun atât pentru părțile și participanții la procedura administrativă, precum și în procedura contenciosului administrativ. Potrivit principiului bune credințe „*partea care își exercită drepturile procesuale în mod abuziv sau nu-și îndeplinește obligațiunile procesuale cu bună credință, răspunde potrivit legii pentru prejudiciile materiale și morale cauzate*“.

Principiul imparțialității potrivit proiectului Codului prevede că, „*instanțele de contencios administrativ trebuie să-și exercite atribuțiile legale în mod imparțial*“.

3 Valeriu Zubco, Anastasia Pascari, Gheorghe Crețu, Contenciosul administrativ, Ed. Cartier, Chișinău, 2004, p.33

4 Cristi Danileț, Comentariu asupra principiilor de la Bangalore privind conduita judiciară, Ed.C.H.Beck, București, 2010, p.7

Imparțialitatea este esențială pentru îndeplinirea adecvată a funcției judiciare, ea privește nu doar hotărârea însăși, dar și întreg procesul prin care se ajunge la aceasta. Imparțialitatea este calitatea fundamentală certă a unui judecător și reprezintă atributul esențial al justiției. Imparțialitatea trebuie să existe atât în realitate cât și din perspectiva unui observator rezonabil.⁵

Principiul imparțialității în procedura de contencios administrativ presupune ca instanțele cărora le revine sarcina de a înfăptui justiția în materia de contencios administrativ să fie neutre, deoarece neutralitatea în principiu este esența justiției.

Principiul aplicării termenului rezonabil, potrivit proiectului Codului, presupune că, „ în cazul în care, Codul administrativ sau legea nu impun un anumit termen, autoritățile publice și instanțele de contencios administrativ trebuie să acționeze într-un termen rezonabil“. Potrivit dispozițiilor proiectului Codului administrativ principiul aplicării termenului rezonabil în procedura contenciosului administrativ trebuie să fie o caracteristică proprie contenciosului administrativ în esență. Un proces în materie de contencios administrativ nu poate dura o perioadă îndelungată de timp, aducând atingere atât interesului personal al părților în proces, precum și interesului general al societății fără o justificare temeinică. Termenul rezonabil, ca garanție a unui proces echitabil, în sensul art.6 par. (1) din C.E.D.O., este pe deplin aplicabil și în cadrul procedurilor administrative reglementate pentru soluționarea oricăror cereri de către organele administrației publice centrale sau locale. Termenul rezonabil înseamnă atât operativitate cât și acceptarea unei durate de care ar depinde soluționarea corectă a cauzei. Instanța de contencios administrativ trebuie să asigure o operativitate normală, continuă, fără întreruperi și amânări nejustificate.

Principiul aplicării termenului rezonabil se regăsește și în Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene art.47 în care se menționează „ orice persoană are dreptul la un proces echitabil, public și într-un termen rezonabil, în fața unei instanțe judecătorești independente și imparțiale, constituită în prealabil prin lege“. ⁶ Astfel, în opinia noastră principiul aplicării termenului rezonabil este atât un drept fundamental, precum și o condiție pentru ca un proces să fie considerat echitabil.

Supremația dreptului este un alt principiu important prevăzut de proiectul Codului administrativ potrivit căruia „ instanța de contencios administrativ la soluționarea cauzei administrative se conduce de principiul supremației dreptului, în conformitate cu care omul, drepturile și libertățile lui sunt considerate valori supreme și sunt garantate de stat“.

În opinia unor autori,⁷ esența acestui principiu se reduce la aceea că există stat de drept numai acolo unde domină legea, dreptul. Participanții la înfăptuirea și realizarea dreptului sînt subiecții de drept, persoane fizice sau persoane juridice, inclusiv statul. Pentru toți, consideră autorii, respectarea dreptului este deopotrivă,

5 Idem, p.56

6 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:ro:PDF>

7 Gheorghe Avornic, Elena Aramă, Boris Negru, Ruslan Costăș, Teoria generală a dreptului, Ed. Cartier, Chișinău, 2004, p.132.

egală și obligatorie. Aceasta înseamnă că statul, care face legea, este obligat să o respecte ca oricare alt subiect de drept.

Totodată autorii textului proiectului Codului administrativ menționează că, „*instanțele de contencios administrativ aplică principiul supremației dreptului cu luarea în considerație a practicii Curții Europene pentru drepturile omului*“. În acest sens Constituția Republicii Moldova în art.4 alin.(2) prevede expres: „*Dacă există neconcordanță între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care Republica Moldova este parte și legile ei interne, prioritate au reglementările internaționale*“.

Curtea Constituțională prin Hotărârea nr.55 din 14 octombrie 1999 privind interpretarea unor prevederi ale art.4 din Constituția Republicii Moldova a statuat că, prin art.4 din Constituție se garantează nu numai drepturile și libertățile fundamentale ale omului, consacrate de constituție, dar și principiile și normele unanim recunoscute ale dreptului internațional, iar dacă există neconcordanță între pactele și tratatele internaționale privind drepturile fundamentale ale omului și legile interne ale Republicii Moldova, organele de drept sânt obligate să aplice reglementările internaționale.⁸

În cadrul sistemului legislativ al Uniunii Europene pentru a asigura buna funcționare a sistemului juridic comunitar și eficacitatea măsurilor luate, Comunitățile au dezvoltat mai multe principii de aplicare a dreptului comunitar. Un rol important în definirea și garantarea respectării acestora l-a avut Curtea de Justiție a Comunităților Europene, prin hotărârile luate în unele cazuri aduse în fața sa. Cele mai importante principii de acest fel sunt cel al supremației dreptului comunitar, cel al aplicabilității directe, efectul direct și efectul indirect. În caz de conflict între legea națională și dreptul comunitar, norma comunitară (tratatele, dar și legislația derivată) este cea care se aplică în toate cazurile.

Principiul supremației dreptului comunitar asupra celui național este valabil pentru toate tipurile de norme comunitare și, respectiv, naționale (fie ele constituționale, legislative sau administrative), indiferent de data intrării lor în vigoare (fie că norma națională a fost emisă înaintea celei comunitare, fie după aceasta). Supremația dreptului comunitar este unul dintre cele mai vechi principii ale acestui sistem de drept, fiind formulat pentru prima dată de către judecătorii Curții de Justiție a Comunităților Europene (CJCE) în Hotărârea din 15 iulie 1964, în cazul *Flaminio Costa vs. ENEL* Flaminio Costa. Interpelată pentru interpretarea unor prevederi ale tratatului, CJCE s-a pronunțat, afirmând că, date fiind angajamentele pe care statele membre și le-au luat prin tratat, acestea au transferat Comunităților o parte din dreptul lor suveran de a decide, astfel încât statele membre nu mai pot lua hotărâri „care ar fi incompatibile cu noțiunea de Comunitate“. În acest fel

8 Hotărârea Curții Constituționale nr.55 din 14 octombrie 1999 privind interpretarea unor prevederi ale art.4 din Constituția Republicii Moldova, publicată în Monitorul Oficial nr.118-119/64 din 28.10.1999

a fost creat unul dintre cele mai importante principii ale sistemului de drept al Uniunii Europene.⁹

Independența judecătorilor este un alt principiu oglindit în proiectul Codului administrativ, care prevede că, „*la înfăptuirea justiției administrative, instanțele de contencios administrativ și judecătorii sunt independenți și se supun numai legii, iar orice imixtiune în activitatea de judecată este inadmisibilă și atrage răspunderea prevăzută de lege*“. În Republica Moldova independența judecătorilor este garantată de Legea cu privire la statutul judecătorului nr.544 din 20.07.1995. Potrivit Principiilor de la Bangalore privind conduita judecătorului (2002), independența justiției este premisă statului de drept și este o garanție fundamentală a procesului echitabil. În consecință, judecătorul va apăra și va servi ca exemplu de independență a justiției, atât sub aspect individual, cât și sub aspect instituțional.¹⁰ Astfel, în opinia autorului independența justiției nu este un privilegiu sau o prerogativă personală a fiecărui judecător. Ea este responsabilitatea impusă fiecărui judecător care îi permite să soluționeze o cauză în mod onest și imparțial în baza legii și a probelor, fără presiuni sau influențe externe și fără frică de vreo imixtiune. Esența principiului independenței justiției este libertatea deplină a judecătorului de a judeca și soluționa cauzele deduse instanței; nimeni din afară — nici guvernul, nici grupurile de presiune, nici un individ sau chiar nici un alt judecător — nu ar trebui să se amestece, sau să încerce să se amestece, în modul în care un judecător conduce o cauză și ia o decizie.

Un alt principiu al viitorului Cod administrativ este **dreptul la un proces echitabil** potrivit căruia „*orice persoană are dreptul la judecarea cauzei sale în mod echitabil, în termen optim și rezonabil, de către o instanță independentă, imparțială și stabilită de lege. Instanța este obligată să dispună toate măsurile permise de lege și să asigure desfășurarea cu celeritate a judecății*“.

Dreptul la un proces echitabil ocupă un loc special printre drepturile fundamentale, fiind considerat un pilon prin care se asigură drepturile și libertățile omului, recunoscute într-o societate democratică a cărei garantare trebuie să fie inerentă oricărui sistem de drept și este reglementat în art.6, pct.1 al Convenției Europene a Drepturilor Omului ca o garanție a respectării drepturilor omului.

Curtea Constituțională a Republicii Moldova în Hotărârea nr.31 din 01.10.2013 pentru controlul constituționalității prevederilor art.11 alin.(4) din Legea nr.548-XIII din 21 iulie 1995 cu privire la Banca Națională a Moldovei și art.21 alin.(3) și art. 23 alin. (3) din Legea contenciosului administrativ nr.793-XIV din 10 februarie 2000 (Sesizarea nr. 26a/2013), menționează că, în orice societate democratică protecția persoanei (fizice sau juridice) este una din atribuțiile de bază ale statului, iar posibilitatea persoanei de a utiliza în instanța de judecată toate mijloacele procedurale necesare pentru apărarea sa constituie un remediu efectiv pentru asigurarea unui proces echitabil, principiu care se desprinde din cuprinsul art. 20 alin.(1) din Constituție,

9 http://www.crispedia.ro/Principii_generale_ale_Uniunii_Europene

10 Cristi Danileț, Op.cit., p.41

conform căruia orice persoană are dreptul la satisfacție efectivă din partea instanțelor judecătorești competente împotriva actelor care violează drepturile, libertățile și interesele sale legitime.¹¹

Potrivit principiului **accesului liber la justiția administrativă**, *controlul judecătoresc al activității administrative este garantat și nu poate fi îngrădit. Orice persoană are dreptul la satisfacție efectivă din partea instanței de contencios administrativ competente împotriva actelor care violează drepturile, libertățile și interesele sale legitime. Instanța de contencios administrativ este obligată să primească și să soluționeze orice cerere de competența instanței potrivit legii*“.

Drepturile și libertățile omului dispun de o garantare reală ce corespunde principiilor statului de drept numai atunci când orice persoană, potrivit art. 20 alin. (1) din Constituție, are dreptul la satisfacție efectivă din partea instanțelor judecătorești competente împotriva actelor care violează drepturile, libertățile și interesele sale legitime. Astfel, orice persoană are dreptul să se adreseze în instanța de contencios administrativ pentru a-și apăra drepturile, libertățile și interesele legitime.

Accesul liber la justiție include și accesul liber la justiția administrativă, iar potrivit art. 20 alin (2) din Constituție, exercitarea dreptului de acces liber la justiție nu poate fi îngrădită prin nici o lege. Însă aplicarea art. 20 din Constituția Republicii Moldova poate cunoaște o limită obiectivă, articolul fiind aplicabil doar jurisdicțiilor interne, potrivit principiului teritorialismului legii, astfel încât, din această cauză, nu poate fi aplicabil unor instanțe internaționale. Accesul liber la justiție este consacrat, ca drept cetățenesc fundamental nu numai în art. 20 al Constituției Republicii Moldova, dar și în art.6 pct.1 din Convenția Europeană Drepturilor Omului, în art.10 din Declarația universală a drepturilor omului, precum și în art.14 pct.1 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice.

În opinia unor autori, accesul liber la justiție nu este un drept absolut ci, așa cum Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat în mai multe decizii (de exemplu *Golder împotriva Regatului Unit al Marii Britanii, 1975* și *Ashingdane împotriva Regatului Unit, 1985*) dreptul de acces la justiție poate face obiectul unor limitări. Aceste limitări sunt implicit permise, deoarece dreptul de acces la justiție necesită, prin însăși natura sa, o reglementare din partea statelor, care poate să varieze în timp și spațiu, în funcție de nevoile și resursele de care dispune comunitatea. Gradul de acces permis de legislația națională trebuie să fie însă suficient pentru a asigura accesul individual la instanță, în lumina principiului supremației dreptului într-o societate democratică.¹²

Potrivit Hotărârii Curții Constituționale nr.14 din 15.11.2012 pentru controlul constituționalității unor prevederi din Codul de procedură civilă al Republicii Mol-

11 Vezi: Hotărârea Curții Constituționale nr.31 din 01.10.2013 pentru controlul constituționalității prevederilor art.11 alin.(4) din Legea nr.548-XIII din 21 iulie 1995 cu privire la Banca Națională a Moldovei și art.21 alin.(3) și art. 23 alin. (3) din Legea contenciosului administrativ nr.793-XIV din 10 februarie 2000 (Sesizarea nr. 26a/2013), publicată în Monitorul Oficial nr.252-257/38 din 08.11.2013

12 Vezi: <http://193.226.121.81/events/conferinta/cojocar.pdf>

dova nr.225-XV din 30 mai 2003 (Sesizarea nr.21a/2012), principiul accesului liber la justiție urmează a fi privit nu doar ca o garanție fundamentală pentru exercitarea efectivă a drepturilor și libertăților persoanei, ci și ca o normă imperativă chemată să dea sens noțiunii de „stat de drept“. Or, conform art.1 alin.(3) din Constituție Republica Moldova este un stat democratic, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile lui, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme și sunt garantate.¹³

Constituția Republicii Moldova reglementează **dreptul la apărare** în art.26, iar potrivit Proiectului Codului administrativ, „*dreptul la apărare este garantat, părțile au dreptul să fie asistați pe tot parcursul procesului de către un avocat, părților li se asigură posibilitatea de a participa la toate fazele de desfășurare a procesului*“.

În opinia unor autori,¹⁴ dispoziția art. 26 alin. (1) este imperativă și nu lasă loc pentru îndoieli: dreptul la apărare aparține oricui, fără nici un fel de excepție. Limitarea dreptului la apărare ar fi evident o încălcare a prevederilor Constituției. În același timp, textul Constituției declară că acest drept este garantat de stat. Termenul garantat presupune responsabilitatea statului de a crea condiții prospere pentru oricare în acest domeniu. Dreptul la apărare reflectă un principiu esențial al justiției, conform căruia toate părțile la proces sunt egale, părțile la proces trebuie să aibă posibilități egale pentru a-și prezenta cauza și niciuna dintre părți nu trebuie să aibă un avantaj substanțial față de oponent. Principiul prevede circumstanțele în care ambele părți în fața instanțelor au dreptul să dețină informația despre faptele și argumentele părții opuse și, în același timp, fiecare parte trebuie să aibă posibilitatea de a pregăti și de a expune un răspuns pentru partea opusă. Totodată în opinia autorilor, principiul prevede, de asemenea, obligația instanței de a veghea asupra respectării acestui principiu în timpul procesului.

Este important să menționăm că reglementarea dreptului la apărare în tratatele internaționale cum sunt Declarația Universală a Drepturilor Omului art.11, pct.1, Pactul Internațional cu privire la drepturile civile și politice art. 14, pct. 3 și Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale art. 6, pct. 3 pune în evidență importanța deosebită pe care o are acesta în cadrul unui proces echitabil, specific oricărei societăți democratice.

În acest context și Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene în Titlul VI „*Justiția*“, art. 47, prevede că, orice persoană are dreptul la un proces echitabil, public și într-un termen rezonabil, în fața unei instanțe judecătorești independente și imparțiale, constituită în prealabil prin lege, totodată orice persoană are posibi-

13 Vezi: Hotărârea Curții Constituționale nr.14 din 15.11.2012 pentru controlul constituționalității unor prevederi din Codul de procedură civilă al Republicii Moldova nr.225-XV din 30 mai 2003 (Sesizarea nr.21a/2012), publicată în Monitorul Oficial nr.248-251, din 07.12.2012

14 Boris Negru, Nicolae Osmochescu, Andrei Smochină, Corneliu Gurin, Ion Creangă, Victor Popa, Sergiu Cobăneanu, Veaceslav Zaporozjan, Sergiu Țurcan, Valeria Șterbeț, Alexandru Armenic, Dumitru Pulbere Constituția Republicii Moldova. Comentariu, Ed. ARC, Chișinău, 2012, p.122

litatea de a fi consiliată, apărută și reprezentată, iar art. 48 garantează respectarea dreptului la apărare.¹⁵

De rând cu alte principii menționate în proiectul Codului administrativ este prevăzut și **principiul oralității** potrivit căruia „*atunci când instanța de contencios administrativ decide examinarea cauzei cu participarea părților, procesele se dezbate oral*“. Potrivit acestui principiu cauzele de contencios administrativ se dezbate verbal, iar instanța de contencios administrativ fiind obligată să ofere cuvântul părților în proces, pentru ca fiecare din ele să-și susțină poziția sa procesuală. Astfel, toate cererile formulate în scris trebuie susținute verbal, iar concluziile scrise trebuie să respecte concluziile verbale. În opinia noastră principiul oralității în condițiile viitorului Cod este o garanție a realizării altor principii, precum publicitatea și contradictorialitatea, iar nerespectarea sa atrage nulitatea hotărârii judecătorești.

O altă dispoziție a proiectului prevede **principiul nemijlocirii**, potrivit căruia „*probele se administrează de către instanța de contencios administrativ care judecă procesul*“. În virtutea acestui principiu instanța de contencios are obligația să cerceze direct și nemijlocit toate probele pe care își întemeiază hotărârea respectiv de a audia ea însăși martorii, de a dispune și de a verifica direct expertizele judiciare necesare în cadrul procesului de contencios administrativ dacă legea nu prevede anumite excepții de la acest principiu.

Continuitatea este un alt principiu, potrivit căruia „*judecătorul sau completul de judecată investit cu soluționarea cauzei nu pot fi înlocuiți pe durata procesului decât pentru motive temeinice, în condițiile legii*“. În sensul principiului continuității judecarea cauzelor de contencios administrativ urmează să se facă de același judecător sau complet de judecată fără a fi înlocuiți până la pronunțarea hotărârii. În cazul care pot apărea situații care impun schimbarea judecătorului, modificarea completului sau schimbarea completului de judecată anterior soluționării cauzei, aceasta se va face strict în conformitate cu prevederile Codului administrativ și actele de ordine interioară a instanțelor de judecată până la începerea dezbaterilor.

Respectarea principiilor fundamentale este un alt principiu care stă la baza atât a procesului civil la general, precum și a procesului în contenciosul administrativ deoarece dirijează întregul proces și în acest sens proiectul Codului administrativ prevede că, „*judecătorul are îndatorirea să asigure respectarea și să respecte el însuși principiile fundamentale ale procesului în contenciosul administrativ*“.

Potrivit acestui principiu judecătorul este factorul de echilibru într-un proces de contencios administrativ, care urmează să întreprindă toate măsurile care se impun pentru ca principiile fundamentale să fie respectate de către toți participanții în proces, precum și de el însuși. Astfel, respectarea principiilor fundamentale nu este o simplă regulă într-un proces, ci are rol important în rândul principilor fiind unul vital, deoarece acesta asigură respectarea tuturor celorlalte principii esențiale ale procesului în contenciosul administrativ.

15 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex:12012P>

De rând cu principiile contenciosului administrativ menționate de noi mai sus un loc aparte îi revine **rolului judecătorului în aflarea adevărului**. Astfel, în viitorul Cod administrativ se menționează că, „ ... judecătorul este obligat să cerceteze starea de fapt și de drept din oficiu, prin mijloacele legale, pentru a preveni orice greșeală privind aflarea adevărului în cauză, pe baza stabilirii faptelor și prin aplicarea corectă a legii, în scopul pronunțării unei hotărâri temeinice și legale..., judecătorul poate dispune introducerea în cauză a altor persoane, în condițiile legii, persoanele introduse în cauză vor avea posibilitatea, după caz, de a renunța la judecată sau la dreptul pretins, de a se alătura la pretențiile reclamantului ori de a pune capăt procesului printr-o tranzacție“. Un element important, în opinia autorilor, în articolul care prevede principiul rolului judecătorului în aflarea adevărului este că, „ judecătorul cercetează din oficiu starea de fapt și de drept al litigiului, iar rezultatul probelor se va pune în discuția părților pentru asigurarea calificării juridice exacte“.

În esență plecând de la sarcina atribuită prin lege instanței de contencios administrativ, și anume aceea de a soluționa cauza cu care a fost investită, funcția esențială a judecătorului este de a judeca, a soluționa litigiile apărute între părți, prin pronunțarea unei soluții legale. Astfel, hotărârea instanței de contencios administrativ este actul final al judecății, este un act de dispoziție cu caracter jurisdicțional care exprimă adevărul legal.

Un principiu fundamental în contenciosul administrativ este **respectul cuvenit justiției**, care este oglindit în proiectul Codului administrativ. Principiul respectul cuvenit justiției se impune din perspectiva importanței deosebite a înlăptuirii justiției pentru societate, ceea ce presupune un cadru solemn de desfășurare a ședințelor de judecată. În acest sens proiectul Codului prevede că, „ părțile și cei prezenți la ședința de judecată sunt obligați să manifeste respectul cuvenit față de instanță și să nu tulbure buna desfășurare a ședinței de judecată, iar președintele veghează ca ordinea și solemnitatea ședinței să fie respectate, putând lua în acest scop orice măsură prevăzută de lege“.

Caracterul public al dezbatărilor judiciare este un alt principiu fundamental consacrat de Constituția Republicii Moldova în art.117. Potrivit proiectului Codului „ în toate instanțele de contencios administrativ ședințele de judecată sunt publice, dar pot avea loc ședințe închise numai în scopul protejării informației ce constituie secret de stat, taină comercială ori alte informații a cărei divulgare este interzisă prin lege...“. Totodată proiectul Codului prevede și modalitatea de desfășurare a ședințelor închise, iar hotărârile ședinței închise se vor pronunța public.

În opinia unor autori¹⁶ derogările de la acest principiu pot fi aplicate doar în condițiile legii, instanța fiind obligată să motiveze în fiecare caz concret luarea măsurii ca judecata să fie secretă. Pentru părți, și pentru alte persoane menționate de lege, nu există judecată secretă, putând astfel să fie apărute drepturile și interesele

16 Corneliu Barsan, Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole, ediția a 2-a, Editura C.H. Beck, București, 2010 p. 517-518.

participanților la proces. După cum a subliniat Curtea Europeană pentru Drepturile Omului (CEDO) în jurisprudența sa, „*Publicitatea procedurii organelor judecătorești vizată în articolul 6(1) protejează justițiabilii împotriva unei judecăți secrete, care iese de sub controlul public*; ea constituie, de asemenea, unul din mijloacele de păstrare a încrederii în curți și instanțele judecătorești. Prin transparența pe care o acordă administrației justiției, ea contribuie la realizarea scopului articolului 6(1); procesul echitabil, a cărui garanție se numără printre principiile oricărei societăți democratice în sensul Convenției“.

Următorul principiu al contenciosului administrativ prevăzut în proiectul Codului administrativ este **limba de procedură și dreptul la interpret**. Astfel, potrivit acestui principiu „*judecarea pricinilor în instanțele de contencios administrativ se desfășoară în limba de stat, iar persoanele interesate în soluționarea pricinii care nu posedă sau nu vorbesc limba de stat în drept să ia cunoștință de actele, de lucrările dosarului și să vorbească în judecată prin interpret*“, totodată se menționează în proiect că „*cererile și actele procedurale se întocmesc numai în limba de stat*“.

Dreptul la interpret în opinia noastră este un principiu fundamental în vederea exercitării dreptului la un proces echitabil. Participanților la soluționarea pricinii de contencios administrativ care nu vorbesc sau nu înțeleg limba de procedură trebuie să li se ofere asistența unui interpret. Nici o persoană nu poate fi lipsită de acest drept. În acest sens, se creează un mecanism de verificare care să permită confirmarea faptului că participanții la proces vorbesc și înțeleg limba de procedură sau dacă au nevoie de asistența unui interpret. Interpretarea și traducerea trebuie fie de o calitate suficientă pentru a le asigura participanților la proces să înțeleagă poziția părților în proces, să poată face cunoștință cu actele și lucrările dosarului și să-și prezinte argumentele etc., pentru a garanta caracterul echitabil al procesului în contenciosul administrativ.

Principiul contradictorialității este un alt principiu fundamental care guvernează atât procesul civil și cât dreptul procesual penal la general, precum și contenciosul administrativ în special și în același timp este o componentă a dreptului fundamental la apărare.

În doctrina românească principiul contradictorialității este definit ca posibilitatea conferită de lege părților de a discuta și combate orice element de fapt sau de drept al procesului civil. Existența fundamentală contradictorialității impune ca nici o măsură să nu fie ordonată de către instanță înainte ca aceasta să fie pusă în discuția contradictorie a părților.¹⁷

Proiectul în acest sens prevede că, „*Procesele administrative se desfășoară pe principiul contradictorialității și egalității părților în drepturile procedurale. Contradictorialitatea presupune organizarea procesului astfel încât părțile și ceilalți participanți la proces să aibă posibilitatea de a-și formula, argumenta și dovedi poziția în proces, de a alege modalitățile și mijloacele susținerii ei de sine stătător și independent de*

17 Ioan Leș, *Tratat de drept procesual civil*, ed. a 4-a, Ed.C.H. Beck, București, 2008, p.54

instanță, de alte organe și persoane, de a-și expune opinia asupra oricărei probleme de fapt și de drept care are legătură cu pricina dată judecării și de a-și expune punctul de vedere asupra inițiativelor instanței de contencios administrativ.“

Principiul contradictorialității este strâns legat de principiul rolului judecăto-rului în aflarea adevărului, acesta fiind o pârghie pusă la dispoziția judecătorului pentru înfăptuirea justiției. Instanța are obligația de a pune în discuția părților orice împrejurare de fapt și de drept, care duce la dezlegarea pricinii peste susținerile și apărările părților. Este necesar ca instanța să afle realitatea în toată complexitatea ei și să dea o soluție corespunzătoare acesteia.¹⁸

Același articol din proiectul Codului administrativ mai prevede că *„instanța de contencios administrativ este obligată, în orice proces, să supună discuției părților toate cererile, excepțiile și împrejurările de fapt sau de drept invocate și instanța de contencios administrativ își va întemeia hotărârea numai pe motive de fapt și de drept, pe explicații sau mijloace de probă care au fost supuse, în prealabil, dezbaterii contra-dictorii“*. Considerăm că acest articol urmează să fie completat cu următorul aliniat *„Nerespectarea principiului contradictorialității atrage nulitatea hotărârii pronunțate“*.

În concluzie, vom menționa că principiile contenciosului administrativ trebuie privite ca un tot unitar. Principiile contenciosului administrativ trebuie interpretate și aplicate unele prin altele, iar independența acestora face ca neaplicarea de către judecătorul care examinează cauza sau de către părți a unui dintre aceste principii, să atragă de cele mai multe ori efecte în lanț, pentru că încălcarea unui principiu fundamental atrage după sine nerespectarea altora, ceea ce duce la nulitatea hotărârii pronunțate.

18 http://www.academia.edu/7327876/DREPTUL_LA_UN_PROCES_ECHITABIL

ASPECTELE CONSTITUȚIONALE ALE DREPTULUI LA MUNCĂ ȘI AL DREPTULUI DE PROTECȚIE A MUNCII



Valeriu BAEȘU, master în drept, lector superior

Recenzent: **Lilea MĂRGINEANU**, doctor în drept, conferențiar universitar ad interim

The right of work and the right of labor protection can be regarded as economic rights of the individual because these rights make possible the individual to increase its social welfare in relation to other individuals in that enter into legal relations with the employer, in providing certain services, for which it is paid a certain salary. It is well known that the issue of development of labor rights and labor protection in the Republic of Moldova must be approached in conjunction with other historical phenomena and processes and taking into account historical regularities and stages of development of our state. The Process of Constitutionalisation of labor rights and labor protection certify that reflect these rights in the normative acts of the state are closely aligned with the ruling regime or political system of the state. In certain periods of development of our state protection of the right of work and labor protection were provided by the legislator, but were not guaranteed, the others were secured, but it was not clearly defined procedure for achieving them. Much has been made but more to be done in this direction, especially in the way of accession to the European Union.

Keywords: *the right of work; the right of work protection; economic rights; social welfare; constitutionalisation process; constitutional law; the ruling regime; European Union accession process.*

Dreptul la muncă și dreptul la protecția muncii pot fi considerate ca drepturi economice ale individului prin faptul că anume aceste drepturi fac posibilul ca individul să-și sporească bunăstarea sa socială în raport cu alți indivizi prin faptul că intră în raporturi juridice cu angajatorul, în prestarea anumitor servicii, fapt pentru care este remunerat cu un anumit salariu. Este bine cunoscut faptul că problema dezvoltării dreptului la muncă și la protecția muncii în Republica Moldova trebuie să fie abordată în corelație cu alte procese și fenomene istorice și luând în considerare legitățile și etapele istorice de dezvoltare a statului nostru. În anumite perioade de dezvoltare a statului nostru dreptul la muncă și la protecția muncii erau prevăzute de către legislator, dar nu erau garantate, în altele, erau garantate, dar nu era bine determinată procedura de realizare a acestora. Multe au fost făcute, dar mai mult urmează a fi de făcut în această direcție, îndeosebi în drumul de aderare la Uniunea Europeană.

Cuvinte cheie: *dreptul la muncă; dreptul la protecția muncii; drepturi economice; bunăstare socială; proces de constituționalizare; dreptul constituțional; regim de guvernământ; proces de aderare la Uniunea Europeană.*

Dreptul la muncă și dreptul la protecția muncii pot fi considerate ca drepturi economice ale individului prin faptul că anume aceste drepturi fac posibilul ca individul, intrând în raporturi juridice cu angajatorul în baza prestării anumitor servicii pentru care este remunerat cu un anumit salariu, să-și sporească bunăstarea sa socială în raport cu alți indivizi.

Este bine cunoscut faptul că problema dezvoltării dreptului la muncă în Republica Moldova trebuie să fie abordată în corelație cu alte procese și fenomene istorice și luând în considerare legitățile și etapele istorice de dezvoltare a statului nostru. Investigațiile realizate în acest domeniu trebuie să fie subordonate anumitor principii, cum ar fi: evidențierea cadrului apariției și dezvoltării Constituției ca Lege fundamentală a statului; tratarea istorică a dreptului fundamental la muncă cu reliefa modificărilor, completărilor și trăsăturilor noi apărute.

Procesul de constituționalizare a dreptului la muncă atestă faptul că reflectarea acestui drept în actele normative ale statului sunt în strânsă concordanță cu regimul de guvernământ sau cu regimul politic al statului. În anumite perioade de dezvoltare a statului nostru dreptul la muncă era prevăzut de către legislator, dar nu era garantat, în altele, era garantat, dar nu era bine determinată procedura de realizare a acestuia. Multe au fost făcute, dar mai mult urmează a fi de făcut în această direcție, îndeoseb în drumul de aderare la Uniunea Europeană.

Suntem de acord cu opinia prevăzută de doctrina de specialitate¹ potrivit căreia funcția statului ca partener social este o particularitate a statutului juridic al statului în ramura dreptului muncii, fapt ce distinge ramura dată de alte ramuri de drept. Conținutul acestei funcții este determinat de specificul relațiilor sociale, care fac obiectul ramurii dreptului muncii, de caracterul colectiv al muncii, de corelarea elementelor de egalitate a părților contractului de muncă cu necesitatea de a supune angajatul dispozițiilor angajatorului în cadrul procesului de muncă. În calitate de partener social, statul îndeplinește două funcții: coordonează acțiunile comune ale partenerilor sociali (ale angajaților și ale angajatorilor prin intermediul reprezentanților lor); organizează concilierea părților din cadrul relațiilor de muncă, contribuind la aplanarea conflictelor.

Prin urmare, sectorul raporturilor de drept constituțional în sfera muncii este destul de vast și multilateral, fapt explicat, în primul rând, prin premisele istorice ale apariției și dezvoltării legislației muncii și formării ramurii autonome a dreptului muncii; în al doilea rând, prin scopurile și sarcinile pe care și le propune statul realizând reglementarea juridică a relațiilor de muncă: asigurarea echilibrului dintre interesele angajaților și ale angajatorilor în sfera muncii, stabilirea garanțiilor de stat ale dreptului la muncă și libertăților cetățenilor, crearea condițiilor favorabile de muncă, protecția drepturilor și intereselor angajaților și angajatorilor; în al treilea rând, prin necesitatea asigurării echității sociale pe calea participării în condiții de egalitate în drepturi a angajaților și angajatorilor la repartizarea produsului social —

1 Rusu I. Drept Constituțional și instituții politice. București: Lumina Lex, 2004. p.76.

rezultat al muncii lor; în al patrulea rând, prin necesitatea asigurării cu mijloace juridice a păcii obștești și armoniei sociale, care pot fi atinse realizând principiile de parteneriat social, stipulate în normele legislației muncii.²

De menționat, că în condițiile actuale ale dezvoltării economice ale Republicii Moldova se observă o tendința de lărgire a domeniului aplicării raporturilor de drept constituțional în sfera muncii și prin sporirea numărului de măsuri obligatorii de organizare, atât din partea organelor de stat, cât și din partea organelor reprezentative ale lucrătorilor, a sistemului de supraveghere și control asupra respectării legislației muncii și a legislației privind protecția muncii. Este importantă desfășurarea acțiunilor care au drept scop ridicarea nivelului de răspundere pentru încălcarea dreptului la muncă al angajaților din partea angajatorului.

Pe plan internațional dreptul muncii este garantat de o multitudine de convenții internaționale. Astfel, Convenția privind organizarea activității de folosire a forței de muncă adoptată la San-Francisco la 9 iulie 1948, pe lângă modul de folosire a forței de muncă, reglementează și alte sarcini puse la dispoziția statului ca activitatea de folosire a forței de muncă să fie realizată în cooperare cu alte organisme publice.³

Convența cu privire la protecția salariului, adoptată la Geneva la 1 iulie 1949 prevede că nimeni nu poate reține salariul muncitorului, numai dacă cazul este prevăzut de legislația națională. Este obligatorie plata salariului la intervale regulate; în caz de desfacere a contractelor de muncă, lichidarea finală a întregului salariu datorat va fi efectuată în conformitate cu prevederile legislației naționale, ale contractului colectiv de muncă ori cu cele ale unei hotărâri arbitrare.⁴

Convenția de la Geneva de la 9 iulie 1964 privind politica de ocupare a forței de muncă în conținutul căreia se stabilește că în vederea satisfacerii necesităților forței de muncă și a rezolvării problemei șomajului ocupării și subocupării forței de muncă, pentru orice stat membru va formula și va aplica o politică activă urmărind promovarea ocupării depline a forței de muncă astfel încât statul să dea de lucru tuturor persoanelor disponibile și în căutarea de muncă.⁵

Convenția privind eliminarea discriminării în domeniul ocupării forței de muncă și exercitarea profesiei, adoptată la Geneva la 25 iunie 1958, obliga statele părți să practice o politică națională care să urmărească promovarea, prin metode adoptate condițiilor și uzanțelor naționale, a egalității de posibilități și tratament în materie

2 Idem, p.77.

3 Convenția privind organizarea activității de folosire a forței de muncă adoptată la San-Francisco la 9 iulie 1948. În: *Tratate internaționale la care Republica Moldova este parte (1990-1998)*. Chișinău, Editura: Moldpres, 1999, p.29-37.

4 Convența cu privire la protecția salariului, adoptată la Geneva la 1 iulie 1949. În: *Tratate internaționale la care Republica Moldova este parte (1990-1998)*. Chișinău, Editura: Moldpres, 1999, p.38-46.

5 Convenția de la Geneva de la 9 iulie 1964 privind politica de ocupare a forței de muncă În: *Tratate internaționale la care Republica Moldova este parte (1990-1998)*. Chișinău, Editura: Moldpres, 1999, p.68-72.

de ocupare a forței de muncă și de exercitare a profesiei, indiferent de rasă, sex, religie, convingeri politice, ascendență națională sau origine socială a persoanei⁶ ș.a.

Așa dar, dreptul la muncă și la protecția muncii este un drept economic de tradiție. Reglementat prin Constituție în art. 43 dreptul la muncă este un drept cu un conținut juridic complex. Se ridică problema de a ști dacă denumirea cea mai corectă de drept sau de libertate. Argumente solide pot fi invocate în favoarea fiecărei denumiri, mai ales că, dreptul și libertatea nu se diferențiază.

Folosirea exprimării de drept la muncă este totuși mai semnificativă în privința conținutului acestui drept, conținut complex, pentru că invocă ideea existenței a unor obligații corelative libertății persoanei. De altfel, chiar Pactul internațional relative la drepturile economice, sociale și culturale, folosește exprimarea de drept la muncă⁷ și acest lucru nu este întâmplător, pentru ca acest Pact stabilește obligații clare în sarcina statelor semnatare. Mai mult, multe constituții consacră dreptul și obligația de a munci. Astfel constituția Franței stabilește că fiecare are îndatorirea de a munci și dreptul de a obține un serviciu (preambulul Constituției din 1946 care este parte integrantă a celei franceze actuale),⁸ Constituția Spaniei stabilește ca toți spaniolii au îndatorirea de a munci și dreptul la muncă.⁹ Desigur obligația de a munci poate fi considerate o obligație morală, dar exprimările constituționale evocă importanța vitală a muncii pentru orice societate organizată în stat.

De menționat că vorbind despre originea consfințirii legislative a acestui drept, ea se află în revendicările mișcării sindicale de la sfârșitul secolului al XIX-lea și începutul secolului al XX-lea. Acest drept are un conținut complex, dreptul la muncă include: libertatea alegerii profesiei, libertatea alegerii locului de muncă, protecția sicală a muncii, retribuiția muncii depuse, dreptul la negocieri colective.¹⁰

Libertatea alegerii profesiei și libertatea alegerii locului de muncă intră în conținutul dreptului la muncă. Acestea sunt libertăți fundamentale, ele fiind, pe un plan mai general, exprimări ale libertății persoanei, ca drept natural. Constituția, consacrând aceste libertăți dă fiecarui om posibilitatea de a-si alege profesia și desigur de a-și alege locul de muncă. Asemenea alegeri sunt în general determinate de aptitudini, dorințe, anumite coordonate de ordin economic și desigur de voința celor interesați. Problema este, evident, mult mai complexă și mai complicată, atât în teorie cât și

6 Convenția privind eliminarea discriminării în domeniul ocupării forței de muncă și exercitarea profesiei, adoptată a Geneva la 25 iunie 1958. În: *Tratate internaționale la care Republica Moldova este parte (1990-1998)*. Chișinău, Editura: Moldpres, 1999, p.53-67.

7 Art.6 al Pactului Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale, adoptat la 16 decembrie 1966 de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la New-York. În: *Vida I. Drepturile omului în reglementări internaționale*. București, Editura: Lumina Lex, 1999, p.56-69.

8 В.Н. Дубровин. Конституции зарубежных стран. Москва, Издательство: Юрлитформ, 2000, с.34.

9 Ibidem, p.78.

10 A. Arseni. *Dreptul Constitutional si Institutii Politice*. Chisinau, CEPUSM, 2005, p.53.

în practică, toate aspectele fiind de domeniul legii. Mai mult, într-o societate care funcționează pe principii economice, sociale și morale sănătoase, ocuparea locului de muncă se face pe criteriul competenței, aceasta asigurând eficiență și bunăstare. Interesant de reținut este faptul că statul trebuie să-și manifeste eficient caracterul sau social în realizarea acestor componente ale dreptului la muncă. De altfel Pactul internațional relative la drepturile economice, sociale și culturale¹¹ prevede că statele părți recunosc dreptul la muncă și că acesta cuprinde dreptul pe care-l are orice persoană de a obține posibilitatea de a-și procura cele necesare vieții sale printr-o muncă liber aleasă și acceptată, precum și ca statele părți vor lua măsuri corespunzătoare pentru asigurarea acestui drept. Măsurile pe care fiecare stat le va lua în vederea asigurării deplinului exercițiu al acestui drept-spune tot Pactul — trebuie să cuprindă orientarea și formarea tehnică și profesională, elaborarea de programe, de politici și tehnici potrivite să asigure o dezvoltare economică, socială și culturală constantă și o deplină întrebuintare productivă a forței de muncă în condiții care garantează indivizilor exercițiul libertăților politice și economice fundamentale.

Durata zilei de muncă își găsește și ea reglementare reieșind din prevederile aliniatului (3) a art.43 al Constituției, care stabilește ca durata săptămânii de muncă este de cel mult 40 de ore, iar conform prevederilor art.98 al Codului Muncii repartizarea timpului de muncă în cadrul săptămânii este, de regulă, uniformă și constituie 8 ore pe zi, timp de 5 zile, cu două zile de repaus.

În mod firesc prin Constituție trebuie stabilit timpul de muncă, adică acea perioadă de timp dintr-o zi în care salariatul are îndatorirea să presteze munca la care s-a angajat prin contractul de muncă. În stabilirea unui asemenea lucru s-au avut în vedere mai multe aspecte. Mai întâi ca, tradițional legislațiile multor state au consacrat o durată maximă a zilei de lucru de 8 ore. Această durată este în firescul vieții umane, este normală, pentru că permite ca celelalte 16 ore din 24 posibile să fie folosite pentru odihnă, recreare, alte ocupații casnice, culturale, științifice, potrivit dorințelor și preferințelor fiecăruia.

Desigur că stabilirea unei durate mai reduse a zilei de muncă (sau săptămânii) este legal posibilă și ea s-a și realizat. Aceasta explică formularea cel mult 8 ore. Aici se stabilește doar limita maximă. Desfășurarea, tot normală, a unor activități implică anumite prelungiri ale programului de lucru dintr-o zi (transporturile pe rute lungi). Ar fi absurd ca un salariat să oprească activitatea la împlinirea celor 8 ore de lucru (un pilot care derijează un avion de curse) și acest lucru exprimă formularea expresiei în medie 8 ore. Aceasta implică obligația pentru cel care angajează și pentru salariat de a stabili un program de lucru, în funcție de natura muncii, care să realizeze regula celor 8 ore, fie la nivelul săptămânii de lucru, fie la nivelul altei perioade convenite. Dispozițiile privitoare la durata normală a zilei de muncă receptează practice obli-

11 Art.6 al Pactului Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale, adoptat la 16 decembrie 1966 de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la New-York. În: Vida I. Drepturile omului în reglementări internaționale. București, Editura: Lumina Lex, 1999, p.56-69.

gațiile ce rezultă din Pactul internațional relative la drepturile economice, sociale și culturale¹² și anume de a se crea condiții de muncă juste și favorabile printre care repausul, timpul liber, limitarea rezonabilă a timpului muncii, concedii periodice plătite, remunerarea zilelor de sărbătoare.

Am explicat că dreptul la muncă implică libertatea alegerii profesiei precum și libertatea alegerii locului de muncă și din punct de vedere juridic el nu este o obligație. Mai mult, dreptul la muncă este, sub anumit aspect, o expresie a libertății și a personalității umane, în complexitatea dimensiunilor lor juridice. Așa văzute lucrurile, este firesc că o persoană are dreptul la muncă, dar nu poate fi obligată să desfășoare o muncă pe care nu și-a ales-o (sau nu a acceptat-o liber) sau să muncească într-un loc de muncă pe care nu l-a ales sau acceptat liber. De aceea pactul internațional relative la drepturile civile și politice, în contextul libertăților individuale, arată că nimeni nu va putea fi ținut în sclavie, în servitute și nu va putea fi constrâns să îndeplinească o muncă forțată sau obligatorie¹³. Pactul adaugă referitor la interzicerea muncii forțate, că aceasta nu trebuie interpretată ca interzicând, în țările unde anumite crime pot fi pedepsite prin detenție combinată cu munci forțate, executarea unei pedepse de muncă forțate hotărâtă de către un tribunal competent. De asemenea Pactul stabilește ce nu este muncă forțată sau obligatorie.

Constituția Republicii Moldova a receptat dispozițiile Pactului internațional interzicând munca forțată și stabilind totodată prin art.44 ce nu constituie munca forțată. Astfel nu constituie muncă forțată serviciul cu caracter militar sau activitățile desfășurate în locul acestuia de cei care, potrivit legii, nu satisfac serviciul militar obligatoriu.

De asemenea, nu constituie muncă forțată, munca unei persoane condamnate, prestată în condiții normale, în perioada de detenție sau de libertate condiționată. În legătură cu aceste prevederi constituționale trebuie de menționat că ele se referă la persoanele și situațiile stabilite prin hotărâre judecătorească definitivă.

Totodată nu constituie muncă forțată prestațiile impuse de situația creată de calamități ori de alt pericol, precum și cele care fac parte din obligațiile civile normale stabilite de lege. Privitor la situațiile create de calamități ori alt pericol, vom observa că este vorba de situații care pun în pericol viața, securitatea sau sănătatea întregii sau a unei părți din populație. Numai o asemenea interpretare este în concordanță cu prevederile art.8 din Pactul internațional relative la drepturile economice, sociale și culturale.

Protecția socială a muncii de asemenea este un domeniu complex și de majoră importanță. Este exprimată aici corelația strânsă între dreptul la muncă și asistența socială a muncii. Dreptul la protecția socială pe care o au salariații include aspecte

12 Art.7 al Pactului Internațional cu privire la Drepturile Economice, Sociale și Culturale, adoptat la 16 decembrie 1966 de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la New-York. În: Vida I. Drepturile omului în reglementări internaționale. București, Editura: Lumina Lex, 1999, p.56-69.

13 Ibidem, art. 8.

clar formulate în textul constituțional și care vor forma obiectul legilor din acest domeniu.

Protecția muncii reprezintă un sistem de măsuri și reguli obligatorii pentru toți participanții la procesul de muncă, urmărindu-se aplicarea criteriilor ergonomice pentru îmbunătățirea condițiilor de muncă și pentru reducerea efortului fizic, precum și măsuri adecvate pentru munca femeilor și a tinerilor.

În accepțiunea juridică, protecția muncii cuprinde totalitatea normelor juridice referitoare la obligațiile celor care concep, organizează sau conduc procesul de muncă și a celor care desfășoară efectiv diverse activități, în scopul realizării măsurilor tehnice necesare pentru apărarea vieții și integrității lor corporale.¹⁴

Protecția muncii dispune de următoarele trăsături caracteristice:

- 1) constituie o expresie a implicării statului — chiar și în condițiile economiei de piață — în asigurarea protecției salariaților și a celorlalți participanți la procesul de muncă;
- 2) se integrează, în mod organic, proceselor de muncă, încă înainte de începerea activităților de producție ori de servicii. Astfel, desfășurarea activităților de producție sau a prestării de servicii este condiționată de obținerea autorizației de funcționare din punctul de vedere al protecției muncii;
- 3) echipamentele tehnice trebuie să fie proiectate, fabricate și utilizate astfel încât să corespundă standardelor și normelor de protecție a muncii și să nu pună în pericol viața sau sănătatea oamenilor;
- 4) se referă la o sferă extinsă a celor obligați să ia măsuri de protecție a muncii și a subiecților ocrotite prin măsurile respective.¹⁵

În prezent, instituția juridică a protecției muncii este reglementată prin următoarele acte normative: Codul muncii al Republicii Moldova;¹⁶ Legea cu privire la protecția muncii;¹⁷ Legea asigurării pentru accidente de muncă și boli profesionale;¹⁸ Legea privind modul de recalculare a sumei de compensare a pagubei cauzate angajaților în urma mutilării sau a altor vătămări ale sănătății în timpul exercitării obligațiilor de serviciu;¹⁹ Regulamentul privind modul de cercetare a accidentelor de muncă, aprobat prin Hotărîrea Guvernului Republicii Moldova nr.1361²⁰; Hotărîrea Guvernului Republicii Moldova cu privire la aprobarea Listei-tip a lucrărilor și

14 Tiberiu-Constantin Medeanu, *Accidentele de muncă*, Vol. I, București, Lumina Lex, 1998, p. 7.

15 *Idem*, p. 8.

16 Legea Republicii Moldova 154-XV din 28.03.2003 În: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova* nr. 159-162 din 29.07.2003.

17 Legea cu privire la protecția muncii din 2 iulie 1991 În: *Moldova Suverană* nr. 169 din 15.08.1991.

18 Legea asigurării pentru accidente de muncă și boli profesionale nr.756-XIV din 24 decembrie 1999. În: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova* nr. 31-33 din 23.03.2000.

19 Legea privind modul de recalculare a sumei de compensare a pagubei cauzate angajaților în urma mutilării sau a altor vătămări ale sănătății în timpul exercitării obligațiilor de serviciu nr.278-XIV din 11.02.1999. În: *Moldova Suverană* nr. 24-25 din 11.03.1999.

20 Hotărîrea Guvernului Republicii Moldova nr.1361 din 22.12.2005 În: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova* nr.9-12 din 20.01.2006.

locurilor de muncă cu condiții grele și deosebit de grele, vătămătoare și deosebit de vătămătoare pentru care salariaților li se stabilesc sporuri de compensare;²¹ Norme pentru elaborarea instrucțiunilor de protecție a muncii, aprobate prin Hotărîrea Ministerului Muncii și Protecției Sociale;²² Norme pentru organizarea instruirii în materie de protecție a muncii a personalului din întreprinderi, instituții, organizații, aprobate prin Hotărîrea Ministerului Muncii și Protecției Sociale²³ ș.a.

Este demn de a fi menționat faptul că instituția juridică a protecției muncii a fost supusă unor reglementări și pe plan internațional. Astfel, primele reglementări dispersate pe tema prevenirii accidentelor de producție au apărut în statele industriale în secolul al XIX-lea, primele congrese pentru securitatea muncii s-au desfășurat la Paris (1889), Berna (1897) și Milano (1894), iar în 1889 s-a constituit Asociația pentru prevenirea accidentelor în fabrici.²⁴

Securitatea și sănătatea la locul de muncă a constituit centrul preocupărilor Organizației Internaționale a Muncii, aceasta elaborînd peste 30 de convenții și un număr impunător de recomandări, cum ar fi: Convenția OIM nr.155/1981 privind securitatea și sănătatea muncitorilor; Convenția OIM nr. 174/1993 referitoare la prevenirea accidentelor industriale majore; Convenția OIM nr.176/1995 privind securitatea și sănătatea în mine ș.a. În cadrul Uniunii Europene problematica securității în muncă a constituit de asemenea o preocupare deosebită. Instituția juridică a securității și sănătății la locul de muncă a fost reglementată printr-o serie de directive, dintre care cea mai importantă este Directiva Consiliului 89/391/CEE din 12.06.1989 privind introducerea de măsuri de încurajare a îmbunătățirilor în domeniul securității și sănătății lucrătorilor în muncă. Prevederile acestei directive se pot rezuma la următoarele teze:²⁵

- Directiva Consiliului 89/391/CEE impune patronului să facă o evaluare a riscurilor ce ar putea afecta sănătatea și securitatea la locul de muncă, să-și ia toate asigurările că angajații sînt bine informați și instruiți corespunzător cu privire la problemele de sănătate și securitate;
- patronii trebuie să-i consulte pe lucrători și/sau pe reprezentanții acestora și să le permită participarea în cadrul tuturor problemelor ce privesc securitatea și sănătatea în muncă;

21 Hotărîrea Guvernului Republicii Moldova cu privire la aprobarea Listei-tip a lucrărilor și locurilor de muncă cu condiții grele și deosebit de grele, vătămătoare și deosebit de vătămătoare pentru care salariaților li se stabilesc sporuri de compensare nr. 1487 din 31.12.2004 În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.5-12 din 14.01.2005.

22 Norme pentru elaborarea instrucțiunilor de protecție a muncii, aprobate prin Hotărîrea Ministerului Muncii și Protecției Sociale nr.54 din 8 noiembrie 2001. În: Monitorul Oficial al republicii Moldova nr.33-35 din 07.03.2001.

23 Norme pentru organizarea instruirii în materie de protecție a muncii a personalului din întreprinderi, instituții, organizații, aprobate prin Hotărîrea Ministerului Muncii și Protecției Sociale nr.49 din 01.10.2001. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.131-132 din 31.10.2001.

24 T. Medeanu, Accidentele de muncă, Vol. I, București, Lumina Lex, 1998, p.15-16.

25 N. Voiculescu, Dreptul comunitar al muncii, București, ROSETTI, 2005, p.135-137.

- angajatorul trebuie să asigure ca fiecare lucrător să beneficieze de o pregătire suficientă și adecvată în privința securității și sănătății, îndeosebi sub forma informării și instrucțiunilor, cu ocazia angajării sale, unei mutări sau a unei schimbări de funcție, introducerii sau schimbării echipamentului de lucru, introducerii unei tehnologii și focalizată specific pe postul său de muncă sau pe funcția sa. Această pregătire trebuie să fie adaptată la evoluția riscurilor și la apariția unor noi riscuri și să fie repetată periodic dacă este necesar;
- fiecărui lucrător îi revine responsabilitatea de a se îngriji, potrivit posibilităților sale, de propria securitate și sănătate, precum și de cea a altor persoane în cauză ca urmare a actelor sale sau a omisiunilor sale în muncă, în conformitate cu propria pregătire și cu instrucțiunile patronului său. În special, lucrătorul este obligat: să utilizeze corect mașinile, aparatele, instrumentele, substanțele periculoase, echipamentele de transport și celelalte utilaje; să utilizeze corect echipamentul individual de protecție pus la dispoziție și, după utilizare, să-l pună la locul său; să nu scoată din funcționare, să schimbe sau să deplaseze în mod arbitrar dispozitivele de securitate aferente în special mașinilor, aparatelor, instrumentelor, instalațiilor și clădirilor și să utilizeze corect astfel de dispozitive de securitate; să semnaleze imediat angajatorului și/sau lucrătorilor care au o funcție specifică în materie de protecție a securității și sănătății lucrătorilor orice situație de muncă în privința căreia aceștia au un motiv rezonabil să considere că prezintă un pericol deosebit și iminent pentru securitate și sănătate, precum și orice defecțiune constatată în sistemele de protecție etc.

În cele din urmă, se cere a fi relevat faptul că Directiva Consiliului nr. 89/391/CEE din 12.06.1989 a constituit o bază pentru adoptarea unui număr de 17 directive specifice care acoperă aspectele particulare ale problematicii securității și sănătății la locul de muncă.

DREPT PRIVAT

PRIVATE LAW

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ТРАНСПЛАНТАТОВ ПРИ ПОСМЕРТНОМ ДОНОРСТВЕ: МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ И НАЦИОНАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО (ОПЫТ РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА И УКРАИНЫ)



Олег ХАЛАБУДЕНКО, доктор права (к.ю.н.), конференциар (доцент)

THE LEGAL REGIME OF TRANSPLANTS IN THE SITUATION OF POSTHUMOUS DONATION: INTERNATIONAL STANDARDS AND NATIONAL LEGISLATION (THE EXPERIENCE OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA AND UKRAINE)

The paper is devoted to the analysis of the legal regime of human organs, tissues, cells and body. The author argues that the rights in respect of these objects belong to a special group of rights sui generis – somatic rights. It is alleged that a special legal regime acts in regard to the objects of these rights. The paper examines the existing national (the Republic of Moldova, Ukraine) and international legislation on transplantation of human organs, tissues and cells. It is noted that the rights in respect of the objects may be the object of private legal acts causa mortem taking into account the special legal regime established in relation to them. On the basis of national and international legislation the author demonstrates specifics of such acts.

Keywords: legal regime of human organs, tissues, cells and body; somatic rights; national and international legislation on human organs transplantation; donation; causa mortem legal act.

Статья посвящена анализу правового режима человеческих органов, тканей, клеток и тела. Автор считает, что права на эти объекты относятся к особой группе прав sui generis -- соматическим правам. Утверждается, что по отношению к объектам этих прав действует особый правовой режим. В статье рассматривается существующее в Республике Молдова и Украине национальное и международное законодательство по трансплантации человеческих органов, тканей и клеток. Отмечается, что права на эти объекты могут становиться предметами частноправовых распоряжений causa mortem, принимая во внимание особый правовой режим, установленный по отношению к ним. Автор демонстрирует на основе национального и международного законодательства особенности этих распоряжений.

Ключевые слова: правовой режим человеческих органов, тканей, клеток и тела; соматические права; национальное и международное законодательство о трансплантации человеческих органов; донорство; правовое распоряжение causa mortem

Распоряжение органами, тканями и клетками человека при жизни и после смерти представляет собой частный случай реализации так называемых «соматических прав». В широком смысле эти права охватывают: свободу че-

ловека самостоятельно делать выбор между продолжением или прекращением своего физического существования, право человека относительно органов, тканей и клеток, возникающие у донора и реципиента, право распоряжения органами и тканями, удаленными в целях отличных от целей донорства, репродуктивные и сексуальные права и т.д. Выделение названной группы прав основывается на представлении о том, что каждый человек вправе самостоятельно распоряжаться своим телом. Эти права имеют персонифицированный характер, они не отчуждаемы от правообладателя.

Отметим, что телесную оболочку человека нельзя признать отдельным самостоятельным объектом, поскольку при жизни человека она не существует сама по себе, а является неотъемлемой частью индивида. Физическое лицо не является собственником тела до тех пор, пока тело олицетворяет лицо¹. Соответственно, пользование и распоряжение физическим лицом своим организмом происходит не путем осуществления правомочий собственника, а посредством совершения иных правомерных действий по осуществлению права на физическую неприкосновенность. Последнее, наряду с правом на психическую неприкосновенность, составляет единое неимущественное по своей природе право на целостность личности. Физическая неприкосновенность предполагает автономное решение физическим лицом вопросов, связанных с его телом, а также отделенными от организма органами, тканями и клетками. В свою очередь психическая неприкосновенность — свободное совершение поступков в соответствии со своим сознанием и волей². Таким образом, после заключения, например, договора донорства или в результате совершения одностороннего акта о распоряжении органом на случай смерти, объектом будет физическая неприкосновенность лица, рассматриваемая как компонента права на целостность личности. Наряду с правом на жизнь, право на целостность личности относится к основополагающим конституционным правам. В соответствии с ч. (1) ст.24 Конституции Республики Молдова³ государство гарантирует каждому человеку право на жизнь и на его физическую и психическую неприкосновенность. Согласно ст.3 Конституции Украины человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине наивысшей социальной ценностью⁴.

Право на целостность личности закреплено в ст.3 Хартии об основных правах Европейского Союза⁵ (далее — Хартия), согласно которой каждый че-

1 Ovidiu Ungureanu, Călina Jugastru. Drept civil. Persoanele. — București, 2003. P. 29.

2 Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. — 2-е изд., испр. и доп. — М., 2001. С. 86–87.

3 Конституция Республики Молдова от 29.07.1994// Monitorul Oficial Nr. 1 от 12.08.1994, статья № 1.

4 Конституція України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141)

5 Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01)// Official Journal of the European Communities, 18.12.2000.

ловек имеет право на собственную физическую и психическую целостность. При этом Хартией признается, что в области медицины и биологии необходимо обеспечить, в частности: добровольное и свободное согласие заинтересованного лица в соответствии с установленным законом порядком; запрещение евгенической практики, прежде всего той, которая направлена на селекцию человека; запрещение использования тела человека и его частей как таковых в качестве источника финансовой выгоды; запрещение репродуктивного клонирования человеческих существ.

Интересующие нас соматические права, будучи составной частью права на целостность личности, относятся к телу организма. Сам термин «сома» (от др.-греч. *σῶμα* — тело) был введен в науку немецким зоологом А. Вейсманом в XIX в. для обозначения тела организма («смертной части»), в противоположность зародышевой плазме, передающейся из поколения в поколение через половые клетки. Из деления организма на соматическую составляющую и зародышевую плазму (наследственное вещество) следует справедливое утверждение о принципиальной невозможности наследования свойств, приобретаемых организмами под влиянием условий жизни в процессе их индивидуального развития⁶. В настоящее время прилагательное «соматический» широко применяется для обозначения телесных явлений в отличие от явлений психического характера. Данный термин получили распространение в научной сфере (например, в медицине традиционно выделяются соматические и психические заболевания, в биологии соматология занимается вопросами исследования человеческого тела) и т.д. Использование понятия «соматические права» в юридической науке признается дискуссионным⁷.

Выделение в составе соматических прав, наряду с неприкосновенностью психики, права на физическую неприкосновенность восходит к традиционной для европейской культуры дихотомии тела и души, а точнее — к известному конфликту между идейными течениями, отвергавшими благость теле-

6 БСЭ, 1969–1978 гг. [электронный ресурс]// режим доступа: <http://bse.sci-lib.com/article104448.html> (дата доступа: 21.06.2015); Лаврик М.А. К теории соматических прав человека//Сибирский юридический вестник. 2005. № 3. С.18.

7 См., например: Крусс В. И. Личностные («соматические») права человека в конституционном и философско-правовом измерении: к постановке проблемы // Государство и право. 2000. № 10. С. 43.; Крусс В. И. Соматические права человека в соотношении православной антропологии С. Л. Франка и философии экологического кризиса В. Хесле //Медицина, этика, религия и право: материалы конф. М., 2000. С. 171–189; Крусс В. И. Актуальные аспекты проблемы злоупотребления правами и свободами человека // Государство и право. 2002. № 7. С. 46–53; Крусс В. И. К теории пользования конституционными правами // Государство и право; Дмитриев Ю. А. [Отклики] // Государство и право. 2003. № 1. С. 126 — 127; Лаврик М.А. К теории соматических прав человека Сибирский юридический вестник. 2005. № 3. С. 16–26; Лаврик М.А. Конституционные основания соматических прав человека: вопросы теории и практики зарубежных государств//Сибирский юридический вестник. 2006. №1. С.44–62.

сного начала, и учениями, рассматривающими *corpus* как благо, которое, следовательно, с юридической точки зрения способно быть объектом субъективного права, поскольку оно подчинено воле лица⁸. Признание телесного начала благом позволяет утверждать, что право на физическую неприкосновенность есть социальное благо, которым его обладатель волен распоряжаться, и что это право выступает объектом правовой охраны (защиты).

По своей природе это права — *sui generis*, они относятся к группе прав, определенных действием *inalienability rule*; возмездное отчуждение этих прав в принципе невозможно даже при наличии согласия уполномоченного лица. Исключение из оборота объектов рассматриваемых прав определено действием морально-нравственных императивов, фиксирующих границы возможности применения соответствующих имущественных конструкций к пересадке органов, тканей и клеток человека, как при жизни донора, так и после его смерти. Не случайно, теоретическое осмысление теории устойчивых распределений при трансплантологии почек, предложенное нобелевскими лауреатами Элвином Ротом (*Alvin E. Roth*) и Ллойдом Стауэллом Шепли (*Lloyd Stowell Shapley*), основывается на квазирыночном механизме обмена органами с несовместимыми парами доноров⁹.

Объектами рассматриваемых прав служат органы, ткани и клетки человека. Следует согласиться с мнением исследователей, считающих целесообразным выделить несколько групп органов, тканей и клеток человека, положив в основу деления причину их отторжения (отчуждения) и цель дальнейшего использования¹⁰. Первую группу составляют трансплантаты — органы, ткани и клетки, которые изымаются в медицинских целях для дальнейшей пересадки. Забор этих органов и тканей влечет временное или постоянное ухудшение состояния здоровья и (или) риск такого ухудшения. По поводу трансплантатов могут быть заключены договоры донорства, комплексные договоры хранения и дальнейшей пересадки; оформляются односторонние распорядительные акты по распоряжению телом после смерти. Частноправовые акты¹¹ в отношении трансплантатов не направлены на приобретение имуществен-

8 Представление о субъективном праве как благе восходит к философии стоиков, которые разрешали вопрос о благости мира в зависимости от того, находится ли объект присвоения — фрагмент действительности — в собственной власти лица или нет. Все, что находится во власти лица — благостно, а независимое от его власти — «ничтожно, низменно, непостоянно, не верно». (См. подробнее: Халабуденко О.А. Имущественные права. Книга 1. Вещное право. Кишинев, 2011. С. 26).

9 См.: Нобелевские лауреаты–2012 [Электронный ресурс]// <http://opec.ru/1432260.html> (дата доступа: 21.06.2015)

10 См.: Малеина М.Н. Статус органов, тканей, тела человека как объектов права собственности и права на физическую неприкосновенность.// «Законодательство», 2003. № 11, ноябрь. С. 22–49.

11 Актом в данном случае именуется волеизъявление лица, направленное на правовой результат, признаваемый и защищаемый правопорядком.

ных прав и не являются актами по отчуждению имущественных прав. Однако донор вправе получить вознаграждение, размер которого ограничивается покрытием расходов и неудобств, причиненных ему, в частности: на возмещение потерь доходов и других обоснованных расходов живых доноров, вызванных донорством или связанными с ним медицинскими обследованиями, а также выплату обоснованных расходов на законные медицинские или технические услуги, связанные с донорством. Ко второй группе следует отнести органы и ткани, отчуждаемые в результате оказания медицинской помощи. К ним относятся, например, ампутированные по причине заболевания или травмы части тела пациента. Наконец, третью группу составляют органы и ткани, отторжение которых не связано с заболеванием и (или) медицинским вмешательством и может не иметь определенной цели дальнейшего использования. К этой группе можно отнести, например, остриженные волосы.

Представляется, что любые органы, ткани и клетки человека с момента их отделения от организма, а также тело (прах) после смерти — это объекты материального мира, относящиеся к категории вещей со специальным правовым режимом¹². «Неотделенные же части человеческого тела, составляя принадлежность личности, не могут подчиняться чужой власти»¹³, а следовательно, не могут рассматриваться в качестве объектов прав. Правопорядок не признает право на чужое тело или на отдельные его части до момента их отделения от тела.

Одной из форм реализации права на физическую неприкосновенность является право человека относительно его органов, тканей и клеток на случай смерти. Согласно Закону РМ «О трансплантации органов, тканей и клеток человека»¹⁴ (далее — Закон РМ «О трансплантации»), органом является жизненно важная отдельная часть человеческого тела, сформированная из различных тканей, которые поддерживают ее структуру, васкуляризацию и выполняют физиологические функции со значительной степенью автономии. Это та часть тела человека, которая, будучи полностью удалена, не может быть воспроизведена организмом человека. Тканями признаются все части (анатомические образования) человеческого тела, сформированные из клеток, в свою очередь клетками — отдельные клетки или конгломерат клеток, не связанные каким бы то ни было видом ткани. Органы, ткани и клетки человека используются для трансплантации (пересадки) от донора реципиенту в лечебных и других определенных законом целях.

12 Халабуденко О.А. Имущественные права. Книга 1. Вещное право. С.74–75.

13 Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права /Н. М. Коркунов; [сост., автор вступ. ст., коммент. А. Н. Медушевский]. — М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. С. 157.

14 Закон о трансплантации органов, тканей и клеток человека № 42 от 06.03.2008// Monitorul Oficial от 25.04.2008 № 81, статья № 273.

Закон Украины «О трансплантации органов и других анатомических материалов человеку»¹⁵ (далее — Закон Украины «О трансплантации») не дает определения органов, тканей и клеток человека, но объединяет последние в единое понятие — анатомические материалы, к которым, согласно названному закону, отнесены органы, ткани, анатомические образования, клетки человека или животного. Таким образом, различаются гомотрансплантаты, ими признаются анатомические материалы человека, предназначенные для трансплантации; биоимплантаты — средства медицинского назначения, изготовленные из анатомических материалов умерших людей, ксенотрансплантаты — анатомические материалы животного, предназначенные для трансплантации; а также фетальные материалы — анатомические материалы мертвого эмбриона (плода) человека.

Вопросам трансплантации посвящены, в частности, Конвенция о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине¹⁶ (далее — Конвенция), совершенная в Овьедо 4 апреля 1997 года и Дополнительный протокол к Конвенции о правах человека и биомедицине относительно трансплантации органов и тканей человека¹⁷ (далее — Протокол), подписанный в Страсбурге 25 января 2005 года. Указанные акты действуют в отношении государств — членов Совета Европы, Европейского Союза и иных Государств, присоединившихся к ним. Основная цель Конвенции состоит в принятии ее сторонами обязанности защиты достоинства человека и гарантии каждому без исключения соблюдение целостности личности и других прав и основных свобод в связи с применением достижений биологии и медицины. Протокол применяется в отношении трансплантации органов, тканей и клеток человеческого происхождения.

Трансплантация в соответствии с Законом РМ «О трансплантации» является медицинской деятельностью, имеющая целью восстановление функции человеческого организма путем пересадки органов, тканей и клеток от донора реципиенту. Согласно Закону Украины «О трансплантации» рассматриваемая деятельность представляет собой специальный метод лечения, заключающийся в пересадке реципиенту органа или другого анатомического материала, взятого у человека или у животного.

15 Закон Украины «О трансплантации органов и других анатомических материалов человеку» (Ведомости Верховной Рады Украины (ВВР), 1999, N 41, ст.377).

16 Конвенция о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине [электронный ресурс]/The Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community entered into force on 1 December 2009//<http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Treaties/Html/164.htm> (дата доступа: 21.06.2015).

17 Дополнительный протокол к Конвенции о правах человека и биомедицине в области биомедицинских исследований [электронный ресурс] //режим доступа: <http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Treaties/Html/195.htm> (дата доступа: 21.06.2015).

Трансплантация может производиться от одного лица другому (аллогенная) или собственными клетками, тканями и органами (аутогенная). Термин «аллогенная трансплантация» означает полный процесс удаления органа или ткани у одного лица и имплантацию этого органа или ткани другому лицу, включая все процедуры по подготовке, сохранности и хранению. Речь идет об удалении органов и тканей из организма родившегося человека, живого или умершего на момент операции, и имплантации органов и тканей человеческого происхождения другому человеку, который также уже родился. Аллогенная трансплантация возможна как от живого, так и от мертвого донора, а также от лица, проходящего медицинские процедуры для своего блага, давшего свое согласие на имплантацию своего удаленного органа другому лицу. Трансплантация определяется как целостный процесс, начинающийся с удаления органа или ткани у одного человека и заканчивающийся имплантацией данного органа или ткани другому человеку. Человек, у которого удалили материал, называется «донором», а человек, которому материал имплантирован, — «реципиентом»¹⁸. Донором признается лицо, у которого при жизни или после смерти взяты анатомические материалы для трансплантации или для изготовления биоимплантатов, а реципиентом — лицо, для лечения которого применяется трансплантация (ст. 1 Закона Украины «О трансплантации»). Донорство может быть осуществлено при жизни данного лица или после смерти.

Конвенция, Протокол, равно как и национальное законодательство, регулирующие вопросы трансплантации, не применяется в отношении половых органов и тканям, служащим передаче генетического материала, эмбриональным органам и тканям и органам и тканям плода, в том числе эмбриональным стволовым клеткам. Дело в том, что трансплантация таких органов и тканей представляется имеющей последствия, отличные от последствий репродукции с использованием медицинских методов, и регулируется специальными правилами. В частности, в соответствии с Законом РМ «О репродуктивном здоровье»¹⁹ донорство половых клеток и эмбрионов представляет собой медицинскую технологию, посредством которой лицо предоставляет свои гаметы (сперматозоиды или яйцеклетки) либо эмбрионы другим лицам для наступления беременности. Законодательство, действующее в рассматриваемой сфере, не применяется к донорству крови и ее производным материалам, включая кровь и продукты, полученные из крови для использования при лечении переливанием крови в трансфузионной медицине. Переливание крови и исполь-

18 Пояснительный доклад к Дополнительному протоколу к Конвенции о правах человека и биомедицине относительно трансплантации органов и тканей человека [электронный ресурс]// режим доступа: <http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Reports/Html/186.htm> (дата доступа: 21.06.2015).

19 Закон о репродуктивном здоровье Nr. 138 от 15.06.2012 // Monitorul Oficial от 28.09.2012. Nr. 205–207, статья № 673.

зование производных от крови продуктов регулируются специальными нормативно-правовыми актами. Так, согласно Закону РМ «О донорстве и переливании крови»²⁰ донорство крови и ее компонентов является добровольным и безвозмездным актом. Донор крови и ее иммунных и изоиммунных компонентов, осуществляющий донорство после предварительной инокуляции соответствующих антигенов, имеет право на денежное вознаграждение, выплачиваемое в размере и порядке, установленном правительством.

Нормативные положения, регулирующие вопросы трансплантации, не распространяются также на: ауто трансплантацию — пересадку человеку взятого у него анатомического материала, имплантацию — пересадку биоимплантатов и искусственно изготовленных заменителей органов, взятие анатомических материалов для диагностических исследований, деятельность банков пуповинной крови, других тканей и клеток человека согласно перечню, утвержденному центральным органом исполнительной власти, осуществляющим формирование государственной политики в сфере здравоохранения (ст. 2 Закона Украины «О трансплантации»). Трансплантация в традиционном понимании не включает использования тканей человеческого происхождения в форме медицинских препаратов или фармацевтической продукции. Не являются объектами трансплантации волосы, ногти, плацента и продукты жизнедеятельности человека.

Аллогенная трансплантация осуществляется при соблюдении специальных правил, установленных законом. Отметим, что особый правовой режим органов, тканей и клеток человека предполагает установление специального режима их распределения. Такое распределение должно производиться в соответствии с медицинскими критериями. Данное понятие следует толковать в широком смысле в свете соответствующих профессиональных стандартов и обязательств и как распространяющееся на любую ситуацию, способную повлиять на состояние здоровья пациента, качество трансплантируемого материала или результаты трансплантации. В частности, при распределении должно учитываться совместимость органа или ткани с организмом реципиента, медицинская неотложность, время на транспортировку органа, время нахождения на листе ожидания, те или иные трудности в поиске подходящего органа для некоторых пациентов (например, пациентов с высокой степенью иммунизации или редкими характеристиками тканей) и ожидаемые результаты трансплантации.

Органы, удаленные у умерших лиц, должны предоставляться только пациентам, стоящим в официальном листе ожидания (данное требование не обязательно в отношении тканей). Так, Закон РМ «О трансплантации» предусматривает, что органы, ткани и клетки распределяются пациентам согласно листу ожидания в соответствии с правилами распределения. В случае отсутствия в спи-

20 Закон о донорстве и переливании крови № 241 от 20.11.2008 // Monitorul Oficial от 13.01.2009. № 1–2, статья № 2.

сках совместимого получателя Агентство по трансплантации разрешает передачу органа, тканей, клеток другому признанному на национальном или международном уровне учреждению трансплантации, с которым оно заключило двусторонние соглашения. Агентство по трансплантации наделяется исключительным правом разрешать на основе двусторонних международных соглашений обмен органами, тканями и клетками для трансплантации и принимает все возможные меры, чтобы они соответствовали стандартам качества и безопасности.

Протоколом установлено правило, что система трансплантации должна предусматривать сбор и запись информации, требующейся для обеспечения отслеживания органов и тканей. Другими словами, организация трансплантации должна обеспечивать возможность отслеживания пути всех органов или тканей от донора к реципиенту. В пояснительном докладе к Протоколу отмечается, что это необходимое требование, поскольку невозможно полностью предотвратить риск передачи заболевания от донора к реципиенту и заражение законсервированного материала. Более того, могут появиться новые заболевания или риски их возникновения. Таким образом, как в целях общественного здравоохранения, так и по причине необходимости информировать доноров или реципиентов о потенциальных проблемах, которые могут возникнуть после трансплантации, важно иметь возможность проследить путь любого трансплантируемого материала от донора к реципиенту и наоборот. Если передаваемое заболевание было обнаружено у реципиента не в самом начале, а позднее, необходимо найти доноров для определения источника заражения и отозвать неиспользованные продукты. При получении согласия, как доноры так и реципиенты должны быть предупреждены о таких долгосрочных последствиях трансплантации и возможной необходимости продолжительного наблюдения. Кроме того, может возникнуть необходимость в анализе того, как использовались органы и ткани, для определения незаконного или неэтичного использования такого материала, предотвращения незаконной торговли органами и тканями и валидации системы распределения. В этих целях система трансплантации должна предусматривать всеобъемлющую систему, позволяющую отслеживать весь трансплантируемый материал, без ущерба для положений о конфиденциальности²¹.

- Удаление органов и тканей у умерших физических лиц имеет свои урегулированные правом особенности. В частности, органы и ткани не могут быть удалены у умершего лица, если это лицо не признано умершим в соответствии с законодательством (ст. 16 Протокола). Закон РМ «О трансплантации» предусматривает, что органы, ткани и клетки могут быть изъяты у умершего лица лишь в случае констатации смерти согласно критериям, уста-

21 Пояснительный доклад к Дополнительному протоколу к Конвенции о правах человека и биомедицине относительно трансплантации органов и тканей человека [электронный ресурс]// режим доступа: <http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Reports/Html/186.htm> (дата доступа: 21.06.2015).

новленным Министерством здравоохранения. Таким образом, смерть лица должна быть засвидетельствована до того, как органы или ткани могут быть удалены в соответствии с законом. Известные сложности вызывает определение конкретной процедуры декларирования смерти, в то время как основные функции человека искусственно поддерживаются. В соответствии со ст.11 Закона РМ «О трансплантации» смерть должна быть констатирована одним из следующих св случае полной и необратимой сердечно-дыхательной остановки у человека с нормальной или близкой к нормальной температурой смерть констатируется при проведении в течение не менее пяти минут всех реанимационных мероприятий, на протяжении которых все тесты однозначно показывают отсутствие кровоснабжения мозга и жизненно важных органов;

- у лица с необратимыми изменениями в жизненно важных центрах мозга при искусственной поддержке сердечно-дыхательной функции смерть констатируется специальными тестами (критериями), утвержденными Министерством здравоохранения.

Факт наступления смерти подтверждается врачами в рамках принятой процедуры, и только такая форма засвидетельствования смерти может сделать возможной процедуру трансплантации. Группа медиков, занимающаяся удалением, должна удостовериться, что требуемая процедура была выполнена, до начала операции по удалению. Данная процедура засвидетельствования смерти отлична от формальной выдачи свидетельства о смерти. Важной защитной мерой для засвидетельствования смерти служит требование того, чтобы группа врачей, констатирующих смерть, была отлична от группы, участвующей в процессе трансплантации на каких-либо стадиях. Согласно ст.12 Закона РМ «О трансплантации» врачи, констатирующие смерть потенциального донора, должны быть иными, нежели врачи, которые непосредственно участвуют в изъятии какого-либо органа, ткани или клетки у умершего лица, участвуют в последующих процедурах трансплантации или несут ответственность за потенциального получателя. Статья 15 Закона Украины «О трансплантации» предусматривает, что факт смерти потенциального донора устанавливается консилиумом врачей соответствующего учреждения здравоохранения или научного учреждения. Указанные врачи не могут участвовать в изъятии у этого донора анатомических материалов, в их трансплантации или изготовлении биоимплантатов.

Для удаления органов, тканей и клеток после смерти принципиальное значение имеет **согласие потенциального донора** или разрешение иных указанных в законе лиц. Руководящими принципами ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов²² предусмотрено, что для проведения

22 Руководящие принципы ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов. Утверждены на Шестьдесят третьей сессии Всемирной ассамблеи здравоохранения в мае 2010 г., резолюция WHA 63.22 [электронный ресурс]//режим доступа: http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22ru.pdf (дата доступа: 21.06.2015).

трансплантации клетки, ткани и органы могут быть изъяты из тел умерших в случае, если получено согласие в форме, требуемой законом, и если нет оснований полагать, что умершее лицо возражало против такого изъятия.

Обратим внимание, что в зависимости от социальных, медицинских и культурных традиций каждой страны, а также от того, каким образом семьи участвуют в процессе принятия решений относительно своего здоровья в целом, согласие на получение органов и тканей от умерших может быть «четко выраженным» или «предполагаемым». В обеих системах любое надежное свидетельство неприятия человеком посмертного изъятия его клеток, тканей или органов воспрепятствует такому изъятию. В системе четко выраженного согласия, которую иногда называют системой «презумпции несогласия» (“*opting in*”), клетки, ткани и органы могут быть изъяты из тела умершего в случае, если умершим при жизни было недвусмысленно заявлено согласие на такое изъятие. В зависимости от существующего в стране закона изъятие согласия допускается в устной форме или может быть зафиксировано в карте донора, водительских правах или удостоверении личности, либо в медицинской карте или в реестре доноров²³.

Следует отметить, что презумпция несогласия таит в себе ряд определенных недостатков. Во-первых, необходимость выражения согласия относительно трансплантации на случай смерти объективно уменьшает число потенциальных доноров, тогда как количество потенциальных реципиентов — значительно, что обуславливает высокую смертность среди них. Во-вторых, недостаток донорских органов приводит к криминализации рассматриваемой сферы деятельности, к провоцированию роста преступных деяний, связанных с «насильственным донорством». В-третьих, в случае, если умерший при жизни не оставил ни положительного, ни четко отрицательного отношения к изъятию органа, разрешение должно быть получено от уполномоченного в правовом порядке лица, каковым обычно является член семьи²⁴. Другими словами, если лицо не предоставило согласия при жизни на донорство органов, то после его смерти это могут сделать ее супруг (супруга) или близкие родственники. Очевидно, неуместно и несколько аморально предлагать подписывать заявление членам семьи на трансплантацию органов от умершего, учитывая состояние, в котором находятся родные умершего²⁵.

23 Ibid.

24 Руководящие принципы ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов. Утверждены на Шестьдесят третьей сессии Всемирной ассамблеи здравоохранения в мае 2010 г., резолюция WHA 63.22 [электронный ресурс]//режим доступа: http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22ru.pdf (дата доступа: 21.06.2015).

25 Стасіна Я. Презумпція згоди // Одеська обласна громадсько-політична газета 2013» № 089 (21457) 9 листопада 2013 р. — с. 1 [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://chornomorka.com/archive/a-3093.html>

Итак, Протокол (ст.17) прямо предусматривает, что органы и ткани не удаляются у умершего лица, если требующееся в соответствии с законодательством согласие или разрешение на такое удаление не будет получено. Удаление не может быть осуществлено, если умершее лицо возражало против этого. Согласно ст.16 Закона Украины «О трансплантации» каждое совершеннолетнее дееспособное лицо может дать письменное согласие или несогласие стать донором анатомических материалов в случае своей смерти. В соответствии со ст.13 Закона РМ «О трансплантации» изъятие органа (ткани, клеток) у умершего для целей трансплантации возможно в случае наличия предсмертного согласия умирающего, выраженного в соответствии с законом. Во всяком случае, не допускается изъятие ни в какой форме, если при жизни умершее лицо выразило возражение против донорства посредством собственноручно написанного или иного законно составленного акта отказа. Однако при отсутствии согласия потенциального донора донорство возможно, если **не имеется письменного возражения** против донорства со стороны хотя бы одного из совершеннолетних членов семьи, других родственников первой степени родства или законного представителя умершего. Таким образом, презумпция несогласия потенциального донора в этом случае компенсируется презумпцией согласия (отсутствие возражений) названного круга лиц. Напротив, ст.16 Закона Украины «О трансплантации» предусматривает, что при отсутствии согласия анатомические материалы у умершего совершеннолетнего дееспособного лица могут быть взяты по соглашению супругов или родственников, которые проживали с ней до смерти. У умерших несовершеннолетних, ограниченно дееспособных или недееспособных лиц анатомические материалы могут быть взяты с согласия их законных представителей. Другими словами, Закон Украины «О трансплантации» устанавливает презумпцию несогласия родственников в отношении посмертного донорства. Отметим в этой связи определенную безнравственность данного правила, поскольку его осуществление ставит переживших душевную травму лиц в связи со смертью близкого в состоянии неуместного при данных обстоятельствах выбора²⁶.

Заметим также, что Закон РМ «О трансплантации» предусматривает, что донорство возможно без согласия близких родственников или законного представителя, если после законной констатации смерти никто из близких родственников или законный представитель не обратились с целью выражения мнения в отношении донорства, а сведения о близких родственниках или законном представителе умершего отсутствуют. Таким образом, в отношении родственников и иных близких лиц умершего законодательство Республики Молдова устанавливает презумпцию согласия.

26 См.: Улиганец В.Є. Основоположні засади механізму правового регулювання посмертного донорства трансплантатів людини//Закарпатські правові читання. Матеріали науково-практичної конференції молодих вчених та студентів (17–19 квітня 2015 р. м. Ужгород) / Ужгородський національний університет; За заг. ред. В.І. Смоланки, Я.В. Лазура, О.Я. Рогача, М.І. Полюжина — Ужгород: Видавництво УжНУ “Говерла”, 2015. — Т. I. — С. 65

Итак, противоположная презумпции несогласия система предполагаемого согласия (“*opting (or contracting) out*”) позволяет осуществить изъятие материала из тела умершего для трансплантации (в ряде стран также для анатомического изучения либо в научных целях) в случае, если умерший при жизни не выразил своего возражения против изъятия органа, которое должно быть зафиксировано в официальном документе в установленном порядке, или в случае, если информированная сторона не поставит в известность о возражении, высказанном при жизни умершим против изъятия органа для трансплантации²⁷.

Принцип презумпции согласия донора узаконен, в частности, в Российской Федерации. Так, согласно ст. 8 **Закона РФ «О трансплантации органов и (или) тканей человека»**²⁸ изъятие органов и (или) тканей у трупа не допускается, если учреждение здравоохранения на момент изъятия поставлено в известность о том, что при жизни данное лицо либо его близкие родственники или законный представитель заявили о своем несогласии на изъятие его органов и (или) тканей после смерти для трансплантации реципиенту. Очевидно, что для реализации «презумпции согласия» в случае отсутствия выраженных или имплицитных возражений против донорства должна быть предусмотрена соответствующая процедура намерений, отраженных в соответствующем реестре возражений, выраженных потенциальными донорами.

Во всяком случае, независимо от системы, если имеются сомнения в отношении воли умершего, группа врачей, ответственная за удаление органов, должна сначала предпринять попытку получения свидетельства родственников умершего. Если национальное законодательство не предусматривает обратного, такое разрешение не должно зависеть от предпочтений самих ближайших родственников в отношении донорства органов и тканей. Ближайшим родственникам должны быть заданы вопросы только о выраженных или предполагаемых пожеланиях умерших лиц. Важнейшим фактором при решении вопроса об удалении органов или тканей являются выраженные взгляды потенциального донора. Стороны должны четко определить, может ли быть произведено удаление органа или ткани, если пожелания умершего неизвестны и не могут быть определены на основании опроса родственников или дру-

27 Руководящие принципы ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов. Утверждены на Шестьдесят третьей сессии Всемирной ассамблеи здравоохранения в мае 2010 г., резолюция WHA 63.22 [электронный ресурс]//режим доступа: http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22ru.pdf (дата доступа: 21.06.2015). Ibid.

28 Закон Российской Федерации «О трансплантации органов и (или) тканей человека» № 4180-1 от 22 декабря 1992 года (в редакции Федеральных законов от 20.06.2000 № 91-ФЗ, от 16.10.2006 № 160-ФЗ, от 09.02.2007 № 15-ФЗ)

зей²⁹. Конечно, идеальной моделью регулирования вопроса посмертной трансплантации анатомических материалов человека может служить отказ от презумпций согласия/несогласия потенциального донора с соответствующей фиксацией твердого волеизъявления в едином регистре³⁰. Однако нельзя не заметить, что ведение регистра, позволяющего зафиксировать волеизъявления всех потенциальных доноров, хотя и возможно, но технически затруднительно, а главное — что позиция самого донора по данному вопросу в течение жизни, а тем более в критические минуты накануне смерти может быть изменена, тогда как сведения, внесенные в регистр, останутся неизменными

Органы, ткани и клетки умершего **не могут выступать объектом купли–продажи или иной материально–правовой сделки**, совершаемой его близкими родственниками. Имущественная компенсация таким лицам запрещена. Согласно ст.18 Закона Украины «О трансплантации» заключение договоров, предусматривающих куплю–продажу органов или других анатомических материалов человека, за исключением костного мозга, запрещается. Таким образом, закон прямо запрещает торговлю органами, тканями и клетками человека, а также получение финансовой выгоды или преимуществ от торговли телом человека и его частями. Торговля органами, тканями и клетками человека признается преступлением и преследуется в соответствии с уголовным законодательством. Законом также запрещена пропаганда необходимости трансплантации органов, тканей и (или) клеток с целью предложения или получения финансовой выгоды или преимуществ, связанных с этим. Руководящими принципами ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов отмечается, что идея оплаты клеток, тканей и органов чревата опасностью недобросовестного использования беднейших и наиболее уязвимых групп населения, при этом подрывается идея безвозмездного донорства, что в конечном итоге ведет к спекуляции и торговле людьми. Подобные выплаты подразумевают, что некоторые люди лишены достоинства и являются всего лишь объектами для использования другими³¹.

Изъятие органов (тканей, клеток) должно совершаться с учетом **уважения к телу умершего**. Взятие анатомических материалов у умершего донора не должно привести к искажению его тела (ст.16 Закона Украины «О транс-

29 Пояснительный доклад к Дополнительному протоколу к Конвенции о правах человека и биомедицине относительно трансплантации органов и тканей человека [электронный ресурс]// режим доступа: <http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Reports/Html/186.htm> (дата доступа: 21.06.2015).

30 Улиганец В.С. Idem. С. 68.

31 Руководящие принципы ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов. Утверждены на Шестдесят третьей сессии Всемирной ассамблеи здравоохранения в мае 2010 г., резолюция WHA 63.22 [электронный ресурс]//режим доступа: http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22ru.pdf (дата доступа: 21.06.2015).

плантации»). Закон обязывает врачей, осуществивших изъятие органов, тканей и клеток у умершего, произвести реставрацию трупа и его лица с применением специальных методов и средств, в том числе при необходимости хирургических, с целью придания достойного вида телу умершего (ст.14 Закона РМ «О трансплантации»).

Итак, права на органы, ткани и клетки человека относятся к группе особого рода неотчуждаемых прав. Распорядительные действия, совершаемые физическим лицом в отношении своих органов, тканей и клеток на случай смерти, представляют собой форму реализации права на целостность личности. Осуществление такого рода действий регламентировано специальными нормативно-правовыми актами, устанавливающими особую процедуру их осуществления в рамках трансплантационных процедур, исключающую возможность получения имущественной выгоды от их совершения. Возможные режимы презумпции согласия или напротив — презумпции несогласия потенциального донора, а также круга близких лиц на посмертное донорство имеют определенные морально-нравственные и процедурные недостатки, которые не может игнорировать право, что предполагает дальнейший поиск путей совершенствования правового регулирования исследуемой сферы.

ON MODERN TENDENCIES AND ISSUES IN THE SPHERE OF LEGAL REGULATION OF INTELLECTUAL PROPERTY

Natalia OSOIANU, PhD, Assistant professor, ULIM



This article concerns modern tendencies and problems in the sphere of legal regulation of intellectual property on the international and national level, related to changes in the sphere of internet evolution, technologies of information copying and distribution, and to the conflict of paradigms, which arises from the totality of these changes.

Keywords: *intellectual property, author's rights, industrial property, information, internet, protection of rights*

В статье рассматриваются современные тенденции и проблемы в области правового регулирования интеллектуальной собственности на международном и национальном уровне, связанные с изменениями в области эволюции интернета, технологий копирования и распространения информации, а также с конфликтом парадигм, произрастающим из совокупности этих изменений.

Ключевые слова: *интеллектуальная собственность, авторское право, промышленная собственность, информация, интернет, защита прав*

It is well known that intellectual property represents a sphere of legal regulation that is prone to quick changes. Historically, the period between the adoption of Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works and nowadays (i.e. 129 years) is not very long, but it took about 20 years to change almost everything in the sphere of copyright, and even more change is on the way. Indeed, these times have brought something completely new to the copyright, neighboring rights and industrial property. In this article, we are going to tackle different problems concerning intellectual property, to show that they are closely connected with certain characteristics of intellectual property in general and its institutions; and to demonstrate that, though the formal aspect of the issue changes with the flow of time, there are nevertheless some essential ideas that remain virtually unaffected by technical progress and doctrinal shifts.

Intellectual property, as perceived by legal doctrine, legislation and practice, has two main aspects: economical (material, patrimonial) and moral (personal non-patrimonial). Economical authority of a copyright holder includes, for example, rights to copy, distribute and convert initial object of intellectual property; moral authority includes protection of author's name and inviolability of the object of intellectual

property. These two types of authority are interpreted differently as applied to author's and neighboring rights and industrial property, and there are cases when it is difficult to divide between patrimonial and personal non-patrimonial aspects of copyright.

From a broader perspective, it is possible to reveal other aspects of intellectual property: e.g. N.Y. Toporova speaks about "social and cultural aspect" as one of the basic aspects of intellectual property, alongside with the economical basis.¹ Yet it is important to remember that frequently social and cultural factors play a major role in an increase or decrease of the economic importance of an object of intellectual property. This refers especially to those spheres that are exposed to the influence of the so-called "digital piracy", namely cinema, music industry, publishing and gaming industry. An increase of social and cultural importance leads to a growing risk of violation of rights. This is when a question arises, concerning the effectiveness of a certain legal regulation, which is designed for the protection of those who engage themselves into the creation of new objects of intellectual property. N.Y. Toporova makes a valid statement that intellectual property is "a property of authors upon information and knowledge — produced as a result of their intellectual activity in the sphere of industry, science, literature and arts, — which obtain an economic importance on the market".²

Intellectual property is an "aggregate of exclusive rights of personal and patrimonial nature that concern the results of creative activity of a man and certain objects equated with them, specific list of which is provided by legislation of a corresponding state, taking account of its international obligations".³ Besides patrimonial, personal non-patrimonial and aforementioned social-cultural aspects it is important to consider the fact that intellectual property combines objects with different properties, and can be divided into different categories in accordance with the classification of these objects. These categories traditionally include:

- 1) Author's rights upon works of science, literature and arts; neighboring rights;
- 2) Industrial property:
 - a. Related to commerce (trade mark, service mark, geographical indication);
 - b. Related to science (inventions, designs);
- 3) "Know-how".

Specifics of author's rights and neighboring rights lies in the fact that they protect, mostly, the formal (external) aspects of the results of creative intellectual activity, whereas industrial property protects basic ideas of the objects that refer to this category (this is especially evident in case of inventions, protected by means of patents). Terms of protection are different for these two types of intellectual property:

1 Топорова Н.Ю. Философско-правовой аспект интеллектуальной собственности. // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Право». 2012. №2 (12). С.80.

2 Топорова Н.Ю. Цит.соч. С.82.

3 Васильева С.Н. Интеллектуальная промышленная собственность. // Вестник Волжского университета имени В.Н. Татищева. 2011. №17. URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/intellektualnaya-promyshlennaya-sobstvennost>

for the former they are about 50–75 years after the death of the author and for the latter they can be shorter (e.g. minimal term of protection for an invention is 25 years) or longer (for a trademark the term of protection can be prolonged indefinitely, until the owner won't lose her interest in the object itself).

Conditions that need to be satisfied for the ensuring of the protection of intellectual property are different as well, and one of the most important of them is the demand to register certain types of industrial property, primarily inventions. It must be noted, that author's rights comprise all results of creative intellectual activity, not only unregistered, but also unpublished. In other words, it is correct to state that in author's rights "the main criterion is the form of the object that was created, and this form must be unique", whereas the main criterion for the protection of industrial property, especially inventions, is not the form, but the contents.⁴

The third part of the intellectual property has different characteristic features in comparison with author's rights and industrial property: "know-how" or trade secret might have any nature, depending on the specific interests and sphere of activity of the owner, and there are objective reasons due to which the main attention is directed upon the integrity of the information as such, but not upon other aspects of the issue.

Hence, intellectual property includes certain institutions, which, from a certain point of view, have more differences than common features — e.g. what is the overlap between a poem of a Moldavian blogger and Moldavian geographical indication/trademark "CRICOVA"? These two objects of intellectual property are under protection of both national legislation and international conventions in which Republic of Moldova takes part. Still, if we try to locate — in a more conceptual way — those features, which can be found in any object of intellectual property without exceptions, the result will comprise the following:

- 1) Territorial character of intellectual property is a characteristic feature that refers to its recognition, which is entirely dependent upon legislation of a certain state and its participation in the international conventions concerning intellectual property;
- 2) Temporal character of intellectual property refers to the fact that in the context of economic (patrimonial) rights, the existence of objects of intellectual property is limited in time, and after the expiration of the period established by law or international convention they are transferred into the public domain.

Some authors mark out certain other qualities. We have to mention, however, that one interesting feature of intellectual property is not frequently met in juridical literature, though its importance is obvious: capability for becoming an object of economic interest. Author's rights and neighboring rights, patents, trademarks and service marks, geographical indications and other objects of intellectual property can have a various measure of this quality (or nothing at all), and commercial secret and know-how are impossible without it, because their very nature supposes an economic or commercial interest. And the legislation of Republic of Moldova

4 Васильева С.Н. Цит.соч.

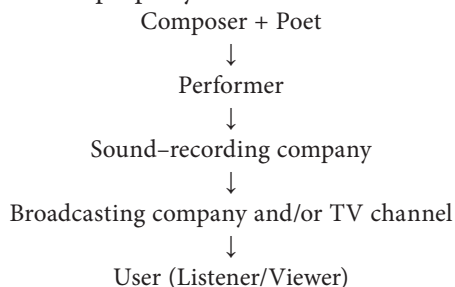
concerning commercial secrets provides that they need to have “a real or potential commercial validity for an entrepreneur”.⁵

The connection between this feature and legal regulation of intellectual property on the national and international level seems questionable. But the history of intellectual property knows many examples of implicating commercial interest into the very essence of the issue. E.g., the movement for the adoption of international convention concerning authors’ rights (the Berne Convention) united many writers from different states, and their prominent leader was also a writer — the one that would have been called nowadays “bestselling author”. Victor Hugo, whose patrimonial rights have been violated and who suffered greater damage than many others due to a greater commercial interest, had played a very important part in the process that led to the elaboration and adoption of the Berne Convention. A mouthpiece of the opposite party was Albert Willem Sijthoff, a publisher from Netherlands who rose to prominence in the trade of translated books. “He wrote a letter, dated November 12, 1899, to Queen Wilhelmina of the Netherlands regarding his opposition to the petition to become a signatory to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. He felt that the international copyright restrictions would stifle the publishing industry in the Netherlands”.⁶ Other publishers of that time had no remorse in holding a position more suitable for “digital pirates” of modern times.

Consequently, even if the difference in the approach to the regulation of intellectual property seems paradoxical, one of its foundations remains unchanged since the very beginning, and this foundation is economic or commercial interest of the participants in the legal relationships. But who are these participants? A simpler scheme of a legal relationship in the sphere of intellectual property includes only two subjects:

Author → User (Reader, Viewer etc.)

In fact, a direct economic relation between the Author and the User rarely takes place, because usually there is at least one intermediary between them — publisher, sound–recording company, TV channel, broadcasting company etc. Concerning certain objects of intellectual property a chain of intermediaries may appear, e.g.:



5 Закон РМ о коммерческой тайне №171 от 06.07.1994. Опубликован: 10.11.1994 в Monitorul Oficial №13. Ст.2 (a). URL: <http://lex.justice.md/ru/312792/>

6 The Netherlands and the Berne Convention. The Publishers’ circular and booksellers’ record of British and foreign literature, Vol. 71 (Sampson Low, Marston & Co.). 1899. p. 597. URL: http://en.wikipedia.org/wiki/Albertus_Willem_Sijthoff

This scheme seems more intricate than the previous one, but we must consider that there are many juridical technicalities, which might make it even more complex.

For instance, many objects of intellectual property are subject to regional restrictions of sale of services, and as a result these objects might become inaccessible in certain regions of the world, where they could be sold (or not) by different intermediaries. Speaking of “inaccessibility” of intellectual property in some regions, we may remember about a case concerning American professor Jim O’Donnell who went to a conference in Singapore; when his iPad performed an update, Google Books application deleted all downloaded books, and it was impossible to download them one more time because of regional restrictions: «Books on Google Play is not available in your country yet». Later Google had to publish an official commentary, explaining the situation by means of a technical fault.⁷ A general economic cause of regional restrictions in the sphere of intellectual property consists of a simplified control of its usage and a potential maximization of profit.

An interesting example of problems that arise because of the aforementioned “chain of intermediaries” between the producer of the results of intellectual labor and the final consumer is given by the story about the struggle between the giant of online retail Amazon and publishing corporation Hachette. The disagreement between these companies were related to the mechanism of pricing in the specialized section of Amazon, Kindle Store, containing digital books. It started as a regular dispute between two subjects of commercial activity, but then the situation degenerated into a excruciating judicial process. “Depending on where you stood, it was a struggle between the future and the past, the East Coast and the West Coast, culture and commerce, the masses and the elite, technologists and traditionalists, predator and prey.”⁸ Amazon even used certain methods of pressure, which have been incompatible with rules of fair competition: It began delaying the shipment of some Hachette titles to customers. Instead of being described on the site as “In Stock,” titles were moved into the “Usually ships in 1 to 3 weeks” category.⁹ Taking in consideration Amazon’s position as a monopoly (it occupies 40% on the market of new books, 62% on the market of print books and 64% on the market of digital books¹⁰), the problem looked serious until it was solved by means of an agreement between the parties that were involved.

Economic interest was the main cause of an outburst of “digital piracy” that

7 Limer E. Travelers Beware: Google Play Might Delete All Your Books (Updated). Aug.13, 2013. URL: <http://gizmodo.com/travelers-beware-google-play-might-delete-all-your-boo-1159832224>

8 Streitfeld D. Amazon and Hachette Resolve Dispute. The New York Times. Nov.13, 2014. URL: http://www.nytimes.com/2014/11/14/technology/amazon-hachette-ebook-dispute.html?_r=0

9 Gessen K. The War of the Words. Vanity Fair. Dec., 2014. URL: <http://www.vanityfair.com/news/business/2014/12/amazon-hachette-ebook-publishing>

10 Trachtenberg J.A., Bensinger G. Amazon, Hachette End Publishing Dispute. The Wall Street Journal. Nov.13, 2014. URL: <http://www.wsj.com/articles/amazon-hachette-end-publishing-dispute-1415898013>

took place at the end of 20th century due to the apparition of very simple ways to copy an object of intellectual property, transformed into electronic form. It is impossible to copy a book or a CD as a material object without special knowledge and/or special equipment, which might be inaccessible for a simple user/consumer. But to copy a file, whatever it might contain, one needs a device (a PC, a smartphone or a tablet) and a moment of time, so the relation between the costs and gain becomes very unbalanced and very unfavorable for those who produce intellectual property on a professional basis.

The economic interest as a key element of intellectual property explains that when it is possible to reproduce a certain object indefinitely without noticeable expenses, its value is reduced to zero. The main cause of this “pirate crisis” lies deep, and, taking in consideration that it is technically impossible to stop “digital pirates” once and forever (territorial character of intellectual property plays an important role here as well), we must conclude that a shift in paradigm of intellectual property is inevitable. In fact, it already started with the pirate movement and Pirate parties, first among which was the Pirate party of Sweden founded in 2006 and aiming to reduce the terms of protection of intellectual property and abolish DRM technologies¹¹, as well as exclude non-commercial usage of intellectual property from the sphere of legal regulation and protect anonymity in the Internet¹². There are similar movements in about 40 states of the world, united into the Pirate Parties International.¹³

But pirate parties were not the first to touch upon the problem of balance between the intellectual property and human rights and freedoms. It is possible to mention the “copyleft” concept, and antipode and alternative to copyright, proposed by American programmer Richard Stallman, who also founded the Free Software movement. The Creative Commons licenses also promote the idea of more author-centered regulation of intellectual property, their basic ideas expressed in a book by Lawrence Lessig entitled “Free Culture”.¹⁴

These are some of the main issues that concern intellectual property in the modern days, its specifics and changes that took place in the last decades and the last two centuries due to technical progress. Taking in consideration this progress and the ever-important commercial interest being a part of the concept itself, we must conclude that intellectual property as an institution and a legal system goes through a period of transition, which can result in a regulation of a more vacant type or, vice versa, in a set of more strict rules, applying to objects which do not yet exist or are not yet accepted as “intellectual property” of a specific type.

11 “Q&A: What is DRM?” URL: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/6337781.stm>

12 Uppsala Declaration. URL: <http://wiki.piratenpartei.de/Uppsala-Deklaration>

13 The Pirate Parties International. URL: <http://www.pp-international.net/>

14 «Free Culture». URL: <http://www.free-culture.cc/>

ОХРАНА АРХЕОЛОГИЧЕСКОГО НАСЛЕДИЯ: ОПЫТ РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА

Игорь Эдуардович МАРТЫНЕНКО, доктор юридических наук, доцент

THE PROTECTION OF THE ARCHAEOLOGICAL HERITAGE: THE EXPERIENCE OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA

In the article to the legal protection of the archaeological heritage of Moldova. The author on the basis of research of scientific and standard sources states features of the legislation on protection of historical and cultural heritage, gives classification of monuments. Conclusions, recommendations, and comments that constitute most of the articles can be used in practical law enforcement to prevent illegal excavations of archaeological sites, prevent participation archaeological illegal in public circulation.

Keywords: cultural heritage, monument, archaeological, cultural values, conservation, CIS.

В статье рассматриваются особенности правовой охраны археологического наследия Молдовы. Приводятся источники правового регулирования, анализируются нормативные акты. Выводы, рекомендации и комментарии, составляющие основную часть статьи, могут быть использованы в практической правоохранительной деятельности в целях предотвращения нелегальных раскопок памятников археологии, пресечения участия археологических ценностей в незаконном гражданском обороте.

Ключевые слова: культурное наследие, памятник, археология, культурные ценности, охрана, СНГ.

Археологическое наследие Республики Молдова является основной частью национального культурного достояния. В настоящее время археологическое наследие присутствует во всех зонах Республики Молдова, вблизи или на территории современных населенных пунктов, на сельскохозяйственных, промышленных, лесных и водных территориях.

Ценности археологического наследия являются неотъемлемой частью культурного национального наследия и классифицируются и охраняются как объекты движимого или недвижимого национального культурного достояния.

* Мартыненко Игорь Эдуардович — заведующий кафедрой гражданского права и процесса, Гродненский государственный университет имени Янки Купалы (Республика Беларусь), доктор юридических наук, доцент.

Государство гарантирует и обеспечивает охрану археологического наследия. Археологическими памятниками являются: стоянки каменного века; пещерные жилища; древние и средневековые поселения, крепости; могильники; захоронения; эпиграфические памятники; археологические культурные слои. На национальном уровне к 2012 г. были известны 7 411 археологических раскопок, которые охватывали 2 428 населенных пунктов, 70 земельных укреплений, 135 некрополей и 4 778 курганов.

Источники правового регулирования охраны и изучения археологического наследия. Республика Молдова принадлежит к числу трех государств-участников СНГ, которые приняли специальный закон об охране археологического наследия. Такие законы введены в действие в Республике Узбекистан и Украине. В остальных странах Содружества вопросы охраны и использования объектов археологического наследия решаются в общем законе об охране историко-культурного наследия и на уровне правительственных постановлений.

Систему законодательства Республики Молдова об охране археологического наследия составляют: Конституция Республики Молдовы от 29 июля 1994 г.¹; Законы «О культуре»²; «Об охране памятников»³; «Об охране археологического наследия»⁴, а также международные правовые акты, к числу которых относятся *Европейская конвенция об охране археологического наследия (пересмотренная)*, Конвенции ЮНЕСКО «Об охране подводного культурного наследия».

Постановлением Правительства Республики Молдова от 9 апреля 2014 г. № 271 утверждены *Стратегия развития культуры «Культура 2020»* и *План мероприятий по ее реализации*⁵. Стратегия «Культура 2020» представляет собой согласованную концепцию развития сектора культуры страны, при разработке которой принималась во внимание Национальная стратегия развития «Молдова–2020»⁶. Приоритеты, установленные в Национальной стратегии «Молдова 2020» в секторе культуры, предполагают сохранение национального культурного наследия во всем его многообразии.

В юридической науке проблема правовой охраны археологического наследия Республики Молдова фактически не исследована. Исключение составляют работы Боршевского А.П., Ищукова Ю.А. (авторы рассматривают становление института мировых судей как одного из механизмов сохранения мест-

1 Конституция Республики Молдова // Официальный монитор Республики Молдова, 1994 г., № 1.

2 Официальный монитор Республики Молдова, 1999 г., № 83–86, ст. 401.

3 Официальный монитор Республики Молдова, 2010 г., № 15–17, ст. 23.

4 Официальный монитор Республики Молдова, 2010 г., № 235–240, ст. 738.

5 Monitorul oficial al Republicii Moldova, 18.04.2014, Nr. 92–98, ст. № 298.

6 Об утверждении Стратегии развития культуры «Культура 2020» и Плана мероприятий по ее реализации: Постановление Правительства Республики Молдова от 9 апреля 2014 г. № 271 // Monitorul oficial al Republicii Moldova, 18.04.2014, Nr. 92–98, ст. 298.

ных законов и обычаев)⁷, Меднека В.П.(ученый приводит описание памятников археологии)⁸, Плошница А. Т.(специалист раскрывает возможности музеефикации культурных ценностей)⁹, Чиокану С.¹⁰

Обращался к этой проблеме и автор настоящей статьи во время и по результатам изучения непосредственно в Молдове опыта охраны историко-культурного наследия¹¹. На восполнение образовавшегося в юридической науке пробела и направлена данная работа.

Система охраны археологического наследия. 3 марта 2011 года вступил в силу Закон «Об охране археологического наследия»¹², которым определена следующая система охраны археологического наследия: Парламент Республики Молдова; Правительство Республики Молдова; Министерство культуры Республики Молдова; Национальное агентство археологии Республики Молдова; органы местного публичного управления первого и второго уровней; Академия наук Республики Молдова; центральные органы публичной власти, подведомственные им отраслевые учреждения и органы местного публичного управления.

Рассмотрим компетенцию данных институций.

Парламент Республики Молдова создает юридическую основу для реализации государственной политики по охране, консервации и реставрации археологического наследия, утверждает национальные стратегии в этой области и их финансирование из государственного бюджета.

Правительство Республики Молдова обеспечивает реализацию государственной политики в этой области, утверждает планы действий и государственные программы.

-
- 7 Боршевский А.П., Ищуков Ю.А. Историко-правовые основы сохранения культурного наследия в Молдове // Культура: управление, экономика, право. — 2007. — № 2. — С. 43–45.
 - 8 Меднек В.П. Памятники истории и культуры Молдавии. Кишинев, 1988. — 133 с.; он же: Памятники русской культуры и истории в Молдове: Фотоальбом. Сост.: Т.П. Млечко, Л.Ф.Чащина, Л. Ф. Барбус; фот.: Д. А. Топал; Фонд «Русский мир», Славян.ун-т Респ. Молдова. — К.: «Valinex» SRL, 2009.
 - 9 Плошница А.Т. Проблемы музеефикации культовых памятников в Республике Молдова // Вопросы музеологии. — № 1 (7). — 2013. — С. 163–170.
 - 10 Ciocanu Sergius. Chisinau — A Historic City in the process of disappearing. Heritage at Risk. — 2006/2007; он же: Чиокану, С. Охрана культурного наследия Республики Молдова на современном этапе / С. Чиокану // Управление всемирным наследием и глобальные вызовы современности: материалы Международного научно-практического семинара «Управление всемирным наследием и глобальные вызовы современности», г. Москва, 1–3 марта 2011 г. — М.: НИИ культурного и природного наследия им. Д.С. Лихачева, 2011.
 - 11 Мартыненко, И.Э. Проблемы использования в Республике Молдова международно-правового механизма защиты всемирного культурного наследия / И.Э. Мартыненко // Moldavian Journal of International Law and International Relations. — 2011. — № 3. — С. 126–133.
 - 12 Monitorul oficial al Republicii Moldova. — 2010. — Nr. 235–240. — Ст. 738.

Центральным отраслевым органом публичного управления, отвечающим за разработку политик, стратегий и специальных норм по охране национального археологического наследия и обеспечивающим их применение на практике, является **Министерство культуры Республики Молдова**. Задачи Министерства культуры, согласно п. 2 *Положения об организации и функционировании Министерства культуры*, утвержденного постановлением Правительства Республики Молдова «Об утверждении Положения об организации и функционировании Министерства культуры, его структуры и предельной штатной численности» от 19 ноября 2009 года № 696, состоят в разработке и внедрении национальной политики в области культуры, в том числе в сфере охраны и использования объектов культурного наследия.

К полномочиям Министерства культуры, согласно ст.14 Закона «Об охране археологического наследия», относятся:

- разработка и реализация национальных политик, стратегий и программ в области охраны и освоения археологического наследия;
- осуществление мониторинга процесса исполнения законодательства об охране, консервации, реставрации и освоении археологического наследия;
- обеспечение выполнения обязательств, принятых в связи с подписанием международных конвенций в области археологического наследия, участие в которых принимает Республика Молдова.

Министерство культуры выдает разрешения на археологические исследования; создает *Реестр археологов Республики Молдова* и обеспечивает его периодическое обновление; координирует работу археологической инспекции на национальном уровне; утверждает списки археологических памятников, предложенных для классификации; управляет делами по классификации археологических памятников в *Национальном археологическом реестре*; согласовывает документацию по градостроительству и обустройству территорий, содержащих памятники археологии или зоны с археологическим потенциалом; формирует национальные археологические коллекции и обеспечивает адекватные условия их хранения; формирует архив археологических отчетов и полевой археологической документации, обеспечивает адекватные условия его хранения и пользования им; регистрирует частные коллекции археологических ценностей и осуществляет их мониторинг.

Приказом Министерства культуры от 01.07.2010 № 215 утверждено *Положение об организации и функционировании Национальной археологической комиссии и Положение об организации и функционировании Национальной комиссии музеев и коллекций*¹³. Национальная археологическая комиссия является консультативным органом, который представляет научный авторитет в области охраны археологического наследия и функционирует при Министерстве культуры.

13 Monitorul oficial al Republicii Moldova –24.12.2010 — Nr. 254–256 — Ст. 983.

Кроме того, Министерство культуры разрабатывает и обновляет археологические стандарты и процедуры, утверждает Положение об археологическом исследовании и экспертизе, Деонтологический кодекс археологов Республики Молдова и осуществляет мониторинг их соблюдения.

Деонтологический кодекс археологов Республики Молдова представляет собой совокупность этических норм, принимаемых на себя специалистами в области археологии в процессе выполнения профессиональных обязанностей. Он утвержден приказом Министерства культуры Республики Молдова от 25 апреля 2013 года № 127¹⁴.

Национальное агентство археологии реализует государственную политику в области охраны и освоения археологического наследия, является отраслевым публичным учреждением, подведомственным Министерству культуры. Агентство образовано на основании положений ч.1 ст.14 Закона «Об охране археологического наследия». Постановлением Правительства Республики Молдова от 12 апреля 2012 года № 230 штатная численность Национального агентства археологии утверждена в количестве 16 единиц. Кроме того, данное Агентство составляет списки археологических памятников, предложенных для классификации; согласовывает работы в зонах с археологическим наследием; согласовывает документацию по градостроительству и обустройству территорий, содержащих археологические памятники или зоны с археологическим наследием; обеспечивает научный контроль за работами, в ходе которых были обнаружены случайные археологические находки; вносит предложения о выдаче сертификатов об освобождении от археологического потенциала; предоставляет в распоряжение органов местного публичного управления полную информацию об археологических памятниках, расположенных в границах соответствующих населенных пунктов.

Органы местного публичного управления первого и второго уровней сотрудничают с центральными отраслевыми органами публичного управления с целью составления программ по охране, консервации и реставрации археологического наследия. Для реализации данных программ они предусматривают в своем годовом бюджете средства на финансирование или софинансирование деятельности по защите археологического наследия.

Академия наук Республики Молдова разрабатывает и реализует программы научного исследования и спасения археологических памятников; предлагает и осуществляет меры и государственные программы по охране, консервации, реставрации и освоению археологических памятников; ежегодно совместно с другими профильными учреждениями представляет в Министерство культуры данные о вновь обнаруженных археологических памятниках, взятых в соответствующем порядке на государственный учет.

Центральные органы публичной власти, подведомственные им отраслевые учреждения и органы местного публичного управления являются ответственными за деятельность по охране археологического наследия.

14 Monitorul oficial al Republicii Moldova — 24.05.2013 — Nr. 116–118 — Ст. 739.

Рассмотрим **методы охраны археологического наследия**. Охрана археологического наследия — это система юридических и административных мер запретительного и предупредительного характера, применяемых для учета, консервации, сохранения и реставрации археологического наследия.

В соответствии со ст.4 Закона «Об охране археологического наследия» лицо, совершившее случайное археологическое открытие, или управляющий участка, на котором оно совершено, обязаны сообщить об этом в органы местного публичного управления в течение 48 часов с момента открытия с обязательной передачей найденных материалов. Органы местного публичного управления должны обеспечить охрану открытия и официально проинформировать об этом Министерство культуры в течение 24 часов.

Под *охраной памятников и территорий с археологическим наследием* понимается принятие научных, административных и технических мер, способствующих сохранению случайных открытий или открытий, сделанных вследствие археологических исследований, проведенных до классификации соответствующих памятников или завершения археологических исследований.

Во всех случаях строительства, для которых необходимо получение разрешения, производится **процедура освобождения от археологического потенциала**. Освобождение от археологического потенциала является процедурой, подтверждающей, что участок, на котором обнаружено археологическое наследие, может быть возвращен для текущих нужд людей в результате завершения научного исследования или разрушения археологического наследия.

Административным документом, которым аннулируется режим охраны, установленный ранее на участке с археологическими находками, является **сертификат об освобождении от археологического потенциала**, выдаваемый Министерством культуры на основании предложения Национального агентства археологии по письменному заявлению заказчика предусмотренных работ.

До осуществления процедуры освобождения от археологического потенциала территория, являющаяся объектом исследования, охраняется как археологический памятник.

В **зонах со случайно выявленным археологическим наследием** до осуществления процедуры освобождения от археологического потенциала строительные работы или другие виды деятельности, предполагающие землеройные работы, приостанавливаются для проведения спасательных археологических исследований.

Здесь требуется пояснение: зона со случайно выявленным археологическим наследием — участок, на котором предметы, относящиеся к археологическому наследию, были обнаружены случайно в результате деятельности человека (за исключением проведения аттестованных археологических исследований). К числу такой деятельности относятся строительные работы, геологическая разведка, сельскохозяйственные работы, а также другие работы и исследования, проводимые под землей или под водой. Археологическое наследие

может быть выявлено случайно и в результате воздействия природных факторов, таких как землетрясения, оползни, наводнения, эрозия почвы и др. В отношении этих предметов необходимы археологические исследования с целью их регистрации и научного изучения.

Археологические исследования проводятся на основании *разрешения* на их проведение в соответствии с проектом, согласованным с Национальной археологической комиссией, и завершаются научными отчетами.

Составной частью стратегий устойчивого социально-экономического развития, развития окружающей среды, градостроительства и обустройства территорий, развития туризма, как на национальном, так и на местном уровнях являются *предварительные археологические исследования*.

Предварительные археологические исследования проводятся в случаях осуществления работ по строительству, изменению, расширению или ремонту коммуникаций, очистке водоемов, строительству всех видов трубопроводов, посадке лесов, садов, виноградников, осуществлению других сельскохозяйственных работ или мелиоративных земляных работ, работ по строительству частных или государственных зданий, всех типов экскавационных работ, включая эксплуатацию карьеров, инженерно-технические работы, подземные или подводные, которые могут привести к повреждению археологического наследия.

Закон возлагает обязанность на инвесторов, проектные учреждения, другие частные или государственные учреждения, публичные учреждения, выступающие в качестве субъектов финансирования, обращаться в Национальное агентство археологии относительно проведения предварительной проверки на предмет наличия/отсутствия археологических памятников и для согласования проектов предусмотренных работ.

При этом инвесторы, финансирующие проекты, в пределах утвержденных ассигнований финансируют:

- 1) археологическую разведку зоны, включенной в проект;
- 2) предварительное археологическое исследование в случае обнаружения археологических памятников в зоне проведения работ;
- 3) осуществление надзорного археологического исследования в течение всего периода работ в зоне с археологическим потенциалом;
- 4) консервацию и, в зависимости от обстоятельств, освоение археологических открытий в зоне проведения работ.

Важное положение закреплено в ст.5 Закона «Об охране археологического наследия»: *использование металлоискателей и других средств дистанционного исследования, геофизическое исследование и исследование с воздуха в местах расположения археологических памятников и в зонах с археологическим потенциалом допускаются только в научных целях на основании разрешения, выданного Министерством культуры.*

Осуществление права собственности на археологическое наследие. Все ценности археологического наследия в качестве составной части националь-

ного культурного достояния являются публичной собственностью государства, независимо от вида собственности на землю, на которой они расположены или из которой они извлечены, и охраняются законом.

Согласно требованиям ст. 8 Закона «Об охране археологического наследия», ценности археологического наследия не подлежат отчуждению, на них не может быть обращено взыскание и к ним не применяется срок исковой давности. Право распоряжения археологическим наследием осуществляется Правительством через Министерство культуры.

Право распоряжения землями с археологическим наследием, находящимися в собственности административно-территориальной единицы (район, муниципий, город, коммуна, село), осуществляет соответствующий совет.

Право распоряжения земельными участками, находящимися в частной собственности, на которых расположены недвижимые ценности археологического наследия, принадлежит собственнику участков, который обязан соблюдать требования названного выше Закона.

Все недвижимые и движимые ценности археологического наследия берутся на государственный учет.

Правовой режим земельных участков с археологическим наследием определен в ст.9 Закона «Об охране археологического наследия». Так, земельные участки с археологическим наследием, находящиеся в публичной собственности государства или административно-территориальных единиц, не могут отчуждаться, могут передаваться в пользование. Все юридические акты или действия, прямо или косвенно нарушающие право публичной собственности на земельные участки с археологическим наследием, считаются недействительными.

Земельные участки с археологическим наследием, находящиеся в частной собственности, могут быть проданы, подарены или отчуждены иным способом, но при обязательном предварительном уведомлении Министерства культуры. Для собственников земель в договорах купли-продажи соответствующих участков должны быть установлены обязательства по охране археологического наследия. При купле-продаже земельных участков с археологическим наследием государство обладает преимущественным правом покупки.

Археологический кадастр. Археологический кадастр представляет собой систему государственного учета археологических памятников и зон с археологическим наследием, разработанную на основе Национального археологического реестра, которая включает данные об их месторасположении, юридическом статусе, охранном режиме и охранной зоне. Археологический кадастр утверждается Правительством и является составной частью Кадастра недвижимого имущества Республики Молдова.

Согласно ст.2 Закона «О Кадастре недвижимого имущества»¹⁵, Кадастр недвижимого имущества — основной кадастр, являющийся единой много-

15 Monitorul oficial al Republicii Moldova — 21.05.1998. — № 44-46/318.

функциональной системой государственной регистрации объектов недвижимого имущества и прав на них, а также стоимостной оценки этих объектов.

Рассмотрим **правовой режим археологического наследия**. Собственники земельных участков с археологическим наследием, а также обладатели права управления такими участками обязаны предоставлять *доступ персоналу*, получившему разрешение Министерства культуры, для проведения археологических исследований, охраны археологического наследия и обеспечения мер по охране и защите ценностей археологического наследия в соответствии с законом.

Как следствие специальной охраны археологических памятников, собственники частных земельных участков с археологическим наследием или арендаторы таких участков вправе получать компенсации по нереализованным доходам от сельскохозяйственной деятельности на участках, являющихся объектом археологических раскопок, на период проведения этих работ.

Отметим, что приведение земельного участка в первоначальное состояние входит в обязанность стороны, финансирующей археологическое исследование.

В случае нахождения **клада** он передается в собственность государства в течение не более 72 часов с момента его обнаружения. Собственник земельного участка, на котором был найден клад/сокровище, а также лицо, нашедшее клад/сокровище, имеют право получить вознаграждение в соответствии с положениями Гражданского кодекса Республики Молдова.

Так, согласно ст.327 **Гражданского кодекса Республики Молдова**, в случае обнаружения клада, содержащего вещь (вещи), относящуюся к памятникам истории или культуры, она подлежит передаче в собственность государства. Собственник недвижимой вещи, в которой обнаружен клад, а также обнаружившее ее лицо имеют право на получение вознаграждения в размере пятидесяти процентов от стоимости клада. Вознаграждение распределяется в равных долях между собственником недвижимой вещи, в которой обнаружен клад, и обнаружившим ее лицом, если соглашением между ними не установлено иное. Вознаграждение выплачивается в полном объеме собственнику, если обнаруживший клад проник в недвижимую вещь или осуществлял поиски в ней без согласия на то собственника или владельца.

Однако эти правила не применяются к лицам, которые выполняли археологические исследования и другие законные изыскания, в результате которых был найден клад/сокровище, в соответствии с законом в интересах третьих лиц, в том числе в рамках выполнения служебных обязанностей. В данном случае речь идет о профессиональных археологах.

В Республике Молдова ведется **Реестр археологов**, который содержит перечень профессиональных археологов Республики Молдова, обладающих в соответствии с присвоенной категорией правом осуществлять археологические разведки, предварительные, надзорные или систематические археологические исследования.

Реестр археологов Республики Молдова утверждается Министерством культуры.

В соответствии с квалификацией археолог может быть аттестован по следующим профессиональным категориям: дебютант; специалист; эксперт.

Аттестация археологов по профессиональным категориям осуществляется Министерством культуры по предложению Национальной археологической комиссии.

В Республике Молдова ведется **Национальный археологический реестр**, который содержит перечень существующих археологических памятников национального и международного значения, включенных в *Перечень памятников Республики Молдова*, охраняемых государством. Данный Перечень составляется Национальным агентством археологии совместно с учреждениями археологического профиля и утверждается Парламентом.

В ст.24–25 Закона «Об охране археологического наследия» определены *зоны приоритетного археологического интереса* и меры по их охране. Так, органы местного публичного управления, на подведомственной территории которых расположены зоны приоритетного археологического интереса, обязаны предусмотреть административные и технические меры по охране археологического наследия и его освоению путем включения в планы социально-экономического и территориального развития соответствующих населенных пунктов. Документация по градостроительству и обустройству территорий, относящихся к зонам приоритетного археологического интереса, в обязательном порядке согласовывается с Министерством культуры, центральным органом публичного управления в строительстве и координируется органами местного публичного управления.

Рассмотрим **принципы исследования, консервации и реставрации археологического наследия**. Законом установлено, что выемка, замена копиями и макетами в целях консервации, а также какое бы то ни было использование компонентов археологического наследия, обнаруженного в ходе археологических раскопок, производятся только на основании решения государственных учреждений, ответственных за охрану археологического наследия. Консервация и реставрация археологического наследия с целью выставления его для обозрения и обеспечения к нему доступа общественности производятся в соответствии с проектами, утвержденными Министерством культуры или, в зависимости от обстоятельств, Правительством.

Перемещение археологического наследия через таможенную границу Республики Молдова имеет определенные особенности. Так, согласно требованиям ст.36 Закона «Об охране археологического наследия», вывоз на постоянное хранение ценностей археологического наследия за пределы Республики Молдова запрещен.

Что касается временного вывоза движимых предметов (ценностей археологического наследия) за пределы Республики Молдова, то он допускается с целью:

- поддержки международных связей в области истории и культуры;
- осуществления работ по консервации и реставрации памятников археологии;
- научной экспертизы предметов археологического наследия.

Обязательное условие — получение разрешения Министерства культуры на временный вывоз указанных ценностей за границу.

Временно ввезенные в Республику Молдова движимые ценности археологического наследия, находящегося в собственности иностранных государств, общественных объединений и иностранных граждан, могут быть вывезены из страны по желанию собственников на основании *сертификата*, подтверждающего их ввоз в страну, и *разрешения* Министерства культуры на вывоз соответствующих ценностей.

Финансирование охраны и использования археологического наследия.

Финансирование деятельности по учету, исследованию, освоению, спасению, охране, консервации и реставрации археологического наследия осуществляется из следующих источников:

- средства Государственного бюджета через Министерство культуры, Академию наук Республики Молдова, другие профильные учреждения;
- средства бюджетов административно-территориальных единиц в соответствии с программами, согласованными с Министерством культуры;
- отчисления физических и юридических лиц, нарушающих положения об охране археологического наследия;
- доходы и пожертвования организаций, которые на основании своего устава реализуют проекты по охране археологического наследия;
- средства фондов и пожертвования физических и юридических лиц.

Финансирование деятельности по спасению и исследованию археологических памятников, находящихся под угрозой уничтожения, в рамках строительных проектов осуществляется *за счет заинтересованной организации*.

Археологические памятники могут *сдаваться в наем* на основе договора, подписанного с Национальным агентством археологии, который предусматривает конкретные обязательства по охране исторического памятника. Владелец памятника, взятого в наем, обязан предоставлять по просьбе соответствующих органов информацию о его состоянии. При этом плата за наем археологических памятников, включая аренду земельных участков в охраняемых зонах памятников, вносится на специальный счет Национального агентства археологии и используется только в целях охраны, консервации и реставрации археологических памятников.

Правительство Республики Молдова ежегодно предусматривает в Государственном бюджете *фонд экстренных вмешательств* для спасения археологических памятников, которым распоряжается Министерство культуры.

Районные советы и примэрии могут определять в своих годовых бюджетах суммы, необходимые для финансирования или софинансирования работ

по учету, исследованию, освоению, спасению, охране, консервации и реставрации археологических памятников, расположенных на подведомственных им территориях, по согласованию с Министерством культуры и в соответствии с действующим законодательством.

Государство предоставляет льготы физическим и юридическим лицам, производящим или приобретающим в стране или за рубежом сырье, материалы, оборудование и аппаратуру, необходимые для проведения работ по учету, исследованию, освоению, спасению, охране, консервации и реставрации археологических памятников.

Ответственность за нарушения законодательства об охране культурного наследия.

В соответствии со ст.47 закона «Об охране археологического наследия» физические и юридические лица несут гражданскую ответственность, ответственность за правонарушение или уголовную ответственность, установленную законодательством за:

- выполнение без разрешения работ, могущих оказать воздействие на археологические памятники;
- незаконный доступ в зоны с археологическим наследием и использование в них металлодетекторов;
- незаконные торговлю и владение металлодетекторами;
- незаконные раскопки и кладоискательство в зонах с археологическим потенциалом;
- преднамеренное уничтожение или повреждение археологических памятников;
- хищение движимых объектов археологического наследия из разрешенных археологических раскопок или зон с археологическим потенциалом;
- незаконную продажу движимых ценностей археологического наследия;
- незаконный вывоз археологических ценностей;
- несообщение о случайном обнаружении археологического памятника;
- нарушение положений законодательства о передаче в собственность государства найденных кладов и других археологических памятников;
- непредставление для согласования проектов новостроек и другого обустройства территорий, которые могут воздействовать на археологическое наследие;
- несоблюдение заключения правомочных органов в отношении работ по строительству в зонах с археологическим наследием;
- продолжение без разрешения землеройных работ в зонах, где были обнаружены археологические памятники;
- несоблюдение обязательств по охране археологического наследия;
- нарушение положений закона о свободном доступе специалистов в зоны с археологическим наследием;

— нарушение предусмотренных законом положений о приведении исследованных археологами участков в первоначальное состояние.

Кроме того, заметим, что материальный ущерб, нанесенный археологическим памятникам или их составным частям физическими или юридическими лицами, возмещается в порядке, установленном законодательством.

Так, приказом министерства культуры Республики Молдова от 12 декабря 2014 года №306 утверждена *Методология по финансовой оценке ущерба, нанесенного построенному культурному наследию (историческим памятникам)*¹⁶.

Финансовая оценка нанесенного ущерба объектам построенного культурного наследия проводится в следующих случаях: во-первых, когда происходит разрушения памятников или их составных частей (например, вспомогательных сооружений, ограждений); во-вторых, при искажении или изменении формы, объема, материалов, размеров, структуры фасадов, крыш, интерьеров памятников или их составных частей, конструктивных элементов, штукатурки, столярных изделий, металлических кованных изделий, внутренней и наружной декоративной отделки и т.д., а также путем незаконного строительства на земельном участке памятника новых зданий, пристроек и вспомогательных сооружений.

Финансовая оценка нанесенного ущерба выполняется по двум критериям:

- оценка *затрат на восстановление* разрушенного или искаженного исторического памятника или его составных частей;
- оценка *затрат на снос незаконных построек* на территории памятника и приведение участка в состояние, предшествующее незаконным работам.

На практике оценка затрат на восстановление исторического памятника или его составных частей достигается путем расчета материалов, строительных методов и других работ, идентичных тем, которые использовались во время строительства исторического памятника.

В случае если такую оценку невозможно осуществить, могут применяться эквиваленты, используемые в реставрационной практике. Для оценки затрат на восстановление исторического памятника учитываются также затраты на специализированные консультации, помощь в вопросах консервации, реставрации и восстановления, стоимость выполнения документальных исследований и изысканий в архивах, а также стоимость проектов восстановления и все сопутствующие расходы.

При выявлении факта незаконных работ в виде нового строительства на земельном участке исторического памятника нанесенный ущерб рассчитывается с учетом затрат на разработку проекта по сносу этих строений, осуществление их сноса и приведение земельного участка памятника в состояние, предшествующее выполнению незаконных работ. Более того, если работа

16 Monitorul oficial al Republicii Moldova, №1-10, — 16.01.2015 — Ст.5.

по восстановлению требует выполнения археологических исследований или надзор на объекте, учитываются и эти расходы.

Остается только на практике применять данную методику.

Подведем итоги. Археологическое наследие Молдовы является неотъемлемой составляющей археологического наследия Европы и всего человечества.

Археологическое наследие представляет совокупность материальных предметов, возникших в результате жизнедеятельности человека в прошлом, сохраняющихся в естественных условиях наземной поверхности, в недрах земли и под водой в виде недвижимых археологических памятников или движимых ценностей (предметы или их фрагменты), для выявления и изучения которых требуется применение археологических методов.

В качестве недвижимой части историко–культурного наследия памятники археологии нуждаются в особом подходе при организации процесса их выявления, изучения, сохранения и популяризации. На практике отнесение объекта к археологическому наследию не связывается с содержательной стороной объекта: все артефакты культуры могут рассматриваться как археологическое наследие только по факту своего нахождения в земле или под водой. Поэтому можно утверждать об абсолютной условности выделения археологической группы наследия или памятников.

THE NATURE OF LEGAL RELATIONSHIPS ON GRANTING MEDICARE IN UKRAINE

Sibilla Bogdanivna BULETSA, candidate of legal sciences, associate professor

In this article we substantiated that the right for medical help is the element of the personal unproperty legal relationship regulated by an institute right on the unproperty blessings, relations on the granting of Medicare make the object of the civil legal adjusting. Identified the civil legal signs of relations on the granting of Medicare. We analyzed different scientists opinions concerning the place of medical relations in civil law.

Keywords: Medicare, system of health, doctor, patient, Civil Code of Ukraine, Hungary.

В этой статье мы доказали, что право на медицинскую помощь является элементом личных неимущественных правоотношений, которые регулируются таким же образом, как и другие личные неимущественные блага, а отношения по предоставлению медицинской страховки составляют объект гражданско-правового регулирования. Мы определили гражданско-правовые признаки правоотношений по предоставлению медицинской страховки. Также мы проанализировали различные научные мнения относительно места медицинских правоотношений в гражданском праве.

Ключевые слова: медицинская страховка, система здравоохранения, доктор, пациент, Гражданский кодекс Украины, Венгрия

Actuality of problem of the legal adjusting of Medicare is related to the different approaches of lawyers and doctors to understanding of different phenomena on granting Medicare with the simultaneous strengthening of legal control of quality of medical services, providing of defence of human rights at interference with the sphere of someone's health.

The analysis of current legislation, legislative practice, scientific researches testifies that quite a bit blanks are in adjusting of relations, related to providing of right on granting Medicare, and relations in the system doctor–patient need more detailed legal decision.

These days deep scientific researches about legal nature of relations and agreement on granting Medicare are absent which does not answer growth of necessities

* Buletsa Sibilla Bogdanivna is candidate of legal sciences, associate professor of department of civil law, vice dean of law faculty “Uzhgorod national university”.

of citizens on participating in these relations. Development of the private system of health protection also is a shove to expansion of market of granting medical services, and this point shows up the actuality of this article. The purpose of this article is a necessity to define nature of legal relationships on granting Medicare and find out their features.

Character of legal relationships in the field of granting Medicare is a debatable object. In legal literature one can find different points of view in relation to particular branch belonging of relations, related to the granting of Medicare. In opinion of I.A. Pokrovskiy, it is conditioned by the fact that in different epochs relations on health protection were regulated either by norms of public or private (civil) right.¹ Together with that a question of decision of a particular branch belonging of relations on granting of Medicare is important, as it determines legal position of subjects of relations, methods of the legal influencing on them, facilities of defence of the violated rights.

Civil legal relations, foremost, are the mean of adjusting of relations between the participants of civil relations, and that is why they come forward as civil relations well-regulated (well-organized) by the norms of right. Possibility of electing of that or other way is related to the fact that the civil legal method of the legal adjusting includes both dispositive and imperative elements.²

In dependence on functions and tasks, which appear before the certain field of law they can be divided into two basic kinds: 1) regulatory legal relationships are such legal relations through which the direct adjusting of public life — establishment of rights and duties is carried out and others like that; 2) protective legal relationships — the ones which „design” criminal, administrative, disciplinary and other types of legal responsibility, application of other legal approvals, — and are limited to this.³

In legal relationships, where civil law of the authorized personality (right on a health) is the main thing, which is answered by the duty of other person or persons not to violate this right (legal duty of passive type), the object of legal relationships in many cases has an independent value. Exactly in relation to it civil legal relationships are formed. Death of object means stopping or change of the proper civil legal relationships. For example, natural death of patient, in the case of granting of high-quality Medicare by the doctor which is the object of personal non property legal relationships means that regulative civil legal relationships stop existing. Death of patient, health and life of which is the object of the personal unproperty legal relationships because of the fault of other person (doctor), that is giving of low quality Medicare means that the regulative civil legal relationships of property change into the protective civil legal relationships of indemnification of moral harm.

1 Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. — М., Статут, 2001. — С.104.

2 Харитонов С.О., Старцев О.В. Цивільне право України. Підручник. — Вид. 2, перероб. і доп. — К.: Істина, 2007. — С.65–67

3 Скакун О.Ф. Теория государства и права: Учебник. — Харьков: Консум; Университет внутр. дел, 2000. — С.397; Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. — М.: Юристъ, 1999. — С.415

It is known that a health of man is the inalienable blessing which belongs to him since his birth until the moment of death. The activity on granting of medical services is directed on the health maintenance and restoration. An important role in adjusting of this activity is played by a civil law. In the Civil code of Ukraine it is represented in the article 901, which includes an agreement about granting of services. Unfortunately, it is not specified what types of services this article spreads on. Most research workers refer here medical services. In the Civil code of Russia in article 128 and 779.2 the institute of granting of requiring payment services is included in the circle of the legal adjusting, where medical services are directly attributed to the article of the legal adjusting. It is a first attempt in Russia to regulate medical services by a civil legislation as an independent type of services. To the signs of civil legal agreement one should refer the fact that mutual will of sides is expressed in an agreement, and also that it is the concerted actions of subjects, directed on achievement of certain civil legal consequences: origin, change, stopping of civil legal relationships.

In Civil Code of Hungary 6:487. § based Health Insurance contract of insurance in case of illness of the insured services specified in the contract to meet the commitment. Insurance services cover the reimbursement of expenses incurred in use when receiving healthcare services specified in the contract by healthy persons.⁴

Health is the basis of vital functions of personality and is the immaterial blessing, the right on which is constitutional. It is realized in a civil law as the equitable personal unproperty right law which is inseparable from the transmitter and can not exist outside them, and consequently is such which is not alienated.⁵ Although a right on the protection of life and health is absolute (it is referred to by the duty of unlimited circle of persons not to hinder realization of right), it does not eliminate the possibility of realization of separate plenary powers of transmitter of right by entering of subjects into absolute relationships with the elements of relative ones.

Thus, a health, which is the immaterial blessing, inseparable and inalienable from personality and can not be terminated by any grounds, comes forward as the object of civil legal relationships on granting of Medicare. The proprietor of right on health has a right to own, to use, to dispose his or her body, he can independently enter into relationships with other people on any terms. When a patient enters into contractual relations in relation to his health, he passes certain control over his or her body to medical establishment (to the doctor). The purpose of patient is to get certain positive changes of the state of health (recovery) or certain perfection of the body is (plastic operations), first of all to his or her opinion. Non-fulfillment of contractual obligations by medical establishment is the foundation for indemnification of moral harm to the patient.

4 Polgári Törvénykönyv: Törvény 2013 V évi // Электронный ресурс: [Режим доступа]: http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005.TV

5 Савицкая А.Н. Возмещение ущерба, причиненного ненадлежащим врачеванием./ А.Н. Савицкая. — Львов.: Изд.-во при Львов. Гос. Унив. «Вища школа», 1982. — С.31

Analysis of item 201 of Civil Code of Ukraine testifies that the personal unproperty blessings are the object of protective civil legal relationships, and relations which are formed in connection with the use of the personal unproperty blessings are the object of the civil legal adjusting. Thus the object of regulatory civil legal relationships are not unproperty rights by themselves, but conduct of people and relations of people, related to such rights, — with realization of own rights (rights on health) or with the observance of rights of other people (not to harm the health of other people).

It should be noted that in the days of existence of the soviet state, Medicare was given mainly free of charge, except for a small quantity of medical services, which made an exception from the general rule of free of chargeness of not only Medicare but also medical services. It resulted in the fact that some research workers, referred the relations concerning the granting of free Medicare to the administrative law. Administrative law nature of relations on granting of medical services was based on the fact administrative law norms prevailed in the Bases of legislation about a health protection in 1969. One refers the following features to the peculiarities of administrative law agreement: inequality in the legal field of participants of relations (relations of power and submission), adjusting of relations by the acts of state administration, administrative responsibility for non-fulfillment of contractual terms, administrative consideration of disputes.⁶ It should be noted that relations between a doctor and patient are built on principles of equality, a person can get paid Medicare if desired, and the free of charge Medicare here is an alternative which provides constitutional rights on life and health protection. In the noted relations both subjects — a patient and medical establishment are seen as levels which is the characteristic sign for civil legal relations. The signs of imperious submission are absent, a patient has the right to take part in his own treatment. In addition, Medicare can be given to a man only according to his or her desire, with the exception of cases when a duty to treat oneself is set by the law. Consequently, the reference of relations on granting of Medicare to the administrative law finds out their inconsistency with general principles of administrative law. According to A.M. Savickaya, a will of a man is judicial fact in case of occurring of relations on the granting of Medicare, the absence of which hinders the origin of these legal relationships.⁷ Within the limits of mutual relations of doctor (medical establishment) and patient, granting of Medicare, in particular its quality and volume, can be conditioned by the sum of the money prepaid by a patient (in the cases when one is talking about the granting of paid services).

E. Tolstaya notes that, taking into account a role and value, features and specific of medical activity, it should be noted, that relations between physicians and patients in most cases can not be well-regulated by the norms of civil law. Many-

6 Основы медицинского права: Курс лекций учеб. Пособие для вузов / Г.Р. Колоколов, Н.В. Косолапова, О.В. Никульникова — М.: Узд.-во «Экзамен», 2005. — С.44

7 Савицкая А.Н. Возмещение ущерба, причиненного ненадлежащим врачеванием./ А.Н. Савицкая. — Львов.: Изд.-во при Львов. Гос. Унив. «Вища школа», 1982. — С.116

sided activity of medical sphere also goes beyond the scopes of norms of social and administrative right. Taking into account such specific lines of Medicare, it comes to the conclusion, that there are grounds for official recognition of medical right as the independent field of law and that a sphere of health protection is a producer and guarantor of health as an economic resource. Health protection is instrumental in saving and recreation of basic creative force of society — person, its main “economic” value for society of long and complete capacity.⁸ Examining relations which are formed between medical establishment and patient, one should start from the fact that medical interference is always an interference into the sphere of private life. No economical tasks will be able to compel a man to rescue his own life or health, if he does not wish it. Therefore, in accordance with an article 3 of CC of Ukraine one of general principles of civil legislation is impermissibility of self-willed interference to the sphere of the personal life of man. The personal unproperty rights of physical personality, including the right for medical help, do not have economic content.

А.І. Савицка in her research marked that relations on the granting of Medicare were an object of civil legal regulation. Thus she derived it from the fact that the accomplishment of a certain need of a person is provided with the help of civil legal method of regulation of this group of relations.⁹ A.O. Sirotkina also supported an idea that characteristics of the civil law method of regulation are inherent to the relations on the granting of medical services. In particular, the patient and medical establishment as independent and even subjects are the participants of the relations. Thus the state which is allotted by the forced power does not take part in a legal relationship. For qualification of the noted relations as civil legal it is not important whether services are given due to facilities of patient, medical establishment, insurance organization or budget, as a source of financing is not the determining criterion of structure of relations between sides. While determining of the place of legal relationships in the system of legal regulations two basic descriptions are taken into account: method of construction of relations between subjects and method of their adjusting. The probed relations are built on equality of subjects with decentralization of relations. In addition, satisfaction of necessities of citizens in medical service takes place not only due to budgetary facilities. There exist paid clinics, health centers which give first aid, and other types of specialized help for the money of patients. One attributes these services to the subject of civil law.

Exploring legal nature of relations on granting of medical services, A.O. Sirotkina correlates the characteristics of service as object of civil laws with essence of medical service and comes to the conclusion about complete accordance of the noted categories. In fact a favour as family category is the object of civil law. In particular she attributes the granting of Medicare to the signs of medical service, which aim

8 Толстая Е. Медицинская деятельность, ее социально-экономический аспект и правовые основы регулирования. / Е Толстая. // Право Украины. — 2002.-№5. — С.15-17

9 Савицкая А.Н. Возмещение ущерба, причиненного ненадлежащим врачеванием./ А.Н. Савицкая. — Львов.: Изд.-во при Львов. Гос. Унив. «Вища школа», 1982. — С.29

is to improve the health of a patient and consists of activity of doctors and other medical personnel concerning diagnostics, electing of ways of treatment and conducting of treatment. The positive consequences of treatment can not be assured, as both the objective phenomena and properties of organism of patient influence them. Activity on the granting of medical services has property character, because it creates a certain economic effect such as satisfaction of people's needs on the receipt of skilled Medicare. Medical service is directly related to personality of a doctor, its quality depends on his level of knowledge, skills and qualification. And, finally, at the granting of medical service material result is absent in most cases.¹⁰

Strong and healthy physician–patient relationships are cornerstone of an effective health care system. Emerging Canadian jurisprudence has embraced this notion by continuing to emphasize their unique and “trusting” nature. While legal principles, such as fiduciary law, clarify the need for physicians to identify and address potential conflicts of interest, they also reemphasize the tensions that cost containment has placed on the medical profession. Indeed, Canadian physicians in the future might find themselves faced with financial incentives to incorporate resource allocation policies into their clinical decisions, scenario already faced by the many American physicians practising under managed care. Such developments create complex conflicts of interest that go to the heart of the traditional duties that flow from the physician–patient relationship.¹¹

One should mention that the right for medical help is regulated in article 284 of the Civil code of Ukraine, where it is noted that:

- a physical person has a right on granting of Medicare;
- a physical person who reached fourteen years and appealed for granting of Medicare has a right to choose a doctor and methods of treatment in accordance with his recommendations;
- the granting of Medicare of a physical person who reached fourteen years is conducted according to his or her will;
- an adult capable physical person who realizes the value of his or her actions and can manage them has a right to refuse treatment;
- in an emergency, at presence of the real threat to life of physical person, Medicare is given without the consent of physical person or his parents, guardians, trustees;
- Medicare is given to a child, regardless of his consent, consent of parents guardians;
- Medicare is given to an disabled physical person regardless of consent of guardian.

10 Сироткина А. О правовой природе договора оказания медицинских услуг — в кн.6 актуальные проблемы гражданского права: Сб. статей. — вып.8 / Под ред. О.Ю. Шилохвоста.- М.: Норма, 2004. — С.124

11 Timothy Caulfield. Legal aspects of the physician–patient relationship Considerations during health care reform in Canada./ Т. Caulfield. // Электронный ресурс: [Режим доступа]: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2255104/pdf/canfamphys00070-0015.pdf>

The rights on the attaining and saving the information concerning the patient information, the right of a patient who is on stationary treatment on socializing with the members of family, other public and private figures (notary, priest), other personal unproperty rights for a patient in the field of freedom and private life are closely connected with the mentioned above rights.

In relations on the granting of Medicare the obliged subject is medical establishment which can not accomplish its duty on the granting of Medicare out of legal relationship.¹² Thus, human rights, related to medical interference, surely, are the constituent of it private life, and relations on the granting of Medicare make the object of the civil legal adjusting. Conclusively, the public legal element exists in the noted relations, but it is in control from the side of the state on the state medical industry, its financing, observance of standards of quality of Medicare, introduction of the ramified system of medical establishments and others like that.

Thus, as a right for medical help is the element of the personal unproperty legal relationship regulated by an institute right on the unproperty blessings, relations on the granting of Medicare make the object of the civil legal adjusting.

Taking into account the above mentioned, one can select the followings civil legal signs of relations on the granting of Medicare:

1. Legal equality of sides, one of which is a patient and the other is a medical establishment, in contractual relations on the granting of Medicare and their non subordination to each other.
2. Free choice by the patient of a doctor and methods of treatment.
3. Presence in both sides of equitable civil rights and duties in the case of violation of which, there is possibility of application of civil liability and appeal to the court for the protection of the violated right.
4. Legal relationships on granting of Medicare are regulated by the norms of civil legislation and agreement.
5. The granting of Medicare has a purpose to improve the health of a patient and its restoration, which depends on the level of knowledge and experience of a doctor.
6. A positive result of treatment can not be fully assuredly by a doctor or medical establishment, a result depends on the individual features of body of a patient.
7. A material and property result is absent at the granting of Medicare.
8. The state does not take part and does not interfere in legal relationships between a doctor and patient.

12 Савицкая А.Н. Возмещение ущерба, причиненного ненадлежащим врачеванием./ А.Н. Савицкая. — Львов.: Изд.-во при Львов. Гос. Унив. «Вища школа», 1982. — С.32.

FEATURES OF THE LEGISLATION OF THE RUSSIAN FEDERATION AND THE EUROPEAN UNION IN TERMS OF THE LAW OF SUCCESSION

Elena Vladislavovna KOSENKO, Candidate of Jurisprudence.
Associate professor of Civil and Family law Department.
(Saratov State Academy of Law)

The scientific article is an analytical review of existing rules of inheritance law of the Russian Federation and some countries of the European Union. A generalization rules revealed some differences in the solution of certain legal issues. The scientific article is addressed to scientists, jurists, however, will be interesting for a wider audience.

Keywords: heirs, inheritance, spouse inherited debts.

Настоящая научная статья представляет собой аналитический обзор существующих правовых норм в области наследственного права Российской Федерации и некоторых государств Европейского Союза. Обобщив эти правила, мы выявили некоторые различия в разрешении определённых правовых проблем. Эта научная статья адресована учёным и юристам, но вместе с тем может представлять интерес и для широкой аудитории.

Ключевые слова: наследники, наследство, передаваемые супругам долги

From a scientific point of view the current stage of development rights is characterized by increased attention to the comparative characteristics of Russian and international law. However, if we previously observed the trend of exaggeration of the role and focused on the special status of “developed” legislation in Europe, today the Russian researcher sees the absolute progress of domestic law. Moreover, we can declare that some civil norms of the Russian law are the most responsible the democratic principles: equality, justice, integrity, and others.

Let us pay attention to the rules of succession to be in force in the Russian Federation, France and Germany.

Civil Code of Russia contains a rule that is included in the estate property, including property rights, which are owned by the testator at the time of death. Commitments inextricably linked to the identity of the testator are not included in the estate.¹

Inheritance law in France includes estate donated to the heirs in the inherited estate. That is, if the heir during the lifetime of the testator received from him a gift

1 The Civil Code of the Russian Federation (part three) of 26 November 2001. №146–FZ, as amended. Federal Law of 5 May 2014 // Collection of Laws of the Russian Federation. 2001. № 49. Art. 4552; Rossiyskaya Gazeta dated May 07, 2014. №101

it must be returned to the hereditary mass, and it is also taken into account when determining the value of the inheritance. While in favor of the heir to the legacy set, it also provides an advantage to the former present in the composition of their hereditary share.

There is a significant difference of French inheritance law on the definition of marital share in determining the hereditary mass. First of all, we note that the spouse is a special separate category heir. For a long time the husband was not a heir at all, as it was common concept according to which the inheritance is assumed to belong to blood relatives only. Only with the adoption of the Law number 2001–1135 dated December 3, 2001, the power of husband has changed significantly.²

Since that time the husband was included in the heirs, he was guaranteed the right to housing and the right to alimony (although this point is not entirely clear as to the current Russian legislation, because alimony can be recovered only from living persons).

Now, the spouse has the right to choose between the right to use all property and the right of entry into the inheritance on $\frac{1}{4}$ hereditary mass. At the same time, the spouse is entitled to demand the transformation of the right to use in the contractual rents. In other words, the surviving spouse has the right not to use the property, but to demand from other heirs lifelong benefits (as if he transferred the property to the contractual rents).³

In contrast to these regulations, the German Civil Code provides for the addition of registered marriages and the state recognizes the so-called partnership — cohabitation and conducting joint management by two persons. And in the first and — the second case, a roommate is the successor of the first phase, as well as a spouse in a registered marriage.

German Civil Code §1933 also contains a rule according to which the surviving spouse is generally excluded from the heirs, if at the time of making the will there existed conditions for divorce and the testator asked for divorce or agreed to divorce.⁴

We must pay attention to the position of the German Civil Code §1963. According to it, if at the time of opening the inheritance the birth of an heir is being awaited, the mother of the heir, if she is not able to support herself has the right to request the maintenance at the expense of the entire estate, or only a fraction of that owed to the future

2 See: Rostovtseva NV Property rights of juveniles: Development Trends inheritance laws of Russia and France. URL: http://www.juristlib.ru/book_7407.html (date of treatment 04.24.2015).

3 For details, see Voir : P, J. Goubaux Civil Law, Private notary law. Modes of property relations between spouses. Inheritance by law — gratuitous transaction (the will. Giving) / Pierre Voir Gilles Goubaux (translated from French. Societe de traduction ALPHATRADE). M., 2007, pp 151–168.

4 Civil Code of Germany — Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz: input. to the Civil Law. ulozheniju; per. with it. / (B. Bergmann, enter., Ed.): Scientific. Editors — AL Makovski (etc.) — 2 ed. ext. — M., 2006.

heir. At the same time based on the fact that only one heir is born. This rule seems to us amazing due to the fact that modern methods of determining fetal allow to establish with precision how many heirs will be born.

In accordance with the civil law of France, children born in and out of wedlock have equal rights when entering into the inheritance. However, this rule has been established recently — only in 2001, already referred to us by the law (which established the right of a spouse to be the heir). For the first time in France, illegitimate children were included in the list of heirs by the law of 25 March 1896, but they were limited in their rights and could only get a tenth of what was owed to the heir under the law establishing the relationship. According to Act of January 3, 1972, these differences were partly abolished. Illegitimate children were increased share in the inheritance, but they — were still more disadvantaged than legitimate children.

In accordance with Russian legislation, the heirs must apply to a notary for entry into the inheritance within six months after its opening. This rule is optional, as is allowed so-called actual entry, but in this case the heir has problems with registration documents of title to the objects included in the succession mass. In these cases, the heir is usually forced to apply to a court to establish the actual entry into the inheritance as notaries refuse to issue a certificate of inheritance due to the passage of six months.

French law provides for several other rules. While that may be the actual entry into the inheritance rights and direct expression of will by appealing to the notary, other terms for heirs are established. The heir shall, within three months after the opening of the succession to make an inventory of the property with the consent of the judge (i.e. the court is informed about the opening of the inheritance). Further more the heir is given 40 days to think (that is to make a decision: whether to accept the inheritance). During this period, creditors must declare all the debts of the testator to be the heir to repay. After this period, the heir must make a decision and creditors, if he accepted the inheritance require payment. If creditors are not announced as the heir, though it continues to use the property is not carried out (that is not issued), his choice, after thirty (30!) years is considered to have waived inheritance (st.789 Civil Code of France).

German law establishes a shorter period for entry into an inheritance and the refusal of it — just six weeks. At the same time, if the heir decided to abandon the inheritance, he must apply to the court for probate. The Court draws special application protocol and informs the other heirs about the refuse, so that they could take inheritance §1944–1945 §1953.

We must note here an interesting feature that distinguishes the norms of Russian and French inheritance law of succession. Thus, in accordance with the provisions of the Civil Code, the heir is liable for the debts of the testator only to the value of inherited property. While the French law of succession does not contain such a general rule. On the contrary, the heir has to make effective measures: consult with the requirement of entry in the register of the Office of the High Court at the place

of the inheritance. Heir submits to the court an inventory of the hereditary mass, because up to this point it is considered that his property and hereditary mass are “mixed” and now the lenders may foreclose on the entire property. It is for the implementation of the possibility of excluding from his property “mixed” with hereditary he must perform these steps. The civil law of Germany is quite different. According to subsection 3 the heir is imposed with such serious responsibilities that can not help think that he is in a less advantageous position than the creditors themselves. Thus, the heir is liable for the debts of the testator to the value of inherited property, if voluntarily establishes guardianship over inheritance (some rules stated: legacy management) or it will be sued about the failure of estate (that is, recognized that its value is not enough to cover all debts).

At the same time, the heir is considered as an attorney of the creditors and must first take care of their interests. Even if the heir of the estate started ruling after another heir (for example, first refused the inheritance), it is considered in relation to the creditors to act without orders for the entire period prior to its management. If the heir becomes aware that the hereditary mass is not enough to repay the debt, he shall immediately report it to the court about the insolvency of estate. He is thus removed from the control and further actions to meet creditors' claims are made by a designated manager.

Moreover, if the hereditary mass is so insignificant in value that it is not enough for this management (in fact a professional manager must obtain and reward), it becomes the property of the lender and without control by force. But the most stringent requirement to the heir contains §1992 according to which even if the value of inherited property is not enough to pay off the creditor's claims and, in fact there will be no successor of any — or whether the inheritance, he must fulfill the established testament legacies and laying.

Civil Code of Germany also contains provisions according to which the State is encouraged to take inheritance in the absence of heirs under the law and under the will. However the “reasonable time” was established to identify the heir (the exact date is not set, despite the fact that as a general rule you need to start a legacy for six weeks). Court of probate has to make a public offer to a statement of their rights (as defined by the law in printed, and now the electronic edition) and if the heir did not respond, the court determines that the property is transferred to the treasury. If the value of the property is so small that will not cover the costs of a public offering of the statement of its rights, the court is released from this obligation (§§1964–1966).

German Civil Code does not contain specific rules of inheritance of land. A few paragraphs provide encumbrance inherited land (for example: rent, mortgage, servitude, other real rights). There is a clear rule of encumbrance things, known since ancient Roman law, namely: the right follows the thing. The rules of succession lay the obligation to the heir of Germany to respect previously imposed encumbrances (§§2135, 2166–2168).

THE COMPARATIVE ANALYSIS OF JUDICIAL PRACTICE IN FRANCE, THE UNITED KINGDOM AND GERMANY IN QUESTIONS OF LIABILITY IMPOSITION WITHIN THE INFRINGEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Galyna MYKHAILIUK, PhD, Associate Professor
International Law Department National University "Kyiv–Mohyla Academy"

The recent national court decisions of Member States and their correlation with corresponding European Court of Justice decisions, legislative EU database as to the protection of trademark proprietors' rights in advertising through the Internet have been analyzed in the article. The comparative table of judicial analysis has been presented.

Keywords: liability, trade mark, advertiser, infringement, competition.

В статье проанализирована национальная судебная практика государств–членов ЕС, а также соответствующая практика Европейского Суда, законодательная база ЕС относительно защиты прав собственников торговых марок при рекламе через Интернет.

Ключевые слова: ответственность, торговая марка, рекламодатель, правонарушение, конкуренция.

Differences in the advertising legislation of Member States «have direct effect on the smooth functioning of the internal market» and can cause negative influences on the free circulation of goods and services, as well as deceive businesses around the EU.¹ As mentioned in the Preamble of Directive 2006/114/EC «misleading and unlawful comparative advertising can lead to distortion of competition within the internal market».² That is why a comparative analysis of keyword advertising liability in different Member States should be conducted, since the extant differences in legislation might be the root of the problem.

The author agrees with Bernarz and Waelde that consumer confusion is «the touchstone of liability»³ and also one of the reasons why the problem in question has

1 Directive 2006/114/EC concerning misleading and comparative advertising. — [Electronic source]. — Available at: http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_information/l32010_en.htm

2 Ibid.

3 Bednarz T., Waelde C. Search Engines, Keyword Advertising and Trade Marks: Fair Innovation of Free Riding? in Edwards L., Waelde C. Law and the Internet. / L. Edwards, C. Waelde. — [Third Edition]. — London: Hart Publishing, 2009. — P. 271.

arisen. It is essential for trade mark proprietors to protect their trade marks from improper advertisement and the possible confusion of clients.

The aim of the present paper is to trace the phenomenon of the shifting liability of Internet Service Providers (ISPs) and keyword advertisers across the EU and to identify the advantages and disadvantages of this fluctuation for consumers in each country.

The popularity of Google among Internet users led to advertisers desiring to be top ranked on the first page of the search results. While bidding for a keyword, some advertisers tend to replicate a trade mark sign/slogan of a well-known competitor, in order to construct an imaginary connection to the official website, or one closely connected to the famous competitor. The opportunity to land in one of the highest-ranked positions has a significant influence on a company's profit. This situation led to a number of claims against ISPs.

Judicial practice among EU Member States differs significantly, as regulations controlling internet infringement liabilities are country-specific. Most of the courts considered the use of a sign in the course of trade as the yardstick. On the question of the resulting consumers' confusion caused by the use of a brand's symbol, courts' opinions also vary.

The increase in the number of cases against keyword advertisers and ISPs is caused by the anxiety of trade mark owners to prevent harmful effects on their reputation and profit margin, as a consequence of misleading advertisements and proposed goods of distinctly lower quality.

UK is the country with the least number of cases concerning keyword advertising disputes. The leaders in this area are France and Germany, where the majority of EU decisions on the subject was taken.

The author of the present paper is largely in agreement with Seville that the E-Commerce Directive (ECD) has the strongest impact on ISPs liability.⁴ In particular Art.12-14 stipulates liability exemptions and Art.15 deals with the monitoring of obligations. In the most recent decisions, the Supreme Courts of Member States adopted the ECJ's decision in *Google France* applying the limited liability rules established by the ECD.⁵ As a consequence, it is likely that ISPs will «enjoy limited liability if their activities are neutral, or passive, in respect of the infringement at stake».⁶ Following from Seville's point of view, there is a general argument that ISPs are immune from liability, i.e. they are not liable for the content of the information they transmit, because they act as a «mere conduit».⁷ Additionally, they cannot be held liable for the storage

4 Seville C. EU Intellectual Property Law and Policy: Monograph. / C. Seville. — Chentelham: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. — P. 47 — 49.

5 (C 236/08 — C 238/08) *Google France Sarl v Louis Vuitton Malletier SA* [2011] ECR I-2417.

6 Matulionyte R., Nerisson S. The French route to an ISP safe harbor, compared to German and US ways / R. Matulionyte, S. Nerrison // *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. — 2011. — № 42 (1). — P. 66.

7 Seville C. EU Intellectual Property Law and Policy: Monograph. / C. Seville. — Chentelham: Edward Elgar Publishing Limited, 2010. — 48 p.

of information at the request of the advertiser, unless they know about the unlawful character of that information or the advertiser's activity and do nothing to prevent its dissemination. It is worth underlying that ISPs have «more practical power than right holders to address the infringement of intellectual property rights in material found on sites which they control».⁸ While conducting their business ISPs have no obligation to monitor the dispatched information or to investigate illegal actions, as their service is of a «mere technical, automatic and passive nature».⁹ Conversely, they have to inform the authorities about any wrongdoings that they discover, made by the recipients of their service. As a result, by assisting in the creation of the ad copy for keyword advertisers, ISPs have hidden for a safe harbour and have largely escaped liability.

In spite of the content of Art.12–14 ECD, courts can still order ISPs to «terminate or prevent an infringement».¹⁰

In brief, as follows from the *Google France* ruling,¹¹ an ISP, who conserves symbols/phrases of registered brands as keywords and displays them upon request, does not use that symbol/phrase in compliance with Art. 5 (1)(a) TMD (Trade Marks Directive 89/104/EEC).¹² It is essential, however, to differentiate between trademarks owners within the keyword advertisement copy.¹³

As can be seen from the ECJ judgement, the Court preferred to answer only questions put forward by La Cour de Cassation. It is for this reason that no comprehensive solution on keyword advertising legality in the EU has been found. The most important aspect of this judgement was that all three issues were decided in favour of the ISP. Hence, they are held not liable for the use of brands' signs by third parties. A parallel decision was made in July 2010 regarding the *Portakabin v Primakabin* case.¹⁴

Prior to the aforementioned decisions, the national courts of Member States adopted diverse approaches and rulings on the cases of keywords use by third parties. Nevertheless, at present, national courts still have an opportunity, left open by the ECJ, to reconsider the liability of ISPs.

Under the French judicial practice courts of jurisdiction may not adhere to upper courts' judgement. As a consequence, under the influence of the ECJ's decisions, Google decided to change its policy for AdWords.

8 *ibid.*

9 (C 236/08 — C 238/08) *Google France Sarl v Louis Vuitton Malletier SA* [2011] ECR I-2417, para 113.

10 McMahon B. Imposing an obligation to monitor on Information Society service providers / B. McMahon // *Computer and Telecommunications Law Review*. — 2011. — № 17(4). — P. 93; (I ZR 35/04) *Internet Auction II* [2007] ETMR 70.

11 (C 236/08 — C 238/08) *Google France Sarl v Louis Vuitton Malletier SA* [2011] ECR I-2417.

12 Trade Marks Act 1938. — [Electronic source]. — Available at: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1938/22/pdfs/ukpga_19380022_en.pdf

13 Goldman E. Google Gets Favourable ECJ Opinion, But Will It Prove to Be a Hollow Victory? / E. Goldman // *Technology & Marketing Law Blog*. — 2010. — [Electronic source]. — Available at: http://blog.ericgoldman.org/archives/2010/03/google_gets_fav.htm

14 (C-558/08) *Portakabin Ltd v Primakabin BV* [2010] ETMR 52

Under the UK Trade Marks Act 1938 (repealed 31 October 1994) there was a general view that a descriptive use of a trade mark could exist, which would not infringe the trade mark proprietor's rights.¹⁵ Additionally, English courts tend to adhere to the view that using a trade mark sign in keyword advertising does not imply its «use in the course of trade» and, thus, there is no trade mark infringement. In 2008, UK courts were given their first opportunity to adjudicate on a keywords advertising case in *Wilson v Yahoo!*, where the French approach was imitated.¹⁶

Nowadays, there are limited liability rules, or as they are called «safe harbours» regulating an ISP's liability, which are implemented both in the EU and the US. A lot of grey areas, nevertheless, persist.

As McMahon affirms, a number of cases were referred recently to the ECJ regarding the monitoring responsibilities of ISPs under Art. 267 TFEU.¹⁷ In the UK case *L'Oreal v eBay*, where the Internet auction operator booked the «L'Oreal» keyword and used it on its website for advertisements of third parties, the trade mark proprietor sought to impose an injunction under Art. 11 of Directive 2004/48/EC to protect itself from possible future infringements.¹⁸ On 9 December 2010, the Advocate General commented that infringement under Art. 14 of ECD denoted «past or present infringements but not from the future».¹⁹

In the legal practice of Germany, keyword advertisers are predominately the defendant. The author of this paper disagree with the point of view put forward by Bednarz and Waelde that even if the ISP was the respondent, there would be no case where they would be found liable.²⁰ These scholars offer several explanations for this. It is commonly believed that the ISP, and the author of the present paper supports this point of view, merely provides a virtual reality, where the keyword advertisers themselves are responsible for the decision to buy and use a certain keyword. It is practically impossible for the ISP to observe and check the origin of every keyword, as millions of advertisers use the system every day. The author, however, can provide examples of several German cases where the court held that the ISP could be held

15 Trade Marks Directive 89/104/EEC. — [Electronic source]. — Available at: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0104:en:HTML>.

16 *Wilson v Yahoo! UK Ltd* [2008] EWHC 361 (Ch).

17 McMahon B. Imposing an obligation to monitor on Information Society service providers / B. McMahon // *Computer and Telecommunications Law Review*. — 2011. — № 17(4). — P. 93 — 96; Treaty on the Functioning of the European Union 01.12.2009. — [Electronic source]. — Available at: <http://www.vilp.de/localization?id=1458&lang=de>

18 Directive 2004/48/EC on the enforcement of intellectual property rights. — [Electronic source]. — Available at: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0048:EN:NOT>

19 McMahon B. Imposing an obligation to monitor on Information Society service providers / B. McMahon // *Computer and Telecommunications Law Review*. — 2011. — № 17(4). — P. 96.

20 Bednarz T., Waelde C. Search Engines, Keyword Advertising and Trade Marks: Fair Innovation of Free Riding? in Edwards L., Waelde C. *Law and the Internet*. / L. Edwards, C. Waelde. — [Third Edition]. — London: Hart Publishing, 2009. — P. 280.

liable as an accomplice to trade mark infringement.²¹ In fact, in *Internet Auction II*²² the ISP was held liable for its inactivity after receiving a notice about an infringement.²³ Thus, ISPs could be held liable for the non-prevention of overhanging possibility of infringement or its reiteration.

On the contrary, in the Belgian case *Lancôme v eBay* the court held that the ISP had no responsibility to avert the infringement.²⁴

An additional argument can be found in the existence of *Störerhaftung*. This refers to the liability which is a corollary of Internet law, when two people are held liable: a «person who commits a trade mark infringement» and a «person who causes a disturbance to the trade mark owner's rights».²⁵

The point of Schaefer's article seems to be that the actions of ISPs have practical value when they result in trade mark infringement. To cut a long story short, the ISP can be found liable only in conjunction with the advertiser.²⁶

The assumption being made by Matulionyte is that German liability standards seem to be higher than their French equivalents. The reason for this is a principle of acquiescence, whereby anyone who, consciously or by accident, facilitates an infringement is liable, as they have acquiesced to the act and have defaulted on a monitoring duty. The essence of this monitoring duty is to take «technically and economically possible and reasonable measures» in order to prevent the infringement.²⁷ Hence, there is a link between liability and monitoring duty in the German court practice. Thus, the ECJ in *Google France* stated that the ISP is not liable and is also immune from secondary liability if their role is passive and if they exercise no control over the keyword advertising.²⁸ After the ISP is notified about a content of infringement though (Art. 14 ECD), it must check this immediately in order to prevent future infringements.

In French legal practice the ISP is the main defendant. Trade mark proprietors have received large sums for compensation from ISPs in all legal disputes that were decided in their favour. A good example is the *Google France* case, where the ISP was ordered to pay 300.000 Euro²⁹. This discrepancy can be explained by several

21 *Montres Rolex SA v Ricardo.de AG* [2005] ETMR 25

22 (I ZR 35/04) *Internet Auction II* [2007] ETMR 70

23 *ibid.*

24 *L'Oreal SA v eBay International AG* [2009] ETMR 53

25 Bednarz T., Waelde C. Search Engines, Keyword Advertising and Trade Marks: Fair Innovation of Free Riding? in Edwards L., Waelde C. Law and the Internet. / L. Edwards, C. Waelde. — [Third Edition]. — London: Hart Publishing, 2009. — P. 280.

26 Schaefer M. Kennzeichenrechtliche Haftung von Suchmaschinen für AdWords — Rechtsprechungsüberblick und kritische Analyse / M. Schaefer // Multimedia und Recht. — 2005. — № 8. — P. 808.

27 Matulionyte R., Nerisson S. The French route to an ISP safe harbor, compared to German and US ways / R. Matulionyte, S. Nerisson // International Review of Intellectual Property and Competition Law. — 2011. — № 42 (1). — P. 66.

28 (C 236/08 — C 238/08) *Google France Sarl v Louis Vuitton Malletier SA* [2011] ECR I-2417.

29 *Ibid.*

reasons. First of all, it was Google who created AdWords and received a respectable yearly income of it. Secondly, Google plays an active role in choosing the keywords. In the French Courts of First Instance, in all three cases it was ruled that the ISP was liable for brand infringement under both TMD and CTMR (Community Trade Mark Regulations 2006 No. 1027).³⁰

The French Freedom of Communication Act 2000 in Art. 43–48 states that ISPs are «liable for damages or infringements in respect of contents they host only when they did not diligently impede the access to this content after having been requested to by a judiciary authority».³¹

What is more, Art. L. 713–3 of the Intellectual Property Code of France stipulates that:

«The following shall be prohibited, unless authorised by the owner, if there is a likelihood of confusion in the mind of the public: (a) The reproduction, use or affixing of a mark or use of a reproduced mark for goods or services that are similar to those designated in the registration; (b) The imitation of a mark and the use of an imitated mark for goods or services that are identical or similar to those designated in the registration».³²

In the case of *Google France*³³ the ISP retorted that it was «neither the author nor co-author of the advertisements using the trade marks» i.e. keyword advertisers, as the proprietors of the linked websites, should be liable for the trade mark infringement.³⁴

However, the Court of First Instance did not take into account Google's arguments and held it liable for trade mark infringement, precisely because the ISP received profit from a trade mark sign, which was used for advertising fake products. Furthermore, while typing the word «imitation» AdWords nominated «imitation Louis Vuitton».³⁵ Finally, the ISP was held liable for allowing the usage of signs of already registered trade marks.

Google has developed a function of keyword suggestions offered to users, which exploits algorithmic formulas. This process has led to situations whereby, while typing keywords corresponding to the names registered as brands, Google Suggest displayed

30 Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. — [Electronic source]. — Available at: http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/data_protection/l26053_en.htm; Community Trade Mark Regulations 2006 No. 1027 — [Electronic source]. — Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2006/1027/body/made>

31 Matulionyte R., Nerisson S. The French route to an ISP safe harbor, compared to German and US ways / R. Matulionyte, S. Nerrison // *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. — 2011. — № 42 (1). — P. 59.

32 Intellectual Property Code of France 1992. — [Electronic source]. — Available at: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=1560>

33 (C 236/08 — C 238/08) *Google France Sarl v Louis Vuitton Malletier SA* [2011] ECR I–2417.

34 Blakeney S. Keyword advertising: will the ECJ provide an answer? / S. Blakeney // *Computer and Telecommunications Law Review*. — 2008. — № 14(8). — P. 210.

35 Ibid.

the results together with words such as «rape», «satanic», «prison» and others. The ISP argued that these search results could not be considered slanderous, as they were generated automatically by the service and without any human input. Subsequently, however, the ISP and its executive director were held liable for slanderous «search suggestions» and «defamation against individuals under the French law».³⁶ The decision was appealed on the grounds of the technically neutral character of Google's services with reference to the *Google France* judgement.³⁷

Following the work of Lemperiere, the author of this paper concurs that it is hard for legislators to create new regulations that will be kept up-to-date with technological innovations. The cost of some of these innovations overtops the amount of the fine imposed by the court. As a result it is more comfortable for ISPs to allege on the neutral character of service than to divulge the principles upon which its algorithms are based. The tendency to put the onus of evidence on the respondent, however, makes the protection of ISPs more complex.³⁸

It should be kept in mind, however, that the placement of new filtering programs can deprive ISPs of their exemption from liability, as «mere conduits».

Additionally, copyright law in Art.8 (3) of Directive 2001/29/EC specifies that mark rights holders should have the opportunity «to apply for an injunction» against ISPs, if their services are used by third parties to violate intellectual property rights.³⁹

To conclude, both the German and French Supreme Courts, in the number of cases they have tried, have proven reluctant to apply EU safe-harbour provisions, and are keen to find ISPs liable under the most stringent national laws. As a result, the application of safe-harbour provisions differs between Member States: attention no longer focuses on whether these provisions are applicable, but on the ways they can be applicable.⁴⁰

Not all French decisions are similar, however, as will be explained in the following discussions.

Member States interpret Art.15 of ECD differently: in Germany ISPs have to have regular inspections of the data they provide; in France «the court denied the ISP the benefit of Art. 15» in Belgium the observing functions of ISPs are forbidden.⁴¹

36 Lemperiere M., Jobard A. 'M.X... v Google Inc., Eric S. and Google France' (Case Comment) / M. Lemperiere, A. Jobard // *European Corporate Lawyer*. — 2011. — № 11(1). — P. 4 — 5.

37 (C 236/08 — C 238/08) *Google France Sarl v Louis Vuitton Malletier SA* [2011] ECR I-2417.

38 Lemperiere M., Jobard A. 'M.X... v Google Inc., Eric S. and Google France' (Case Comment) / M. Lemperiere, A. Jobard // *European Corporate Lawyer*. — 2011. — № 11(1). — P. 5.

39 Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. — [Electronic source]. — Available at: http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/data_protection/l26053_en.htm

40 Matulionyte R., Nerisson S. The French route to an ISP safe harbor, compared to German and US ways / R. Matulionyte, S. Nerisson // *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. — 2011. — № 42 (1). — P. 73.

41 McMahon B. Imposing an obligation to monitor on Information Society service providers / B. McMahon // *Computer and Telecommunications Law Review*. — 2011. — № 17(4). — P. 96.

The comparative judicial analysis can be presented in Table 1.

In conclusion, it is essential to highlight that from the author's point of view, it is not right for a company to escape liability, offering its services from a particular EU country with favourable legislation, while others have to suffer financially for its misdeeds. It may turn out that business structures will move to particular countries under the sole purpose of escaping liability. For the moment, French and Belgian legal practice recognise the use of trade mark signs by a competitor as trade mark infringement, in comparison to the UK and Germany, where no unlawful use is normally considered. The relevant policy should be uniform across the EU, much in the spirit of the original goals behind the Union's creation.

The disparities between Member States' law lead to the comfortable positioning of ISPs in particular countries, rather than others, precisely on account of their favourable regulations in regard to keyword advertising. The same situation can be observed in Copyright Law and Google Books Search, as pointed out by Waelde.⁴²

To conclude, it is obvious that the regulation of relationships between keyword advertisers and trade mark owners is essential for the smooth running of the domestic market.

42 Bednarz T., Waelde C. Search Engines, Keyword Advertising and Trade Marks: Fair Innovation of Free Riding? in Edwards L., Waelde C. Law and the Internet. / L. Edwards, C. Waelde. — [Third Edition]. — London: Hart Publishing, 2009. — 258 p.

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 II)



Abdelaziz MUKHTAR, doctorand, ULIM

Recenzent: **Natalia OSOIANU**, doctor în drept, conferențiar universitar ad interim

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.

D. Infrastructură și rețele

Pentru ca integrarea comercială și economică regională să fie eficace, sunt necesare legături de infrastructură și logistică regionale, precum și un mediu propice operatorilor comerciali. Inițiativele în domeniul infrastructurii trebuie să meargă în paralel cu reformele care vizează promovarea facilitării schimburilor comerciale, un sistem de reglementare mai bun și mai echitabil, precum și liberalizarea și integrarea sectoarelor de servicii regionale (transport și servicii de telecomunicații etc.).

Transporturile

În domeniul transporturilor, dezvoltarea rețelei trans-Maghreb rămâne o prioritate. Această rețea va constitui o parte din viitoarea rețea de transport transmediteranean, dezvoltată în cadrul cooperării euromediteraneene (EuroMed). Rețeaua trans-Maghreb va constitui o axă vitală a dezvoltării comerțului intraregional și va oferi operatorilor economici și cetățenilor de pe ambele țărmuri ale Mediteranei numeroase legături. Deschiderea frontierei terestre dintre Algeria și Maroc ar fi

esențială pentru finalizarea autostrăzilor trans-Maghreb și, prin urmare, pentru dezvoltarea comerțului și a contactelor interpersonale.

Pentru a accelera progresul în dezvoltarea rețelelor de transport, sunt indispensabile eforturi coordonate ale rețelelor și structurilor regionale și subregionale, cum ar fi EuroMed, grupul miniștrilor transporturilor din Mediterana de vest (GTMO 5+5), UMA, UpM, precum și instituțiile financiare.

În sectorul aviației, a fost promovată integrarea mai strânsă cu vecinii UE în scopul creării unui spațiu aerian comun european mai amplu. Țărilor din Maghreb li s-a propus, de asemenea, crearea unui spațiu aerian mediteraneean comun.¹

UE poate:

- ✓ sprijini pregătirea de studii și proiecte eligibile pentru finanțare, precum și programe de asistență tehnică și promova o coordonare mai strânsă între actorii relevanți în ceea ce privește dezvoltarea rețelei trans-Maghreb, a legăturilor maritime UE-Maghreb și a spațiului aerian mediteraneean comun;
- ✓ promova dezvoltarea de legături maritime în conformitate cu conceptul „autostrăzilor maritime“, în scopul de a îmbunătăți și mai mult legăturile de transport între UE și țările din Maghreb și în interiorul regiunii Maghreb, printr-o mai bună conexiune cu rețeaua transeuropeană de transport și rețelele trans-Maghreb;
- ✓ dezvolta spațiul aerian comun european prin negocierea unor acorduri de servicii aeriene cu unele țări din Maghreb, după cum este deja cazul cu Marocul;
- ✓ utiliza în continuare Facilitatea de investiții pentru vecinătate în scopul mobilizării de fonduri suplimentare pentru a acoperi nevoile de investiții ale regiunii în privința infrastructurii de transport, în special prin mobilizarea asistenței tehnice și a finanțării în vederea completării tronsoanelor lipsă din autostrăzile trans-Maghreb, mai ales a punctelor de trecere a frontierei;
- ✓ sprijini în continuare utilizarea, dezvoltarea și implementarea sistemelor inteligente de transport interoperabile;
- ✓ încuraja agențiile europene care au activități în domeniul transporturilor, astfel cum este deja cazul în domeniul aviației, să furnizeze, în cadrul mandatului lor, sprijin tehnic, inclusiv prin intensificarea schimburilor de experiență între țările din Maghreb.

Societatea informațională și rețele

Deși în cursul revoluțiilor din lumea arabă au fost utilizate la scară largă instrumente de informare populare, Maghreb este o regiune în care accesul la internet variază în continuare de la un procent de 5,5 % până la 34 % în Libia și Tunisia (nivel în continuare scăzut, după standardele internaționale). Infrastructurile TIC depășite și cadrele de reglementare împiedică țările să beneficieze pe deplin de avan-

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 18.03.2015).

tajele societății informaționale și de potențialul de productivitate al TIC. În plus, liberalizarea întârziată a serviciilor de telecomunicații poate crea obstacole serioase în calea integrării comerciale regionale mai aprofundate.²

UE poate:

- ✓ furniza asistență tehnică care să vizeze nevoile specifice ale Maghrebului în domeniul apropierii reglementărilor, prin schimburi de bune practici;
- ✓ sprijini cooperarea între autoritățile de reglementare din UE și Maghreb;
- ✓ sprijini studiile privind impactul economic și juridic al revizuirii cadrului de reglementare, la nivel național și regional, pentru comunicațiile electronice și activitățile economice electronice (e-business);
- ✓ lua în considerare întreprinderea de acțiuni menite să îmbunătățească conectivitatea regională și să sprijine consolidarea capacităților mediului de cercetare, precum și dezvoltarea și utilizarea unor infrastructuri electronice regionale.

Energie

UE și Maghreb sunt parteneri vechi în sectorul energetic (comerț cu petrol și gaz, conducte, dezvoltarea de hidrocarburi, de exemplu în Algeria și Libia, interconexiune sincronă a rețelelor de energie electrică, fluxuri de energie electrică spre Maroc). Pe baza acestei cooperări, în prezent există o perspectivă concretă de a crea un sector energetic integrat prin intermediul unui parteneriat aprofundat, vizând pentru început energia din surse regenerabile, eficiența energetică sporită și dezvoltarea unei piețe integrate a energiei electrice, de care ar profita atât Maghrebul, cât și UE. Un astfel de sector ar putea contribui la obiectivele mai largi de a încuraja schimburile comerciale intra-Maghreb și UE-Maghreb/Mediterană. Ar putea, de asemenea, contribui la realizarea obiectivelor UE în ceea ce privește dezvoltarea energiei din surse regenerabile după anul 2020. Investițiile pe scară largă în domeniul energiei din surse regenerabile, inclusiv în capacitatea de producție de energie electrică de rezervă la nivelul Maghrebului, ar crește totodată securitatea energetică. La rândul lor, aceste investiții vor contribui la stimularea creării unui număr mare de noi locuri de muncă, printre altele prin dezvoltarea industriilor locale de energie regenerabilă, a cercetării și inovării, a competitivității internaționale, a calității aerului și a sănătății. Investițiile ar contribui, de asemenea, la eforturile de a combate schimbările climatice și la punerea în aplicare a strategiilor de dezvoltare cu emisii reduse de dioxid de carbon. O piață maghrebiană a energiei, alimentată din ce în ce mai mult de energie din surse regenerabile, ar reduce treptat factura de import pentru importatorii de energie și ar acorda producătorilor de hidrocarburi o flexibilitate suplimentară în utilizarea propriilor rezerve.³

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 21.03.2015).

3 European Commission, Euro-Mediterranean Partnership, Regional Co-operation: An overview of programmes and projects, EuropeAid [online] <http://ec.europa.eu/europeaid/where/>

Ca subregiune, Maghrebul ar putea juca rolul de lider în zona mediteraneeană, menținând în același timp coerența cu abordări mai ample (de exemplu, Uniunea pentru Mediterana, Planul solar mediteraneean etc.). În acest context, pot fi avute în vedere, până în 2020—2025, o serie de măsuri concrete în vederea dezvoltării unui sector al energiei electrice al Mediteranei de Vest:

- ✓ pe baza unui set de norme tehnice comune, structurile de cooperare regională (MEDREG pentru organismele de reglementare și MED-TSO pentru operatorii sistemelor de transport) sunt pregătite să își consolideze sprijinul pentru elaborarea codurilor de rețea comune care ar putea fi utilizate ca pilot în Maghreb;
- ✓ ar trebui definite măsuri progresive menite să asigure integrarea pieței — în special pe baza foii de parcurs de la Alger. Aceasta cuprinde elemente cum ar fi: alocarea bilaterală a capacităților pe baza principiilor comune până în 2014, alocarea coordonată a capacităților până în 2016, instituirea unei platforme comerciale regionale pentru energia electrică până în 2016-2020 etc.;
- ✓ se poate furniza un sprijin mai mare pentru reformele din sectorul energetic, inclusiv pentru cooperarea regională și organizațiile regionale (de exemplu pentru instituirea unor autorități de reglementare în domeniul energiei în Maroc și Tunisia până în 2014, în Libia până în 2016, pentru operatorii sistemelor de transport independenți din punct de vedere funcțional în țările din Maghreb până în 2015 etc.);
- ✓ ar trebui consolidată cooperarea în domeniul energiei din surse regenerabile și al eficienței energetice, inclusiv prin implicarea mai activă a țărilor partenere în dezbaterile și instrumentele UE privind politica în domeniul energiei din surse regenerabile. Acest lucru ar trebui să se bazeze pe operațiunile de sprijin existente, realizate în cadrul Facilității de investiții pentru vecinătate (FIV) și cu instituțiile europene de finanțare în domeniul dezvoltării prin acordarea de finanțare, asistență tehnică și operațiuni de capital de risc. Ar putea fi lansate cereri comune de proiecte inovatoare și pot fi stabilite de comun acord principii pentru investițiile și comerțul în domeniul energiei din surse regenerabile;
- ✓ în cazul Mauritaniei, ca și în cazul altor țări din Africa Subsahariană, poate fi utilizată Inițiativa „Energie durabilă pentru toți” (SE4ALL) pentru a sprijini cooperarea energetică prin instrumentele financiare corespunzătoare.

Perspectivile consumului de energie electrică în regiune până în 2020 necesită investiții semnificative în capacitatea de producție (în principal în producția convențională, dar cu o parte din ce în ce mai mare reprezentată de sursele regenerabile) și în infrastructurile rețelei. Crearea de noi oportunități pentru fluxurile de energie electrică în regiune reprezintă încă un argument pentru finalizarea buclei energiei electrice în Mediterana de vest de-a lungul a două coridoare (Algeria-Maroc-Spania-Franța și Algeria/Libia-Tunisia-Italia).⁴

neighbourhood/regional-cooperation/documents/infonotes_enpisouth_regional_cooperation_en.pdf (consultat la 23.03.2015).

4 European Commission, DG for Economic and Financial Affairs, European Neighbourhood Policy: Economic Review of EU Neighbour Countries, European Economy [online] <http://>

Deși există deja studii de fezabilitate tehnice, va trebui acordată o atenție specială modelului de reglementare și financiar pentru noile interconexiuni și va fi nevoie, probabil, de un cadru juridic specific (acord interguvernamental). Va fi nevoie de o abordare bazată pe coridoare, precum și de activități importante de coordonare. Prin urmare, UE propune numirea, de comun acord cu țările în cauză, a unui coordonator special.

Instituțiile regionale, cum ar fi MEDREG și MED-TSO, întreprind operațiuni tehnice privind integrarea regională. Acestea ar putea fi completate și sprijinite printr-un proiect de asistență tehnică specifică (organizarea și pregătirea de contribuții pentru forumul privind energia electrică, sprijin pentru operațiunile tehnice, sarcini specifice încredințate MEDREG și MED-TSO cu privire la Maghreb, sprijin logistic pentru reuniuni ministeriale anuale etc.).

E. Mediu, schimbări climatice și protecție civilă

Mediul și schimbările climatice

UE sprijină deja țările din Maghreb și alți parteneri din sudul Mediteranei să consolideze protecția mediului și lupta împotriva schimbărilor climatice prin intermediul unei serii de măsuri bilaterale, precum și prin inițiativa Orizont 2020 pentru depoluarea Mării Mediterane.⁵

La nivelul Maghrebului, UE:

- ✓ potrivit summitului Rio+20, poate dezvolta cu Maghreb noi activități în domeniul economiei ecologice, de exemplu prin consolidarea unei componente subregionale sau transnaționale a proiectului actual finanțat de UE privind modelele de consum și producție durabile;
- ✓ poate utiliza în continuare Facilitatea de investiții pentru vecinătate în scopul mobilizării de fonduri suplimentare pentru a acoperi nevoile de investiții ale regiunii pentru a combate schimbările climatice și a dezvolta proiecte de infrastructură legate de mediu;
- ✓ cu sprijinul secretariatului UpM, al instituțiilor financiare internaționale în cauză și cu implicarea țărilor din Maghreb, se poate angaja mai mult în ceea ce privește implementarea proiectelor de investiții subregionale sau transnaționale ori a proiectelor naționale care intră sub incidența cadrelor sau a inițiativelor convenite de comun acord, în special inițiativa Orizont 2020 pentru depoluarea Mării Mediterane;
- ✓ în cadrul politicii maritime integrate în bazinul mediteraneean, ar putea încuraja în continuare țările din Maghreb să dezvolte inițiative subregionale sau transnaționale pentru a aborda chestiuni maritime transversale cum ar fi supravegherea și siguranța maritimă, autostrăzile maritime, cunoștințele privind mediul marin și amenajarea spațiului maritim, în scopul de a debloca potențialul de „creștere economică albastră“;
- ✓ poate consolida cooperarea între UE și țările din Maghreb în domeniul conservării faunei și florei marine, în special în cadrul Comisiei Generale pentru

ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication13087_en.pdf#39 (consultat la 23.03.2015).

5 Idem.

Pescuit în Marea Mediterană și al Comisiei Internaționale pentru Conservarea Tonului din Oceanul Atlantic. O astfel de cooperare ar putea facilita implementarea unor metode științifice pentru o mai bună evaluare a stocurilor și o administrare durabilă a resurselor;

- ✓ poate sprijini partenerii din Maghreb să își consolideze capacitatea de a elabora și de a implementa politici și strategii în materie de schimbări climatice, să sprijine dezvoltarea cu emisii reduse de carbon, să consolideze rezistența la schimbările climatice și să îmbunătățească accesul la informații;
- ✓ în contextul consolidării dialogului de politică UE-Mediterana de sud privind schimbările climatice, Comisia va continua să încurajeze dezvoltarea de proiecte-pilot în țările interesate să testeze aplicarea așa-numitului „nou mecanism de piață”, după cum s-a convenit în contextul negocierilor Convenției-cadru a Națiunilor Unite asupra schimbărilor climatice, la Durban. Comisia a început deja să pregătească terenul în acest sens prin intermediul Parteneriatului cu Banca Mondială privind gradul de pregătire a pieței și al Fondului de parteneriat pentru emisiile de dioxid carbon. Dacă sunt întrunite condițiile propice, aceste inițiative și altele similare ar putea duce la acorduri bilaterale cu țările din Maghreb care ar permite utilizarea creditelor sectoriale care se adaugă „acțiunilor proprii” concrete în sectorul producător de energie. Obiectivul ar fi de a sprijini investițiile în energia din surse regenerabile și în eficiența energetică, precum și de a reduce impactul dioxidului de carbon din sectorul energetic. Prin urmare, Comisia va iniția consultări cu țările terțe partenere referitoare la astfel de perspective. În cazul în care condițiile sunt favorabile, dacă există o capacitate suficientă de absorbție a creditelor și dacă partenerii noștri sunt interesați, Comisia se va pregăti pentru a solicita mandate de negociere.

Protecția civilă

Regiunea Maghreb este deosebit de vulnerabilă la dezastre provocate de om sau naturale, care ar putea submina grav eforturile regiunii către o dezvoltare durabilă. Date fiind proximitatea și vulnerabilitatea comună la efectele schimbărilor climatice, țările din Maghreb au mult de câștigat de pe urma unor strategii de dezvoltare a rezistenței la schimbările climatice și a unei cooperări strânse la nivel regional și cu UE, având în vedere că dezastrele naturale și cele provocate de om nu se opresc la frontiere. Protecția civilă este un instrument-cheie pentru a construi o bună cooperare și a promova solidaritatea între țări.⁶

Deși pentru regiunea mediteraneană există un atlas al riscurilor și o rețea eficientă de corespondenți naționali pentru protecție civilă, Maghrebul ar putea beneficia de o cooperare sporită pentru a-și consolida capacitatea de prevenire a dezastrelor, de

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 23.03.2015).

adaptare, pregătire și reacție în caz de dezastre și pentru a contribui la stabilitatea economică, socială și politică în regiune.

Pe baza cooperării actuale în acest domeniu (inclusiv pe baza Programului Euro-Med pentru prevenirea, pregătirea și reacția în caz de dezastre naturale și de dezastre provocate de om), UE poate:

- ✓ promova dezvoltarea, cu toate părțile implicate, a unei abordări regionale a gestionării dezastrelor bazate mai degrabă pe prevenire și pregătire decât pe capacitatea de reacție;
- ✓ promovarea unei cooperări interregionale consolidate în Maghreb prin rețeaua de corespondenți naționali pentru protecție civilă, cu scopul de a asigura reacții coordonate în caz de dezastre;
- ✓ contribui la includerea în atlasul riscurilor a riscurilor care nu sunt acoperite în prima versiune și care ar putea afecta în special regiunea Maghreb;
- ✓ furniza asistență pentru analizarea riscurilor tot mai mari cauzate de schimbările climatice, precum și pentru acțiunile preventive de adaptare corespunzătoare;
- ✓ sprijini consolidarea capacităților și sensibilizarea opiniei publice privind prevenirea dezastrelor și pregătirea în caz de dezastre și oferi asistență tehnică pentru dezvoltarea de inițiative, cum ar fi crearea unor platforme naționale pentru reducerea riscului de dezastru și a unor strategii de protecție civilă, în scopul consolidării capacităților și structurilor ad hoc de prevenire existente la nivel național.

F. Migrația și mobilitatea

Migrația și mobilitatea joacă un rol esențial în relațiile UE cu țările din Maghreb. Ambele părți se confruntă cu importante provocări, într-o mare măsură similare, în acest domeniu. Ambele au un interes comun în ceea ce privește o mai bună organizare a migrației legale, combaterea migrației ilegale, inclusiv a traficului de persoane, o mai bună promovare a protecției internaționale în regiune și maximizarea impactului migrației asupra dezvoltării.

În cadrul abordării sale globale în materie de migrație și mobilitate, UE este hotărâtă să consolideze cooperarea privind aspecte legate de migrație și să sporească mobilitatea cetățenilor într-un mediu sigur. Pe această bază, în comunicarea sa din luna mai 2011, UE a propus inițierea unor dialoguri privind migrația, mobilitatea și securitatea cu unele țări din sudul Mediteranei, cu intenția de a consolida relațiile sale cu fiecare dintre aceste țări, în funcție de necesitățile lor, de voința și capacitatea acestora de a continua cooperarea în acest domeniu. Ca urmare, astfel de dialoguri au fost lansate în mod oficial cu Maroc și Tunisia, în scopul încheierii de parteneriate pentru mobilitate într-un viitor foarte apropiat.⁷

În plus, există totodată o marjă considerabilă de manevră pentru a consolida sprijinul acordat de UE cooperării intraregionale din Maghreb și cooperării Maghreb-Africa Subsahariană în domeniul migrației și al mobilității. Mai precis, UE poate:

- ✓ să își intensifice eforturile în vederea punerii depline în aplicare a declarațiilor ministeriale și a planurilor de acțiune existente în domeniul migrației

7 Idem.

- și dezvoltării între toți actorii relevanți, în special a Procesului euro-african privind migrația și dezvoltarea („Procesul de la Rabat“) și a parteneriatului Africa-UE privind migrația, mobilitatea și ocuparea forței de muncă;
- ✓ sprijini programele de migrație legală între țările din Maghreb, precum și între acestea din urmă și statele subsahariene;
 - ✓ utiliza în mod mai sistematic oportunitățile de a spori mobilitatea oferite de Codul de vize al UE, inclusiv pentru categorii cum ar fi tinerii, studenții sau societatea civilă; contribuie la o mai bună înțelegere prin intermediul schimburilor de informații privind regimurile actuale de vize;
 - ✓ promovează cooperarea regională în domeniul supravegherii frontierelor și al combaterii migrației ilegale în Maghreb și în regiunea subsahariană, inclusiv printr-un schimb de informații la nivel regional, prin efectuarea unei analize comune a riscurilor, prin gestionarea și supravegherea comună a punctelor de frontieră și prin cooperarea polițienească, inclusiv privind traficul de persoane și de droguri;
 - ✓ promovează cooperarea între țările din regiune în chestiuni legate de readmisie, atât în ceea ce privește readmisia între țările din Maghreb, cât și readmisia din țările din Maghreb în țările subsahariene, cu respectarea deplină a drepturilor fundamentale ale migranților;
 - ✓ sprijini în continuare țările din Maghreb în materie de azil și protecție internațională, prin măsuri de consolidare a capacităților în cadrul Programului de protecție regională în Africa de Nord sau prin analizarea unor opțiuni posibile de reînaltare;
 - ✓ după caz, furniza informații privind aspecte legate de asistența și protecția consulară acordată de UE, precum și dezvoltarea unei înțelegere comune în acest domeniu din ce în ce mai important deopotrivă pentru statele membre ale UE și pentru țările din Maghreb.

Parteneriatul Euromediteranean, Politica Europeană de Vecinătate, completate cu noua inițiativă a Uniunii pentru Mediterana au drept scop consolidarea cooperării euromediteraneene, sporirea integrării în plan regional și promovarea procesului de reformă — politică, economică și socială — în statele sud-mediteraneene. Stă în puterea tuturor statelor participante a modela toate aceste inițiative într-o asemenea manieră încât să favorizeze beneficii și oportunități durabile, atât pentru UE, cât mai ales pentru țările partenere din regiunea sudmediteraneană.

Populația din Maghreb s-a aflat în prim-planul evenimentelor istorice din 2011. Mai mult decât în orice altă regiune a lumii arabe, țările din Maghreb s-au lansat într-un lung proces de schimbare și reformă. Uniunea Europeană are un interes major față de reușita acestor procese de democratizare și modernizare. În plus, în cursul anului trecut, țările din Maghreb au manifestat un nou avânt privind o cooperare mai strânsă între ele. Această mișcare — încă ezitantă și care nu s-a concretizat încă în măsuri cuprinzătoare — se bazează pe recunoașterea faptului că obiectivele de promovare a prosperității, a stabilității și a transformării democratice la nivel național nu pot fi realizate pe deplin dacă relațiile dintre țările din Maghreb nu sunt consolidate.

ROLUL JURIDICO-ADMINISTRATIV AL INSTITUȚIILOR ABILITATE ÎN ASIGURAREA CALITĂȚII ÎN CONSTRUCȚII



Dumitru MUNTEANU, doctorand, ULIM

Recenzent: **Victor POPA**, doctor habilitat, profesor universitar

The quality system in constructions compound of a complexity of elements related each other and that lead to making and explore a construction at a high quality, all this to protect the people life, theirs proprieties, the society in general and the environment. The estate inspection in constructions, public works, urbanism and ground organization is the institution abilitated that has attributes in the domain of construction quality. It is responsible for the way the state control is executed taking into consideration the unitary appliance of the law and also the appliance of sanctions.

Key words: *quality in constructions, Estate inspection in construction, Quality estate control in construction, investors, inspection.*

Sistemul calității în construcții se compune dintr-un complex de elemente aflate în interacțiune care să conducă la realizarea și exploatarea unor construcții de calitate corespunzătoare, în scopul protejării vieții oamenilor, a bunurilor acestora, a societății și a mediului înconjurător. Instituția abilitată să exercite atribuții în domeniul calității în construcții o reprezintă Inspectia de stat în construcții, lucrări publice, urbanism și amenajarea teritoriului precum și Inspectiile Județene. Acestea răspund de exercitarea controlului statului cu privire la aplicarea unitară a prevederilor legii în domeniul calității construcțiilor, precum și de constatarea și aplicarea sancțiunilor prevăzute de lege.

Cuvinte cheie: *calitatea în construcții, Inspectia de stat în constructii, Controlul de stat al calității în construcții, investitori, inspecții.*

Calitatea construcțiilor este rezultanta totalității performanțelor de comportare în exploatare, în scopul satisfacerii, pe întreaga durată de existență, a exigențelor utilizatorilor și colectivităților. Dispozițiile legale privind calitatea construcțiilor se aplică tuturor categoriilor de construcții și instalații aferente acestora, cu excepția clădirilor pentru locuințe cu parter și parter plus un etaj, anexelor gospodărești situate în mediul rural și în satele ce aparțin orașelor, precum și construcțiilor provizorii. Pentru obținerea unor construcții de calitate corespunzătoare sunt obligatorii realizarea și menținerea pe întreaga durată de existență a construcțiilor, a unor cerințe esențiale de performanță.

Obligația asigurării acestor exigențe revin tuturor factorilor implicați în conceperea, realizarea și exploatarea construcțiilor, precum și în postutilizarea lor, potrivit

responsabilităților fiecăruia. Acești factori sunt: investitorii, cercetătorii, proiectanții, verificatorii de proiecte, fabricanții și furnizorii de produse pentru construcții, executanții, proprietarii, utilizatorii, responsabilii tehnici cu execuția, experții tehnici, precum și autoritățile publice și asociațiile profesionale de profil.

În contractele care se încheie sau, după caz, în dispozițiile sau în autorizațiile ce se emit trebuie înscrise clauzele și respectiv reglementările referitoare la nivelul de calitate al construcțiilor, corespunzătoare cerințelor de performanță, precum și garanțiile materiale care să conducă la realizarea acestor clauze.

Potrivit art. 8 din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, sistemul calității în construcții reprezintă ansamblul de structuri organizatorice, responsabilități, regulamente, proceduri și mijloace care concurează la realizarea calității în construcții în toate etapele de concepere, realizare, exploatare și postutilizare a acestora¹.

Sistemul calității în construcții se compune dintr-un complex de elemente aflate în interacțiune care să conducă la realizarea și exploatarea unor construcții de calitate corespunzătoare, în scopul protejării vieții oamenilor, a bunurilor acestora, a societății și a mediului înconjurător². Aceste componente sunt:

- Reglementările tehnice în construcții care se stabilesc prin regulamente și au ca obiect concepția, calculul, alcătuirea, execuția și exploatarea construcțiilor. Prin reglementările tehnice se stabilesc, în principal, condițiile minime de calitate cerute construcțiilor, produselor și procedeele utilizate în construcții, precum și modul de determinare și verificare a acestora.
- Calitatea produselor folosite la realizarea construcțiilor se certifică de către producător potrivit metodologiei și procedurilor stabilite de lege. Se interzice folosirea la lucrările de construcții a produselor pentru care nu există certificarea calității lor, care să asigure nivelul de calitate corespunzător cerințelor.
- Acordurile tehnice pentru produsele, procedee și echipamente noi în construcții stabilesc aptitudinea de utilizare, condițiile de fabricație, de transport, de depozitare, de punere în operă și de întreținere a acestora. La lucrările de construcții se vor folosi produse, procedee și echipamente tradiționale, precum și altele noi cu condiția să existe acorduri tehnice corespunzătoare.
- Verificarea proiectelor pentru execuția construcțiilor în ceea ce privește respectarea reglementărilor tehnice referitoare la cerințele de performanță, se va face numai de către specialiști verficatori de proiecte atestați, alții decât specialiștii elaboratori ai proiectelor. Aplicarea proiectelor și a detaliilor de execuție neverificate este interzisă.
- Verificarea calității execuției construcțiilor este obligatorie și se efectuează de către investitori prin diriginții de specialitate sau prin agenții economici de consultanță specializați.

1 Legea României nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 12 din 24.01.1995.

2 Ticames E. S., Savu Gh. Drept administrativ și elemente de știința administrației. Iași: Sedcom Libris, 2003, p.88.

- Expertizele tehnice ale proiectelor și construcțiilor se efectuează numai de către experți tehnici atestați.
- Conducerea și asigurarea calității în construcții constituie obligația tuturor factorilor implicați în conceperea, realizarea și exploatarea construcțiilor și impune o strategie adecvată și măsuri specifice pentru garantarea calității acestora. Agenții economici care execută lucrări de construcții asigură nivelul de calitate corespunzător cerințelor de performanță, prin personalul propriu și responsabili tehnici cu execuția atestați, precum și printr-un sistem propriu conceput și realizat.
- Autorizarea și acreditarea laboratoarelor de analize și încercări în construcții se fac în conformitate cu prevederile legale.
- Asigurarea activității metrologice în construcții se realizează conform prevederilor legale privind etalonarea, verificarea și menținerea în stare de funcționare a mijloacelor de măsurare și control utilizate în acest domeniu.
- Recepția construcțiilor constituie certificarea realizării acestora pe baza examinării lor nemijlocite, în conformitate cu documentele de execuție și cu documentele cuprinse în cartea tehnică a construcției.
- Cartea tehnică a construcției cuprinde documentația de execuție și documente privitoare la realizarea și exploatarea acesteia. Ea se întocmește prin grija investitorului și se predă proprietarului construcției care are obligația să o păstreze și să o completeze la zi. Procedurile din cartea tehnică a construcției referitoare la exploatare sunt obligatorii pentru proprietar și utilizator.
- Recepția construcțiilor se face de către investitorul proprietar în prezența proiectantului și a executantului și (sau) reprezentanților de specialitate, legal desemnați de aceștia.
- Urmărirea comportării în exploatare a construcțiilor se face pe toată durata de existență a acestora și cuprinde ansamblul de activități privind examinarea directă sau investigarea cu mijloace de observare și măsurare specifice, în scopul menținerii cerințelor de performanță.
- Intervențiile la construcțiile existente se referă la lucrări de reconstruire, consolidare, transformare, extindere, desființare parțială, precum și la lucrări de reparații, care se fac numai pe baza unui proiect avizat de proiectantul inițial al clădirii sau a unei expertize tehnice întocmită de un expert tehnic atestat și se consemnează obligatoriu în cartea tehnică a construcției.
- Postutilizarea construcțiilor cuprinde activitățile de dezafectare, demontare și demolare a construcțiilor, de recondiționare și de refolosire a elementelor și a produselor recuperabile, precum și reciclarea deșeurilor cu asigurarea protecției mediului, potrivit legii.
- Controlul de stat al calității în construcții este exercitat de către Inspecția de stat în construcții, lucrări publice, urbanism și amenajarea teritoriului, cu privire la aplicarea unitară a prevederilor legale în domeniul construcțiilor.

Tuturor participanților în activitatea de realizare a construcțiilor *le revin obligații și răspunderi*. Obligațiile și răspunderile investitorilor (persoane fizice sau juridice care finanțează și realizează investiții sau intervenții la construcțiile existente) sunt următoarele³:

- stabilirea nivelului calitativ ce trebuie realizat prin proiectare și execuție pe baza reglementărilor tehnice, precum și a studiilor și cercetărilor efectuate;
- obținerea acordurilor și avizelor prevăzute de lege, precum și a autorizației de construire;
- asigurarea verificării proiectelor prin specialiști verificali de proiecte atestați;
- asigurarea verificării execuției corecte a lucrărilor de construcții prin diriginții de specialitate sau agenți economici de consultanță specializați, pe tot parcursul lucrărilor;
- acționarea în vederea soluționării neconformităților, a defectelor apărute pe parcursul execuției lucrărilor, precum și a deficiențelor proiectelor;
- asigurarea recepției lucrărilor de construcții la terminarea lucrărilor și la expirarea perioadei de garanție;
- întocmirea cărții tehnice a construcției și predarea acesteia către proprietar;
- expertizarea construcțiilor de către experți tehnici atestați, în situațiile în care la aceste construcții se execută lucrări de natura celor prevăzute în mod special de lege.

Proprietarii construcțiilor au următoarele obligații principale⁴:

- efectuarea la timp a lucrărilor de întreținere și reparații care le revin, prevăzute în cartea tehnică a construcției și rezultate din activitatea de urmărire a comportării în timp a construcțiilor;
- păstrarea și completarea la zi a cărții tehnice a construcției și predarea acesteia, la înstrăinarea construcției, noului proprietar;
- asigurarea urmăririi comportării în timp a construcțiilor, conform prevederilor din cartea tehnică și reglementărilor tehnice;
- efectuarea, după caz, de lucrări de reconstruire, consolidare, transformare, extindere, desființare parțială, precum și de lucrări de reparații ale construcției numai pe baza de proiecte întocmite de către persoane fizice sau juridice autorizate și verificate potrivit legii;
- asigurarea realizării lucrărilor de intervenții asupra construcțiilor impuse prin reglementările legale;
- asigurarea efectuării lucrărilor din etapa de postutilizare a construcțiilor, cu respectarea prevederilor legale în vigoare.

Inspecția de stat în construcții, lucrări publice, urbanism și amenajarea teritoriului din cadrul Ministerul Dezvoltării Regionale și Locuințelor și Inspecțiile Județene și a Municipiul București răspund de exercitarea controlului statului cu

3 Art. 21 din Legea României nr. 10/1995 privind calitatea în construcții.

4 Art. 25 din Legea României nr. 10/1995 privind calitatea în construcții.

privire la aplicarea unitară a prevederilor legii în domeniul calității construcțiilor, precum și de constatarea și aplicarea sancțiunilor prevăzute de lege și, după caz, oprirea lucrărilor realizate necorespunzător.

Proiectantul, specialistul vericator de proiecte atestat, fabricanții și furnizorii de materiale și produse pentru construcții, executantul, responsabilul tehnic cu execuția atestat, dirigințele de specialitate și expertul tehnic răspund potrivit obligațiilor ce le revin pentru viciile ascunse ale construcției, ivite într-un interval de 10 ani de la recepția lucrărilor. După împlinirea acestui termen, pe toată durata de existență a construcției, răspund pentru viciile structurii de rezistență, rezultate din nerespectarea normelor de proiectare și de execuție în vigoare la data realizării ei.

Nerespectarea acestor obligații constituie contravenție sau chiar infracțiuni prevăzute de lege⁵.

Controlul de stat al calității în construcții vizează toți factorii implicați în emiterea certificatului de urbanism, a autorizației de construire, în amplasarea pe teren, proiectarea, realizarea, utilizarea și postutilizarea construcțiilor.

Controlul de stat al calității în construcții reprezintă o componentă a sistemului calității în acest domeniu, prin care statul exercită controlul în toate componentele acestuia, în scopul prevenirii sau limitării unor situații ce pot apărea la construcții și care pot pune în primejdie sau afecta negativ viața, sănătatea, mediul înconjurător sau pot cauza pierderi materiale unor persoane, entității sau societății, în parte sau în ansamblul ei⁶.

Controlul de stat al calității în construcții se aplică construcțiilor inclusiv instalațiilor aferente acestora, indiferent de forma de proprietate, destinație sau sursa de finanțare. Acest control se exercită diferențiat, potrivit legii, în toate etapele ciclului de existență a construcțiilor. Controlul se exercită atât la lucrările noi, cât și la lucrările de intervenții în timp (modernizări, reabilitări, reparații capitale, consolidări, precum și la alte categorii de lucrări de natura acestora)⁷.

Controlul de stat al calității în construcții urmărește, în principal, următoarele obiective:

1. Îndeplinirea de către organele de specialitate ale administrației publice centrale și locale sau agenții economici a obligațiilor referitoare la: eliberarea certificatelor de urbanism, autorizațiilor de construire (desființare) și a avizelor necesare; elaborarea reglementărilor tehnice în construcții; certificarea calității produselor pentru construcții; modul de acordare a agrementelor tehnice pentru produse și procedee noi în construcții; atestarea specialiștilor; acreditarea laboratoarelor de încercări în construcții;

5 Art.31-36 din Legea României nr. 10/1995 privind calitatea în construcții.

6 Art.2 din Regulamentul privind controlul de stat al calității în construcții din 14.06.1994, aprobat prin Hotărârea Guvernului României nr. 272 din 14.06.1994. www.isc-web.ro/sites/files/Legislatie.

7 Zaharia T. Gh. ș. a. Tratat de drept administrativ român. Iași: Junimea, 2001, p.122.

2. Respectarea de către toți factorii care contribuie sau sunt implicați în conceperea, realizarea, utilizarea și postutilizarea construcțiilor, a prevederilor legale privind: reglementările tehnice în construcții; certificarea calității produselor folosite la realizarea construcțiilor; agrementele tehnice pentru produse și procedee noi; verificarea proiectelor, a execuției lucrărilor de construcții și expertizarea proiectelor și a construcțiilor; soluționarea de către proiectant a neconformităților, eventualelor deficiențe de proiectare și a defectelor de execuție; funcționarea, în condiții legale, a laboratoarelor de analize și încercări în activitatea de construcții; asigurarea activității metrologice în construcții; recepția construcțiilor la terminarea acestora, precum și la expirarea perioadei de garanție; urmărirea comportării în exploatare a construcțiilor și intervențiile în timp asupra acestora; postutilizarea construcțiilor. Prin urmare, această categorie de obiective ale controlului de stat se referă la verificarea îndeplinirii sistemului de stat al calității în construcții, în toate componentele lui;
3. Respectarea prevederilor autorizațiilor de construire, a avizelor obligatorii și a altor documente referitoare la construcții emise de organe ale administrației publice centrale și locale, precum și de alte organe abilitate de lege;
4. Respectarea reglementărilor tehnice privind modul de tratare a accidentelor tehnice produse la construcții, cauzate de fenomene sau calamități naturale (cutremure de pământ, inundații, alunecări de teren etc.), sau provocate prin acțiuni ale omului (incendii, explozii, bombardamente, deficiențe de concepție și /sau de execuție etc.), cu repercusiuni defavorabile asupra stării și siguranței construcțiilor;
5. Îmbunătățirea sistemului calității în construcții și a regulamentelor aferente componentelor acestuia.

În ceea ce privește organizarea și modul de executare a controlului controlul de stat al calității în construcții se exercită de Inspekția de stat în construcții, lucrări publice, urbanism și amenajare a teritoriului din cadrul Ministerul Dezvoltării Regionale și Locuințelor, precum și celelalte organisme similare cu atribuții specifice stabilite prin lege. Inspekția de stat în construcții, lucrări publice, urbanism și amenajarea teritoriului este constituită dintr-o inspekție centrală și inspekții teritoriale⁸.

Controlul de stat al calității în construcții se organizează și se exercită prin inspekții, în mod diferențiat, pe bază de instrucțiuni aprobate de Inspekția de stat, în construcții, lucrări publice, urbanism și amenajarea teritoriului, în următoarele moduri:

- inspekții curente la factorii și agenții economici implicați în procesul de proiectare, execuție și exploatare a construcțiilor, în diverse etape ale acestui proces, pe baza unor programe trimestriale întocmite de inspekțiile teritoriale și aprobate de conducerea Inspekției de stat în construcții, lucrări publice, urbanism și amenajarea teritoriului;

⁸ Trăilescu A. Drept Administrativ. București: All Beck, 2005, p.221.

- inspecții în faze determinante de execuție a lucrărilor de construcții, care sunt stabilite de proiectantul lucrării cu acceptul inspecțiilor teritoriale. Prin fază determinantă, se înțelege stadiul fizic la care o lucrare de construcții o data ajunsă, nu mai poate continua fără acceptul scris al beneficiarului, proiectantului și executantului⁹.
- stabilirea fazelor determinante, modul de realizare și dispunerea continuării lucrărilor, de către proiectant, executant și beneficiar (investitor) sau, după caz, autorizarea acestora de către personalul Inspecției de stat în construcții, lucrări publice, urbanism și amenajarea teritoriului, precum și îndeplinirea eventualelor măsuri dispuse la efectuarea acestor controale se vor stabili prin proceduri aprobate prin ordin al ministrului lucrărilor publice și amenajării teritoriului.
- inspecții prin sondaj efectuate din dispoziția conducerii Inspecției de stat în construcții, lucrări publice, urbanism și amenajarea teritoriului, precum și din inițiativa proprie a conducerii inspecțiilor teritoriale.
- inspecții tematice dispuse de conducerea Ministerul Dezvoltării Regionale și Locuințelor, Inspecția de stat în construcții, lucrări publice, urbanism și amenajarea teritoriului sau a inspecțiilor teritoriale, la factorii și agenții economici implicați în procesul de proiectare a construcțiilor, având ca obiect analiza unor probleme complexe legate de calitatea construcțiilor sau modul de funcționare și aplicare a componentelor sistemului calității în construcții:
- inspecții la autoritățile administrative publice centrale și locale implicate în eliberarea certificatului de urbanism și a autorizației de construire, potrivit legii.

Inspecțiile efectuate în cadrul controlului de stat al calității în construcții se consemnează și se finalizează prin documente de control stabilite prin proceduri aprobate prin ordin al ministrului lucrărilor publice și amenajării teritoriului¹⁰.

9 Art.7, alin. (2) din Legea României nr. 10/1995 privind calitatea în construcții.

10 Ticames E. S., Savu Gh. op. cit., p.211.

AVANTAJELE ȘI DIFICULTĂȚILE ÎN CREAREA ECHIPELOR COMUNE DE INVESTIGAȚII

Irina GRATI, doctorandă ULIM

Recenzent: **Alexandru MARIT**, doctor în drept, conferențiar universitar

Joint investigation teams are fundamental instruments of cooperation in the field of EU Freedom, Security and Justice. These have demonstrated their usefulness in investigating the most serious forms of criminality such as terrorism and drug trafficking. Implementation difficulties include admissibility of evidence in court, high costs of running joint investigation teams and drafting comprehensive agreements on setting up joint investigation teams. This instrument could be used more effectively, in particular through a stronger involvement of both Europol and Eurojust. Joint investigation teams can be considered as a valuable tool in the development of a criminal justice area in the EU.

Keywords: cross-border organized crime, mutual trust, law enforcement, joint investigation, Europol, Eurojust.

Echipele comune de investigații sunt instrumente fundamentale de cooperare în domeniul Libertății, Securității și Justiției UE. Acestea au demonstrat utilitatea în investigarea celor mai grave forme de criminalitate, cum ar fi terorismul și traficul de droguri. Dificultățile punerii în aplicare includ admisibilitatea probelor în instanță, costurile ridicate de funcționare a echipelor comune de investigații și elaborarea de acorduri cuprinzătoare privind constituirea echipelor comune de investigații. Acest instrument ar putea fi utilizat mai eficient, în special printr-o implicare mai puternică atât a Europol și Eurojust. Echipele comune de investigații poate fi considerat un instrument valoros în dezvoltarea unui spațiu al justiției penale în UE.

Cuvinte-cheie: crimă organizată transfrontalieră, încredere reciprocă, organe de drept, investigații comune, Europol, Eurojust.

În cadrul procesului de Integrare Europeană, frontierele au fost deschise, iar cetățenii au fost aprovizionați cu drepturi extinse de libertate și frica acestora de invadare a tot felul de amenințări de securitate, inclusiv crima organizată, migrația ilegală și terorismul a crescut esențial.¹ În timp ce, pe de o parte, a fost consolidată cooperarea între mai multe domenii politice, politica de securitate, pe de altă parte, a rămas un domeniu sensibil și a fost reglementat prin acorduri bilaterale și multilaterale. Cu toate acestea, în curând au devenit necesare noi strategii de securitate, în curs de dezvoltare, axate pe o cooperare mai strânsă a autoritățile polițienești și

1 Wolff, Wichmann & Mounier, 2009, p.10.

judiciare. Un instrument în acest context este echipa comună de investigație (JIT). Inițiată în 1999, opțiunea legală a fost pusă în aplicare în toate statele membre până în anul 2005. Ideea acestui instrument juridic este faptul că autoritățile polițienești și judiciare ale diferitor state membre trebuie să poată investiga în comun un caz penal, care are legături de nivel transfrontalier. Ofițerilor de naționalități străine li se permite să aibă competențe coercitive, cum au ofițerii naționali, informațiile urmând a fi schimbate fără careva proceduri formale lungi. Cu toate acestea, instrumentul nu este utilizat pe scară largă.

Utilitatea JIT în lupta împotriva criminalității transfrontaliere este acum recunoscută, chiar dacă inițial aceste instrumente au fost considerate birocratice. Ele oferă un cadru în care practicienii din diferite jurisdicții pot lucra împreună, fără piedicile și întârzierile asociate formelor tradiționale de asistență judiciară reciprocă.²

Atât Europol cât și Eurojust au fost stabilite pentru a sprijini statele membre în lupta lor împotriva criminalității transfrontaliere grave organizate; rol central în JIT fiind dedus din competențele și sarcinile lor. Europol și Eurojust pot participa la JIT separat, cât și împreună. Nu este obligatoriu să le implice în stabilirea și operarea unui JIT, dar ambele ar putea juca un rol crucial în asigurarea eficienței și capacității operaționale a JIT. Ambele instituții ar putea sprijini statele membre în pregătirea evaluării și faza de negociere, oferind consiliere juridică și expertiză. Ele pot ajuta la gestionarea administrativă a JIT, de asemenea, pot aviza disponibilitatea, condițiile și procedurile de finanțare. Ele pot oferi consiliere juridică și practică cu privire la acordul de JIT și dispozițiile care urmează să fie cuprinse în ele. Ei pot facilita schimbul de informații, precum și executarea asistenței judiciare internaționale cu alte state neparticipante. Ei au posibilitatea de infrastructură pentru a oferi facilități pentru acordul de negociere și întâlniri de coordonare (inclusiv circumstanțe sigure și traducere).

Punerea în aplicare a temeiului juridic nu a avut loc rapid. Primele încercări de a crea o JIT au eșuat în 2004,³ ca urmare a lipsei unei implementări legale și experiență. În 2004, prima JIT a intrat în vigoare.⁴ A fost între Olanda și Marea Britanie sub președinția Consiliului Olandei. Efortul politic de a înființa prima JIT a fost principalul motiv pentru care cazul a fost investigat apoi de o JIT. Datorită lipsei necesității de creare a unei JIT și problemele cauzate, mulți ofițeri implicați în această primă JIT au declarat că nu a avut vreo valoare adăugată în comparație cu o investigație paralelă.

Spania și Franța au fost primele țări care au raportat trei JIT bilaterale în 2005,⁵ două pentru investigarea infracțiunilor de trafic de droguri, ambele cu rezultate exce-

2 Eurojust, Raport anual 2011.

3 JIT privind Traficul de ființe umane cu implicarea Olandei, Marii Britanii, Germaniei și Franței, cu scopul de a combate traficul de copii și femei din Bulgaria.

4 Un JIT cu privire la combaterea traficului de droguri între Marea Britanie și Olanda, pe baza investigațiilor efectuate de către partea britanică, dezvăluind legături puternice cu partea olandeză.

5 http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No73/No73_07VE_Kapplinghaus2.pdf

lente, deoarece acestea au culminat cu dezmembrarea grupărilor criminale, arestarea mai multor suspecți și confiscarea de droguri, documente și bani; și una pentru o investigație a infracțiunilor de terorism. Experiențele ultimului caz au încurajat procurorii spanioli în vederea pregătirii pentru intervenția a altor două echipe în cazuri de terorism în activitatea din 2006. Caracteristica cea mai remarcabilă pentru partea solicitantă spaniolă a fost iminența investigațiilor, rezultatele fiind transmise autorităților celuilalt stat în timp real pentru a continua pe cazurile lor sau de a începe noi cazuri, fără formularea unei cereri de comisie rogatorie suplimentară.

În așa ordine de idei, activitatea unei echipe comune de investigație poate îmbunătăți capacitatea de funcționare a cooperării internaționale într-un sens dublu: prin lărgirea gamei de investigație și accelerarea obținerii rezultatelor, interactiv și on-line.

Avantajele creării echipelor comune de investigație

Reciprocitate este foarte importantă, în parte pentru că crește eficiența cooperării, care se bazează pe schimbul de informații și responsabilități, în loc de simpla „cumpărare și vânzare” a informațiilor. Aceasta contribuie la o mai eficientă utilizare a surselor și a posibilităților.

Prin utilizarea instrumentului JIT, în vederea organizării unei operațiuni, sunt create mai multe avantaje, față de investigațiile obișnuite.⁶ Cele mai importante **avantaje** ale unei JIT sunt:

- *Faptul că operațiunea este condusă de o singură persoană;*

Regula generală este că liderul echipei trebuie să fie un reprezentant al autorității competente a statului în care echipa operează.⁷ Deoarece JIT va fi inițiată în principal în cazuri mai complexe, în care sunt implicate mai multe țări, nu este clar de la început de la care țară trebuie să fie ales șeful echipei. În aceste cazuri, este posibil să fie desemnați mai mulți lideri de echipă și ca fiecare din ei să conducă operațiunile ce au loc pe teritoriul țării lor, iar coordonarea să fie făcută de către liderii de echipă împreună. În alte cazuri, coordonarea va fi făcută de șeful echipei din țara în care se află JIT. Atunci când operațiunile de investigații ale echipei se deplasează de la un stat la altul, trebuie să fie posibilă permutarea echipei de la celălalt stat și numirea unui lider de echipă de la acel stat membru. Acest lucru înseamnă că o persoană care este membru detașat pentru o singură operație poate fi membru într-o altă operație, și anume atunci când această operațiune are loc pe teritoriul țării sale de origine. În conformitate cu aceste implicații, este important ca instrumentul să fie folosit într-un mod flexibil.

- *Faptul că autoritățile competente din statele membre participante pot fi solicitate direct de membrul detașat în JIT să întreprindă măsuri de investigație, fără o cerere oficială; prin urmare, informațiile din aceste măsuri de investigație în statele membre participante pot fi utilizate direct de către JIT;*

6 <http://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/187833/28-28-1-PB.pdf?sequence=2>.

7 Art. 13(3)(a) of the EU Convention on Mutual Assistance, Art. 1(3)a Framework Decision on JITs.

În loc să execute măsurile de investigație de către ei înșiși, în țările lor de origine, pe baza unei cereri oficiale, detașați pot cere colegilor lor, în țara de origine, să ia aceste măsuri. În conformitate cu articolul 13 alineatul (7) al Convenției,⁸ „... Aceste măsuri vor fi luate în considerare în acest stat membru, în condițiile în care s-ar aplica dacă acestea au fost solicitate în cadrul unei investigații naționale”. *Această dispoziție implică una dintre cele mai importante avantaje ale unui instrument JIT, în acest caz o cerere oficială nu este necesară. La fel nu vor exista motive de refuz. Solicitarea unui membru JIT este considerată ca și cum ar fi o cerere într-un caz național.*

- *Capacitatea de a solicita efectuarea măsurilor de investigații direct între membrii JIT, fără necesitatea formulării cererilor de comisie rogatorie (acest lucru este valabil, de asemenea, pentru cererile de măsuri coercitive);*

- *Schimbul rapid și direct de informații;*

Informațiile rezultate din operațiunile efectuate vor fi disponibile direct la JIT și vor putea fi utilizate de către echipă în investigațiile suplimentare, indiferent de țara în care a avut loc investigația.

- *Posibilitatea membrilor de a fi prezenți la audieri, percheziții la domiciliu, etc. în toate jurisdicțiile acoperite (totodată ajutând la depășirea barierelor lingvistice);*

- *Capacitatea de a construi încrederea reciprocă între participanții din diferite jurisdicții care urmează să lucreze împreună și să decidă cu privire la urmărirea penală și la strategiile de investigație;*

Faptul că, în aceste cazuri, informațiile pot fi partajate fără alte formalități și fără întârziere, se bazează pe principiul încrederii reciproce între membrii JIT. Deși este adesea considerat că această încredere reciprocă este prezentă între statele membre ale Uniunii Europene, totuși este necesară consolidarea acestei încrederi reciproce.

- *Capacitatea de coordonare a eforturilor în mod spontan și de a schimba cunoștințele de specialitate;*

- *Capacitatea Eurojust și Eurojust de implicare cu sprijin direct și asistență;*

- *Capacitatea de obținere potențială a finanțării disponibile.⁹*

- *Reducerea costurilor prin o mai bună coordonare;*

- *Cazurile sunt accelerate și pot exista hotărâri anticipate;*

- *O cale mai bună de confiscare a câștigurilor provenite din activitățile infracționale;*

- *Reducerea prejudiciilor cauzate;*

- *O JIT oferă cea mai bună platformă pentru determinarea celor mai bune strategii de anchetă și urmărire;*

- *Participarea la o JIT crește gradul de informare a conducerii și îmbunătățește efectuarea anchetelor internaționale.*

Toate aceste elemente pot contribui la prevenirea criminalității, dar numai dacă

8 Convenția stabilită de către Consiliu în conformitate cu Art.34 al Tratatului UE privind asistența juridică internațională în materie penală dintre Statele Membre UE.

9 Issues of business and Law Volume 2 (2010), ISSN 2029-1094.

ambii membri ai echipei utilizează aceste instrumente. JIT poate fi de succes în cazul în care membrii sunt dispuși să accepte diferențele reciproce și sunt în măsură să rezolve posibilele conflicte care sunt cauzate de aceste diferențe.

Dificultățile în crearea echipelor comune de investigație

Dificultățile punerii în practică a JIT ar putea fi explicată prin lipsa de conștientizare a avantajelor instrumentului și de lipsa de claritate în normele care reglementează JIT. Acest fapt poate duce la aceea ca ofițerii organelor de drept și autoritățile judiciare să opteze pentru instrumente de cooperare tradiționale, cum ar fi cererile de asistență judiciară reciprocă, mai degrabă decât crearea unei JIT.¹⁰

Diversi autori menționează diferite probleme care apar în cooperarea în materie penală. Un studiu al Centrului Internațional pentru Dezvoltarea Politicilor în domeniul Migrației și Organizația Europeană de Drept Public a analizat motivele ce cauzează probleme în ceea ce privește instrumentele existente utilizate în schimbul de informații de către agențiile de aplicare a legii. Potrivit studiului, problemele sunt adesea cauzate de diferențele dintre sistemele juridice, cum ar fi mijloacele de probă care pot fi inadmisibile în fața instanței din cauza diferitelor standarde sau proceduri între statele solicitate și solicitante, sau autorități diferite care sunt responsabile (ca de exemplu într-un stat ea este parte a cooperării polițienești, în timp ce într-un altul aparține cooperării judiciare) și astfel sistemele nu se pot conforma sau cererea este formulată incorect.¹¹ În vederea soluționării celor mai multor probleme, trebuie să existe o armonie în ceea ce privește înțelegerea juridică a infracțiunilor, modul în care autoritățile percep aceste infracțiuni și modul în care poliția și autoritățile judiciare sunt aprovizionate cu suficiente resurse.

După cum am menționat mai sus, unul din avantajele creării unei JIT este schimbul de informații neoficiale dintre statele participante la o JIT. Dispoziția relevantă a fost adoptată din cauza schimbului de informații care în prezent provoacă întârzieri enorme în cooperarea în materie penală. Aceste întârzieri sunt cauzate, de exemplu, prin faptul că autoritatea care solicită informații nu este familiarizată cu structura organizatorică și procedurile din țara solicitată, sau de faptul că este necesar acordul oficial al țării solicitate odată ce informațiile schimbate sunt folosite într-un proces. Dar, deși cadrul legal JIT prevede schimbul de informații directe, proiectele din cadrul cercetării arată că acest lucru nu rezolvă toate problemele legate de această chestiune.

În timp ce schimbul și cooperarea neoficială ajută la obținerea rapidă de informații, aceasta duce la probleme cu procesele oficiale, datorită faptului că „trebuie întotdeauna să fie completată de schimburile oficiale, cu scopul de a avea valoare în cadrul procedurilor judiciare”. Provocarea pentru UE este de a îmbunătăți condițiile care să permită ofițerilor de a utiliza informațiile obținute în cadrul unei proceduri judiciare, sau cel puțin de a simplifica utilizarea acestora.

10 https://eucrim.mpicc.de/archiv/eucrim_09-03.pdf

11 International Centre for Migration Policy and European Public Law Organization, 2010, p.97

Cu toate acestea, există și alte probleme: de ordin tehnic, cum ar fi incompatibilitatea diferitor versiuni de software, capacitățile e-mail (cum ar fi dimensiunea fișierelor atașate), capacitatea de a deschide fișiere (normele de securitate, protecție împotriva virușilor), discrepanță între echipamente tehnologice (unele au mai noi, altele mai vechi).

O altă problemă ar fi admisibilitatea probelor și dezvăluirea informațiilor. Atunci când diferite sisteme judiciare cooperează între ele, este esențial să încheie un acord prealabil vizând cerințele specifice anumitor măsuri investigative, acesta fiind necesar pentru o bună înțelegere reciprocă a aspectelor procedurale. Admisibilitatea unei interceptări telefonice sau a unui material obținut în baza unui mandat de percheziție, de exemplu, poate face obiectul unor norme în materie de probe care diferă de la un stat membru la altul. Dacă cerințele legale naționale pentru anumite tipuri de investigații nu sunt compatibile cu activitățile echipei comune de anchetă avute în vedere, atunci trebuie luată în considerare posibilitatea efectuării de investigații paralele sau aplicarea procedurilor tradiționale de asistență judiciară reciprocă.

O altă problemă practică apărută vizează dezvăluirea informațiilor sensibile din dosar. Cum schimbul rapid de informații este unul din avantajele majore ale unei JIT, membrii acesteia trebuie să știe, de la bun început, în ce măsură și în ce moment legislația națională din statele implicate impune prezentarea unor materiale sensibile în fața avocatului apărării și a instanței. Cunoștințele de specialitate cu privire la astfel de norme naționale sunt esențiale pentru evitarea situației în care autoritățile dintr-un stat membru sunt obligate să dezvăluie informații sensibile pe care autoritățile dintr-un alt stat membru nu intenționau să le dezvăluie decât într-o fază ulterioară. Importanța cunoștințelor de specialitate este dată atât de impactul lor asupra procesului de judecată, cât și de faptul că o dezvăluire făcută în mod neașteptat poate submina investigații mai ample, în curs de desfășurare într-un stat membru, și chiar expune unele surse de informații la riscuri legate de viața și integritatea lor corporală.

Un alt aspect referitor la dezvăluire este acela că unele autorități naționale care pot deține informații importante nu fac parte din JIT. În astfel de situații, trebuie încheiate acorduri clare privind modul în care informațiile dezvăluite vor fi tratate ulterior în contextul unei investigații transfrontaliere efectuate în cadrul unei JIT. Autoritățile naționale pot fi încurajate să fac schimb de informații sensibile numai după înțelegerea diferitelor norme naționale aplicabile în acest domeniu.¹²

Alte dificultăți ar fi:

- Din cauza unor considerente geografice și limbajul limitat, în vederea dobândirii de experiență, inițial ar trebui să existe o cooperare cu țările vecine în cadrul unui JIT.
- Este foarte esențial de a antrena specialiști la nivel național și internațional cu scopul punerii în practică a instituției de formarea JIT pe o scară mai largă;

12 Eurojust, Raport anual 2011.

- Într-o JIT există oameni care lucrează împreună cu un background profesional și cultural diferit. Este important să nu se subestimeze „dimensiunea umană” a echipei pe parcursul întregului proces. Prin urmare, de la începutul operațiunii, este necesar să se creeze condițiile de diferite forme de comunicare: întâlniri și discuții, în fiecare fază a proiectului.

Concluzii

Uitându-ne pe dispozițiile individuale de drept intern care reglementează tehnicile de investigare, cercetarea acestora ar putea arăta unde se pot face posibile ajustări. Mai mult decât atât, acestea pot arăta cum poate fi modificat temeiul juridic al echipelor comune de investigație pentru a le face mai eficiente. Totodată, o cercetare mai aprofundată a opiniilor ofițerilor privind instrumentele de cooperare, tehnicile de lucru preferate și canalele de schimb ar fi semnificativă pentru a înțelege cum JIT trebuie să fie formate pentru a funcționa cu succes la nivel operațional. În general, odată ce echipele comune de investigație diferă între politicile și procurorii fiecărui stat, ar fi benefic să privim problemele din toate unghiurile în vederea unei instrumentări reușite a JIT.

Echipele comune de anchetă sunt instrumente pentru asistarea și facilitarea investigație specifice care implică criminalitatea transfrontalieră și implicarea, de asemenea, construirea încrederii reciproce între statele membre. Din cauza complexității rețelelor infracționale, este evident că punerea în aplicare a unei JIT la nivel european ar trebui să fie coordonat mai mult de Eurojust, împreună cu Europol. Țările care au participat deja la un JIT arată o creștere semnificativă a dorinței de a folosi din nou JIT. Aceasta dorință pare a fi alimentată de încredere reciprocă, iar acest lucru înseamnă că încrederea reciprocă este esențială pentru o cooperare mai strânsă prin intermediul unui JIT.

Chiar dacă acest instrument ar putea fi folosit mai des, toți participanții de JIT închise sunt mulțumiți de rezultatul operației, le consideră considerabil benefice și sunt de acord că acest instrument contribuie la spațiul european de justiție penală.

Deși, pînă în prezent, n-a fost stabilit un număr mare de JIT, trebuie remarcat faptul că toate cazurile create au avut succes și au făcut progrese importante în cooperarea dintre state pentru a combate în mod eficient criminalitatea transfrontalieră.

DIMENSIUNILE DREPTULUI FUNDAMENTAL LA PROTECȚIA VIEȚII FAMILIALE



Iulia BUTNARU, doctorandă, ULIM

Recenzent: **Lilea MĂRGINEANU**, doctor în drept, conferențiar universitar

The right to intimate, family and private life emerged relatively recently in the catalog of rights as the right of the third generation has a complex content and is of great importance to freedom and citizens personality. The right to intimate, family and private life has complex content. Currently, the concept of privacy encompasses both „traditional“ issues as well as the right of personal portrayal, marital status of the person, identity, health status, religious affiliation, physical and moral integrity, sentimental life, but also „modern“ aspects, related to perceptions of social life, such as abortion, homosexuality, prostitution, transsexuality.

Keywords: *intimate life, private life, family life, European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.*

Dreptul la viață intimă, familială și privată, drept apărut relativ recent în catalogul de drepturi ca drept de generația a treia are un conținut complex și este de o mare importanță pentru demnitatea, libertatea și personalitatea omului. Dreptul la ocrotirea vieții intime, familiale și private are un conținut complex. În prezent, noțiunea de viață privată înglobează atât aspecte „tradiționale“ precum dreptul la imagine, starea civilă a persoanei, identitatea, starea de sănătate, apartenență religioasă, integritatea fizică și morală, viața sentimentală, dar și aspecte „moderne“, legate de percepții noi ale vieții sociale, cum ar fi avortul, homosexualitatea, transsexualitatea, prostituția.

Cuvinte cheie: *viață intimă, viață privată, viață familială, Convenția Europeană a Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale.*

Dreptul la viață intimă, familială și privată, drept apărut relativ recent în catalogul de drepturi ca drept de generația a treia, este reglementat în art. 28 din Constituția Republicii Moldova¹, are un conținut complex și este de o mare importanță pentru libertatea și personalitatea cetățeanului². Legea fundamentală recurge la acești termeni fără a face precizări sau interpretări de conținut, deoarece aceștia

1 Constituția Republicii Moldova din 29.07.1994. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 1 din 12.08.1994. <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=311496>.

2 Iancu Gh. Drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale în România. București: All Beck, 2003, p.142.

sunt proprii nu doar științelor juridice, ci și altor științe sociale, avînd un caracter atît juridic cît și moral³.

În trecut, multă vreme viața privată și intimă a fost protejată doar de regulile morale și de cutume. Cauza intrării ei în sfera publică, în dreptul pozitiv este una jurisprudențială. Primele decizii judiciare referitoare la protecția vieții private au apărut în prima jumătate a secolului al XIX-lea în Anglia și Franța.

În doctrină au fost evidențiate cauzele care au consacrat acest drept, ca un drept fundamental distinct și anume: dezvoltarea tehnologică, apariția societăților de mase, formarea unei economii de piață, a atributelor personalității, pluralismul din domeniul moral și al valorilor⁴.

Este unul dintre drepturile fundamentale ale omului care inițial a fost explicat ca „dreptul de a fi lăsat în pace“, însă, evoluînd în zilele noastre, poate fi definit ca dreptul unei persoane fizice de a decide ce informație personală poate să divulge, cui și pentru ce anume.

În legislația fiecărei țări-membre a Uniunii Europene, dreptul la viața privată își găsește aplicarea în special în dispoziții constituționale, legislația privind protecția datelor cu caracter personal și, uneori, și în alte acte specifice unui domeniu (cum este, spre exemplu, cel medical).

Dreptul la viața privată face parte din drepturile și libertățile fundamentale ale omului, reglementate de Convenția europeană pentru protecția drepturilor omului și libertăților, care prin dispozițiile art. 8, stipulează: „Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului și a corespondenței sale“⁵.

În prezent, noțiunea de viață privată înglobează atît aspecte „tradiționale“ precum dreptul la imagine, starea civilă a persoanei, identitatea, starea de sănătate, apartenență religioasă, integritatea fizică și morală, viața sentimentală, dar și aspecte „moderne“, legate de percepții noi ale vieții sociale, cum ar fi avortul, homosexualitatea, transexualitatea, prostituția. Recent, ca urmare a dezvoltării mijloacelor de comunicare, au loc dezbateri cu privire la interceptările telefonice sau ale corespondenței electronice, la utilizarea bazei de date personale informatizate⁶.

Dreptul vizat include în sine un spectru larg de valori general-umane. Conținutul și specificul lor sunt determinate de domeniile corespunzătoare ale activității vitale ale cetățeanului și sunt consfințite în anumite norme de drept, spre exemplu, este însoțită de responsabilitate juridică divulgarea depunerilor bănești în casele de economii, secretelor comerciale, precum și calomnierea, umilirea intenționată a onoarei și demnității personale etc.

3 Guceac I. *Curs elementar de drept constituțional*. Vol. II, Chișinău: Tipografia Centrală, 2004, p.103.

4 Iancu Gh. *op. cit.*, p.143.

5 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

6 Guceac I. *Drepturile omului pe înțelesul tuturor*. Dicționar. Chișinău: Știința, 2010, p. 45-46.

Asigurarea inviolabilității vieții private, a secretelor personale și familiale este garantată în legislația respectivă. Astfel, dezbaterile juridice în procesele atât penale, cât și civile se efectuează în ședințe închise, dacă, în mersul procesului sunt divulgate circumstanțe, fapte care constituie secrete ale vieții personale sau familiale⁷.

Viața de familie în sensul art. 28 din Constituție și al art. 8 din Convenție nu prinde doar relații cu caracter social, moral sau cultural, ci înglobează, de asemenea, și interesele materiale. Căci o viață familială existentă și efectivă se caracterizează mai ales printr-un raport de dependență pecuniară.

Pentru a proteja dreptul la respectul vieții familiale, statul trebuie să întreprindă două feluri de activități: în primul rând, trebuie să se abțină de la intervenții arbitrare în viața de familie, singurele insurgențe care ar putea fi luate fiind cele făcute pentru motivele enunțate în art. 8 din Convenția europeană: nu este admis amestecul unei autorități publice în executarea acestui drept decât în măsura în care acest amestec este prevăzut de lege și dacă constituie o măsură care, într-o societate democratică, este necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economiei țării, apărarea ordinii și prevenirii faptelor penale, protejarea sănătății sau a moralei, ori protejarea drepturilor și libertăților altora⁸, iar, în al doilea rând, „statul trebuie să acționeze pentru a asigura respectul efectiv a vieții de familie în scopul de a permite interesatilor să desfășoare o viață familială normală”⁹.

Constituția impune autorităților publice obligația de a respecta și ocroti viața intimă, familială și privată, recunoscându-se de fapt că orice persoană fizică, orice om, are dreptul la propria sa viață intimă, familială și privată. Constituția utilizează trei noțiuni — viață intimă, viață familială, viață privată — pe care în mod firesc nu le definește. Aceasta pentru simplu motiv că dispozițiile constituționale nu dau definiții, nu le clasifică, acestea fiind de domeniul științei dreptului. Dar trebuie să observăm că o definiție a acestor trei noțiuni largi, stabilirea concretă a dimensiunilor lor rămâne în sarcina autorităților care operează cu ele în cazurile concrete și într-un context determinat. Aceste trei noțiuni deși sunt într-o corelație indisolubilă, deși se explică unele prin altele, ele, într-o exprimare juridică riguroasă, nu se confundă totuși, fapt pentru care au trebuit menționate distinct, pentru ca ocrotirea lor să fie, pe cât posibil, din punct de vedere juridic, ireproșabilă. Dacă prin viață familială se înțelege privitor la familie (destinat familiei, aparține familiei), viața intimă și viața privată, sunt mai dificil de diferențiat. Aceasta pentru că viața intimă este, prin ea însăși privată, iar viața privată poate fi, prin ea însăși, intimă¹⁰.

Dreptul la viață privată și intimă a fost definit și în jurisprudența Comisiei Europene a Drepturilor Omului. Astfel, s-a stabilit că acesta este „dreptul la intimitate,

7 Moroșan I., Gîrbu N. Reglementarea juridică a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, Chișinău: Universitatea de Criminologie, 2003, p. 83.

8 Convenția Europeană pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale.

9 Guceac I. Curs elementar de drept constituțional, p.105.

10 Muraru I., Tănăsescu s. Drept constituțional și instituții politice. București: Lumina Lex, 2001, p. 211.

dreptul la viață intensă cât de mult dorește o persoană protejată de publicitate..., dreptul de a stabili și a dezvolta relații cu alte ființe umane, în special din punctul de vedere emoțional pentru dezvoltarea și împlinirea personalității fiecăruia¹¹.

Prin art.8 din Convenția Europeană este protejată o sferă largă de interese de natură personală, uneori chiar suprapunându-se, cuprinse în noțiunea generală de „drept la viață privată, de familie, corespondență și domiciliu“. Aceste interese, numite generic de profesorul Rennuci „drept la intimitate“, nu sunt definite strict de Convenție. Pentru păstrarea unei flexibilități necesare dezvoltării jurisprudenței sale, Curtea Europeană a evitat, de asemenea, să le definească de o manieră strictă, preferînd să utilizeze, adeseori, o terminologie dublă, sau chiar triplă, același act încălcînd atît dreptul la viață privată, cât și dreptul la viață familiară ori la corespondență¹².

Dreptul persoanei de a întemeia o familie face parte din drepturile iminente ființei umane. El își află ocrotirea în legislație, familia constituind cadrul vieții individuale și al educării copilului. Declarația Universală a drepturilor Omului proclamată în art.16: „Familia constituie elementul natural și fundamental al societății și are dreptul la ocrotire din partea societății și a statului“¹³.

Viața familială relevă acel aspect al vieții persoanei care aparține, este destinat familiei (formă socială de bază, întemeiată prin căsătorie, care constă din soț, soție și descendenții lor) și semnifică legătura substanțială și afectivă dintre persoanele care constituie o familie. În funcție de condițiile sociale, economice, culturale, istorice, de diverse concepții ideologice, religioase și filozofice, viața familială poate evolua și semnificația acesteia capătă diferite aspecte (poate cuprinde un grup mai larg sau mai restrîns de persoane unite pe bază de rudenie de sînge, de afiliere etc.).

Viața familială este o noțiune largă, cuprîzînd aspecte legate de dreptul persoanei la căsătorie, relațiile dintre soți, relațiile dintre părinți și copii, relațiile de rudenie, desfacerea căsătoriei și decăderea din drepturi părintești, succesiunea, moștenirea etc.

În mod special, aspectele vieții de familie sînt tratate într-o serie de articole constituționale (art. 48 Familia; art.49 Protecția familiei și a copiilor orfani, art. 50 Protecția mamei, a copiilor și a tinerilor), Codul familiei, Codul civil și de multe acte normative în domeniul protecției sociale.

Este adevărat că, spre deosebire de art. 23 pct.1 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice¹⁴, care dispune că „familia este elementul natural și fundamental al societății și trebuie să se bucure de ocrotire din partea societății și a statului“, Convenția europeană nu proclamă importanța familiei în societate. Jurisprudența organelor sale, așa cum vom arăta în cele ce urmează, i-a recunoscut

11 Iancu Gh. op. cit., p.144.

12 Bogdan D., Selegean M. Drepturi și libertățile fundamentale în jurisprudența Curții Europene a Dreptului Omului. București: Editura All Beck, 2005, p. 344.

13 Declarația Universală a Drepturilor Omului din 10.12.1948. http://legislatie.resurse-pentru-democratie.org/drepturi_onu.php.

14 Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice din 16.12.1966. http://www.irdo.ro/file.php?fisiere_id=80&inline

din deplin această importanță, indiferent care i-ar fi componența: biologică sau creată prin înfiere. Desigur, în analiza noțiunii de „familie“ nu se poate face abstracție de dispozițiile art. 12 din Convenție, care consacră dreptul la căsătorie¹⁵.

Este un drept care exprimă la nivelul drepturilor omului realitatea, în sensul căreia familia este elementul natural și fundamental al societății. Astfel, Constituția și legile recunosc și garantează bărbatului și femeii dreptul de a se căsători și de a întemeia familie de la o vîrstă nobilă. Nici o căsătorie nu se poate încheia fără consimțămîntul liber și deplin al viitorilor soți.

Conceptul de viață de familie a evoluat în mod constant începînd cu redactarea Convenției Europene sub influența schimbărilor juridice și sociale. În consecință, Curtea Europeană a adoptat o abordare docilă, în ceea ce privește interpretarea sa (cum ar fi ceea a conceptului de viață privată), ținînd cont de diversitatea formelor de familie, precum și implicațiile divorțului și a progreselor medicale în lumea modernă. Formularea art.8 din Convenție plasează familia în centrul sferei private unde se presupune că ea se exercită liber, sub tutela ingerințelor statului. Cu toate acestea, articolul în cauză nu prevede dreptul explicit de fondare a unei familii spre exemplu prin căsătorie sau avînd copii.

Este important de a sublinia că „viața de familie“ este o noțiune autonomă, interpretată de Curtea Europeană independent de semnificația pe care o are în dreptul național al statelor membre. Pînă acum nu există însă o definiție precisă a vieții de familie în jurisprudență, Curtea evitînd acest lucru pentru a avea flexibilitatea necesară adaptării soluțiilor sale la evoluția sociale.

Conform art.8 din Convenție, statul are obligația de a proteja viața de familie existentă. Altfel spus, art. 8 presupune existența unei vieți de familie, iar nu numai dorința de a întemeia familia. În acest sens, se poate spune că art. 8 nu privește dreptul de a întemeia o familie prin căsătorie, dreptul de a divorța sau de a avea ori adopta copii.

Întemeierea unei familii prin căsătorie este reglementată de art.12 din Convenție, intitulat „Dreptul la căsătorie“ conform căruia, „începînd cu vîrsta stabilită prin lege, bărbatul și femeia au dreptul de a se căsători și de întemeia o familie, conform legislației naționale ce reglementează exercitarea acestui drept“¹⁶.

Diferența dintre art.12 și art.8 este că primul consacră dreptul de a forma o asocierie legal recunoscută, care produce anumite efecte juridice, între un bărbat și o femeie, iar cel de-al doilea protejează indivizii de orice insurgență, după ce a fost realizată o viață de familie, pe calea căsătoriei¹⁷.

Garantînd acest drept art. 8 presupune existența unei familii. Pentru definirea acestei noțiuni, Comisia Europeană și Curtea Europeană au pus accentul pe efectivitatea vieții familiale: din momentul și din singurul fapt al nașterii, există între

15 Birsan C. Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole. Ediția a 2-a, București: All Beck, 2010, p. 645.

16 Convenția Europeană pentru apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale.

17 Bogdan D, Selegean M. Op. cit., p. 350-351.

copil și părinții săi o legătură constitutivă a vieții familiale. Așadar, noțiunea de „familie“ a fost extinsă de către Curtea Europeană dincolo de relațiile formale și de aranjamentele legale. Din momentul în care există o viață familială efectivă, fiecare familie, fie „legitimă“ sau „naturală“ cade sub protecția art.8. Viața familială a părinților față de copiii lor nu încetează prin divorț, nefiind legată de căsătorie. În cauza Șerife Yigit c. Turciei (2009), Curtea a arătat că reclamanta, soțul acesteia și copiii lor, constituiau o familie în sensul articolului 8, chiar dacă soții fuseseră căsătoriți doar religios, nu și civil, dar refuzul autorităților de a recunoaște căsătoria religioasă nu constituie o violare a acestui drept¹⁸.

Viața de familie acoperă, așadar, relațiile dintre soți, cele dintre părinți și copii, dar și relațiile dintre frați, dintre bunici și nepoți sau chiar dintre unchi și nepoți. De asemenea, adopția este considerată ca dând naștere unei vieți familiale dintre adoptat și adoptator. Mai mult decât atât, aplicând criteriul efectivității și nu cel al rudeniei de sînge, Curtea a recunoscut existența unei „familii de facto“ în cazul legăturilor dintre un transsexual (născut de sex feminin), partenera sa și copilul acesteia, născut prin însemnare artificială de către terțul donator. Curtea Europeană nu recunoaște însă existența unei vieți familiale în cazul cuplurilor homosexuale.

Respectul vieții familiale impune statului obligația de a acționa astfel încît să permită celor interesați să ducă o viață familială normală și de a dezvolta relații efective în cadrul acestuia.

În jurisprudență Curții de la Strasbourg, dreptul la respectul vieții familiale apare în multiple dimensiuni: dreptul la căsătorie și de a întemeia o familie, dreptul părinților de a relaționa cu copiii lor, drepturile copilului natural.

Articolul 12 al Convenției nu definește dreptul de a se căsători, plasîndu-l în cadrul legislațiilor naționale care-i reglementează exercițiul. Într-o primă etapă jurisprudențială, Curtea a stabilit într-un mod mult mai restrictiv decât Comisia condițiile de exercițiu a acestui drept, nerecunoscînd transsexualilor existența unui asemenea drept: art. 12, garantînd dreptul de a se căsători, vizează căsătoria tradițională între două persoane de sex biologic diferit. În cauza Christine Goodwin c. Marii Britanii (2002)¹⁹, pornind de la reevaluarea jurisprudenței sale privind situația transsexualilor, Curtea a acceptat existența unui drept la căsătorie al transsexualilor operați. Nu este recunoscut însă acest drept în cazul homosexualilor²⁰.

Articolul 12 permite statelor interdicția, prin lege, a bigamiei. Dreptul ocrotit de acest capitol presupune, în viziunea Curții, existența unui cuplu și nu include dreptul unei persoane celibatate de a adopta un copil [cauza Frette c. Franței (2002)]. Cu toate acestea, în cauza E. B. c. Franței judecătorii europeni au refuzat orice interpretare

18 Cauza Șerife Yigit c. Turciei, nr. 3976/05. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101579#{„itemid„:\[„001-101579„\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101579#{„itemid„:[„001-101579„]}).

19 Cauza Christine Goodwin c. Marea Britanie, nr. 28957/95. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-65153#{„itemid“:\[„001-65153“\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-65153#{„itemid“:[„001-65153“]}).

20 Sudre F. Drept European și Internațional al drepturilor Omului. Iași: Polirom, 2006, p.334-335.

prea extensivă a art.12. Astfel, ei au negat existența unui drept la divorț în cauza Johnston c. Irlandei(1986)]²¹.

Dreptul la respectarea vieții de familie. Ca noțiune „viața de familie“ nu este strâns legată de existența unei căsnicii sau legături de rudenie (adopție) și poate exista în afara acestor legături, apreciindu-se de la caz a caz — familia trebuie înțeleasă dincolo de relațiile formale și angajamentele legale.

Astfel, de protecția dreptului la respectarea vieții de familie beneficiază căsătoriile reale și efective (și nu cele fictive), relațiile dintre părinți și copii, bunici și nepoți, concubinajul, relațiile dintre persoane de același sex. Totuși, această protecție are și limite: nu se protejează formarea unei familii, ci o familie deja existentă (dreptul la căsătorie și de a forma o familie e garantat separat în instrumentele convenționale). Obligația statului este de a permite desfășurarea unei vieți de familie normale și a relațiilor efective în cadrul acesteia.

Anumite aspecte din jurisprudența Curții Europene referitor la viața de familie merită a fi subliniate:

- *situația copilului natural*, care trebuie să beneficieze de o integrare în familie încă de la naștere și de un tratament nediscriminatoriu în raport cu copilul născut în cadrul unei căsătorii;
- *salvgardarea relațiilor dintre părinți și copii*, întrucât în jurisprudența internațională se consideră că pentru un părinte și un copil a fi împreună este esențial, iar toate măsurile luate de autorități (inclusiv plasarea în asistență publică) trebuie să vizeze reintegrarea copilului în familie, cu urmărirea interesului său superior. De aceea, legătura dintre copii și părinți trebuie menținută în mod real efectiv, cu excepția cazurilor în care aceste raporturi ar dăuna dezvoltării copilului. Astfel, statele trebuie să adopte măsurile necesare pentru amenajarea și respectarea dreptului părintelui de a menține legături personale cu copilul, inclusiv în caz de divorț;
- *expulzarea străinilor*, în cazul străinilor care au trăit o perioadă pe teritoriul unui anumit stat se pune problema ruperii unor legături familiale. Această apreciere are în vedere pe de o parte controlul imigrărilor și protecția ordinii publice, iar pe de altă parte, legăturile pe care persoana le are cu țara unde se face expulzarea; lipsa unor legături efective cu această țară și desfășurarea vieții familiale în țara ce a adoptat măsura fac ca aceasta să afecteze grav viața de familie a persoanei;
- *dreptul fundamental de a primi informații privind originea și identitatea ca individ*²².

Efectivitatea relației interpersonale constituie criteriul determinant al vieții de familie. Conviețuirea reprezintă, în principiu, o condiție decisivă a efectivității

21 Selejan-Guțan B. Protecția europeană a dreptului omului. București: C. H. Beck, 2011, p. 168-169.

22 Miga Beșteliu R., Brumar C. Protecția internațională a drepturilor omului. București: Universul juridic, 2010, p. 172-173.

legăturii de familie. Mai cu seamă hoătrîrea X, Y, Z contra Marea Britanie marchează extinderea semnificativă a sferei de aplicare a „vieții de familie“, consacărînd recunoașterea, sub acest titlu, a unor raporturi de facto, în afara oricărei legături de rudenie. Curtea Europeană califică, într-adevăr, drept „raporturi familiale de facto“ raporturile dintre un transsexual născut de sex feminin, partenera sa și copilul acesteia din urmă, născut prin însemînțare artificială cu sperma unui terț donator, întemeindu-se atît pe efectivitatea raporturilor, cît și pe „aparențe“ care par să suplimenteze absența rudeniei. Această recunoaștere a existenței unei vieți de familie între un transsexual și copilul partenerei sale nu produce însă efecte, deoarece Curtea se sprijină de absența unei norme europene comune în materie de acordare a drepturilor părintești transsexualilor pentru a constata ca art. 8 nu prevede în sarcina autorităților naționale o obligație pozitivă de a „recunoaște în mod oficial ca tatăl al copilului o persoană care nu este tatăl său biologic“²³.

Se pune problema criteriilor ce trebuie avute în vedere pentru a determina existența unei relații efective, adică a vieții de familie protejabilă în baza art. 8 din Convenție. În literatura de specialitate se menționează că determinarea caracterului efectiv al relației depinde de natura acesteia: precum cuplurile căsătorite și copii născuți din căsătorie, ca și pentru alte relații de familie strînse, efectivitatea acestor relații este prezumată cu excepția cazului în care absența ei este evidentă sau dovedită ca atare. Așa cum am menționat și anterior, deși coabitarea este un indiciu important în evaluarea stabilității relației, ea nu este totuși o condiție sine qua non, nefiind esențial ca membrii cuplului să locuiască împreună. În cazul celorlalte relații, pentru a decide dacă există viață de familie sunt luați în considerare mai mulți factori, printre care, în primul rînd, stabilitatea relației și intențiile părților.

Vîrsta sau dependența pretinsei victime a încălcării art. 8 de celelalte persoane cu care afirmă că are o viață de familie reprezintă alți factori ce pot fi luați în considerare la aprecierea efectivității relațiilor, deci a existenței unei vieți de familie.

Alte criterii menționate în literatura de specialitate ar putea fi: cine a avut inițiativa separării în trecut, natura legăturilor continue existente, tradițiile familiale ale diferitelor comunități culturale, religioase și etnice, gradul de dependență din punct de vedere material și spiritual²⁴.

Raporturile între părinți și copii. Cu privire la raporturile dintre părinți și copii, instanța europeană a decis că noțiunea de „familie“ avută în vedere art. 8 are drept consecință că un copil care s-a născut dintr-o asemenea uniune juridică este inserat de plin drept în cadrul ei; aceasta înseamnă că din momentul și datorită însăși împrejurării nașterii sale există între copil și părinții săi o legătură constitutivă de viață de familie, iar evenimentele ulterioare nu o pot distruge decît în circumstanțele excepționale.

23 X, Y, Z c. Marea Britanie, nr. 21830/93. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58032#%7B%22itemid%3A%5B%5C%22001-58032%5C%22%5D%7D>.

24 Bogdan D, Selegean M. Op. cit., p. 363-364.

Jurisdicția europeană consideră că legăturile personale între părinte și copilul său reprezintă un element fundamental al vieții de familie, chiar dacă relația între părinți s-a rupt, iar măsurile interne care ar împiedica o asemenea relație constituie o ingerință în dreptul la viață familială, proteguit de art.8 din Convenție.

Revenind la relația dintre părinți și copiii născuți în afara căsătoriei, instanța europeană a decis că o simplă legătură biologică, fără alte elemente juridice sau factuale care să indice existența unor raporturi personale strânse între un părinte și copilul său, nu are a fi considerată suficientă pentru a intra sub protecția instituită de art. 8 din Convenție²⁵.

În ceea ce privește alte relații Curtea determină existența unei vieți familiale examinând faptele fiecărei cauze. Numeroasa jurisprudență cu privire la familie și alte aranjamente pot fi analizate precum urmează:

- o viață familială poate exista între copiii și bunicii lor, aceștia din urmă jucând un rol considerabil;
- Frații și surorile, ca copiii și ca adulți, intră în mod legal în conceptual de viață de familie;
- Relația între unchi sau o mătușă și nepotul sau nepoata sa intră în mod egal în conceptual de viață de familie dacă sunt dovezi detaliate referitoare la legături personale strânse. Astfel, în cazul Boyle c. Marea Britanie Judecătoria de la Strasbourg au estimat că legăturile dintre un unchi și nepotul său constituiau o viață de familie, în măsura în care copilul petrecea week-end-urile la unchiul său și acesta din urmă întruchipa în ochii săi „imaginația” tatălui²⁶;
- O viață de familie poate să existe între părinți și copiii adulterini, mai ales în cazul lor când paternitatea lor a fost recunoscută și când părțile se bucură de relații personale strânse;
- Relația dintre părinți adoptivi și copiii lor se află în principiu sub protecția art. 8;
- Problema de a ști dacă legăturile dintre un copil adoptiv și părinții adoptivi constituie o viață de familie depinde de faptele cauzei, în particular de existența relațiilor personale strânse între copil și părinții săi naturali și de timpul pe care l-a petrecut deja în familia sa adoptivă. Cu cât aflarea în familia adoptivă se prelungeste, cu atât sunt mai mari șansele unor relații echivalente cu viața de familie.

Odată ce sunt stabilite, legăturile de rudenie nu iau sfârșit odată cu divorțul sau dacă părțile decid să nu mai trăiască împreună. Ele nu se termină nici prin decizia de a plasa copilul într-o familie adoptivă. Deși legătura în cauză poate fi întreruptă de unele evenimente ulterioare, precum adoptarea sau expulzarea, Curtea a stabilit că aceasta nu se întâmplă decât în circumstanțe excepționale²⁷.

25 Birsan C., p. 648.

26 Cazul Boyle c. Marea Britanie, nr. 55434/00. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84285#{"itemid":\["001-84285"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84285#{).

27 Kilkelly U. Dreptul la respectarea vieții private. Ghid privind punerea în aplicare a articolului 8 al Convenției europene pentru Drepturile Omului, Chișinău, 2003, p.19-20.

În general, Comisia și Curtea favorizează relațiile familiale „verticale“ (copii minori, părinți, bunici) mai curînd decît cele „orinzotale“ (frați, nepoți de frate, etc.). În cazul *Olsson vs. Suedia* (1998) totuși, cauză în care trei copii fuseseră încredințați în plasament familial unor familii îndepărtate unele de altele, Curtea a lăsat cel puțin să se înțeleagă că acei copii puteau să-și revindece dreptul la respectarea vieții lor de familie, unul față de celălalt, independent de raporturile cu părinții lor²⁸.

În afară de schimbările demografice și sociologice observate în Europa, anumite evenimente pot să perturbeze, de asemenea, viața familiilor tradiționale și să afecteze dreptul la o viață de familie.

Forța dreptului la viața de familie a deținuților diferă în dependență de cauza detenției: persoanele care ispășesc o pedeapsă criminală se bucură în general de o protecție inferioară față de cei deținuți din alte motive (precum cele enumerate în articolul 5 din Convenție). De exemplu, faptul de a limita numărul vizitelor la una pe lună a fost analizată drept o încălcare a articolul 8 într-o instanță în care reclamanta era deținută cu scopul de a constrînge să respecte o obligație legală și nu contesta motivele încarcerării sale (*Nowicka c. Poloniei*)²⁹. Chiar dacă cei doi soți sunt recunoscuți vinovați de o infracțiune penală, Curtea estimează că o interdicție a oricărui contact între ei timp de un an constituie o restricție disproporționată drepturilor care le sunt acordate de articolul 8 (*Klamecki c. Poloniei*)³⁰.

Atunci cînd autoritățile executive se bucură de o putere discreționară absolută pentru a limita sau a interzice vizetele sau corespondența familiei deținuților, Curtea poate stabili o încălcare a art. 8 care prevede că ingerințele în dreptul la respectarea vieții de familie trebuie să fie „prevăzute de lege“ (*Lavents c. Leteoniei* (2002), *Poltoratskiy c. Ucrainei* (2003)). De altfel, atunci cînd un organ legislativ promulgă linii directe în materie de limitare a vizetelor membrilor de familie la categorii particulare de deținuți, Curtea poate decide asupra unei încălcări a art. 8 doar dacă motivele sunt deosebit de convingătoare și există o posibilitate de a reduce restricțiile (*Mesisina c. Italiei* (2000): regim special impus indivizilor asociați mafiei)³¹.

Adopția. Recent, Curtea europeană a fost confruntată cu problema aplicabilității depozițiilor art. 8 din Convenție, privitoare la protejarea vieții de familie în materia adopției. Astfel, într-o cauză în care reclamantii, cetățeni italieni, deveniți părinți adoptivi ai unor copii români aflați într-o instituție privată de ocrotire socială, au susținut că imposibilitatea în care se află de a executa hotărârile judecătorești de încuviințare a adopției copiilor și de a-i putea lua cu ei în Italia reprezintă o încălcare a dreptului lor la viață familială. Pentru a răspunde la întrebarea dacă faptele speței intră în domeniul

28 Micu D. *Garantarea Drepturilor Omului în practica Curții Europene a Drepturilor Omului și în Constituție României*. București: All Beck, 1998, p. 66.

29 *Cazul Nowicka c. Poloniei*, nr. 30218/96. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60791#{„itemid„:\[„001-60791„\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60791#{„itemid„:[„001-60791„]}).

30 *Cazul Klamecki c. Poloniei*. http://www.hrcr.org/safrica/arrested_rights/Klamecki.html.

31 *Gomien D. Ghid (vade-mecum) al Convenției Europene a drepturilor Omului*, Chișinău: Biroul de Informare al Consiliul Europei a Republicii Moldova, 2006, p. 89-90.

de aplicare a art. 8, instanța europeană a arătat, mai întâi, că, potrivit jurisprudenței sale constante, dispozițiile Convenției au a fi aplicate în concordanță cu principiile de drept internațional, în particular cu cele privitoare la protecția drepturilor omului, astfel că din acest punct de vedere, pe terenul art. 8, statele contractante sunt ținute, în domeniul adopției, de obligațiile ce le revin în lumina dispozițiilor Convenției și la Haga din 29 mai 1993 privitoare la protecția copiilor și la cooperarea în materia de adopție internațională, a Convenției O.N.U asupra drepturilor copilului din 20 noiembrie 1989 și a Convenției europene privitoare la adopția copiilor, încheiată la Strasbourg în anul 1967. În al doilea rând, ea a reiterat o jurisprudență mai veche a fostei Comisii, potrivit cu care, chiar dacă adopția nu se află, ca a tare, printre drepturile garantate de Convenție, relațiile între adoptator și adoptat sunt, în principiu, de aceeași natură cu relațiile de familie protejate de art. 8 al acesteia³².

„Viața de familie“ în situațiile cuplurilor homosexuale. În jurisprudența organelor Convenției s-au pus unele probleme legate de aplicabilitatea art. 8 în privința creării sau păstrării unei vieți de familie în situația minorităților sexuale.

Fosta Comisie a decis că relațiile din cadrul unui cuplu homosexual nu țin de dreptul la respectul vieții familiale; ele aparțin dreptului la respectul vieții private a persoanei. Așa fiind, o relație homosexuală nu poate constitui viață de familie în sensul art. 8, astfel că partenerul homosexual nu poate prevala de acest text pentru a obține, la decesul companionului său, transferul în beneficiul lui al contractului de încheiere al cărui titular era cel decedat. De altfel, instanța europeană a arătat că, potrivit jurisprudenței constante a organelor Convenției, relațiile homosexuale durabile dintre doi bărbați nu intră în domeniul de aplicație a dreptului la viață de familie, protejat de art. 8³³.

Conform Comisiei, în ciuda evoluției moderne a atitudinilor, relația dintre gay și lesbiene nu se încadrează în scopul dreptului la o viață de familie. În consecință, acolo unde Regatul Unit a refuzat ca partenerul homosexual al unui cetățean britanic să părăsească sau să între în Regatul Unit împreună cu acesta, Comisia a considerat că refuzul nu influențează nici dreptul la familie. Deși poate părea o problemă de viață privată, Comisia a considerat că nu a fost evident faptul că reclamanții nu pot trăi altcumva sau că legătura lor cu Regatul Unit este un element esențial pentru relația lor. Această abordare menține accentul pe cuplul heterosexual tradițional, ca fiind noțiunea de bază pentru familie, care este din ce în ce mai puțin o normă. Organismele Convenției au extins treptat noțiunea de viață de familie pînă la situațiile în care există de facto o viață de familie între heterosexuali în afară de căsătorie. Totuși acest fapt nu s-a extins și la persoanele gay sau la lesbiene care au o relație stabilă și de durată, avînd chiar și copii al întreținere. În cauza *Kerkhoven contra Olandei*, în care doua lesbiene au trăit într-o relație de lungă durată și au împărțit rolul de părinte față de copilul lor IAD (însemnare artificială prin donator), tribunalele olandeze au

32 Birsan C. Op. cit., p. 654-655.

33 Birsan C. Op. cit., p. 656-657.

refuzat reclamația depusă de una dintre parteneri pentru a fi considerată mamă a copilului sau autoritate părintească. Comisia a găsit că articolul 8 nu indică faptul că statul ar avea o obligație categorică de garantare a drepturilor părintești ale unei femei care trăiește cu mama copilului respectiv. Deși relațiile homosexuale se pot încadra în scopul vieții private, Comisia a considerat că refuzul de a acorda o autoritate părintească nu lezează viețile private a reclamantilor. Această abordare pare să treacă cu vederea sau să o facă abstracție de problemele care ar putea să apară la decesul mamei copilului, unde în absența vreunei recunoașteri legale a rolului de părinte al partenerei, aceasta poate fi în dezavantajul atunci când se analizează pretențiile de continuare a custodiei asupra copilului³⁴.

Sfera de aplicare a dreptului la respectarea vieții de familie cuprinde, pe de altă parte, măsurile de îndepărtare a străinilor de pe teritoriul național (întoarcerea la graniță, expulzarea, extrădarea), în măsura în care acestea antrenează o dezbinare, a familiilor, precum și măsurii excepționale, cum ar fi dărîmarea unor locuințe de către forțele de securitate (*Mentes c. Turcia*; *Selcuk și Asker c. Turcia*), strămutarea unor persoane, cu consecința despărțirii definitive a familiilor, sau diferite restricții ce afectează condițiile vieții cotidiene a ciprioților greci din nordul Ciprului, împiedicîndu-i să aibă o viață privată și de familie normal (*Cipru c. Turcia*)³⁵.

Art.1 din Convenția europeană cere statelor părți ca ele să recunoască tuturor persoanelor care se aflau în jurisdicția lor — și nu doar cetățenilor lor — drepturi și libertăți definite în acest instrument. Realizarea acestui principiu apare fără îndoială drept cel mai clar în seria de cauze care afirmau o încălcare a dreptului la viața de familie care rezulta din deportarea sau revocarea titlului de sejur al unei persoane care nu era cetățean al unui Stat parte, însă care a stabilit o viață familială în vreuna dintre ele. Pentru a determina dacă o asemenea măsură poate fi analizată drept o încălcare a dreptului la viața de familie, Curtea europeană examinează un anumit număr de factori a căror complexitate face dificilă enunțarea principiilor directe clare extrase din jurisprudența sa.

Majoritatea cauzelor se referă la proiectul de expulzare a unui individ care a fost condamnat pentru una sau mai multe infracțiuni grave și care a ispășit în mod normal pedeapsa cu închisoare care i-a fost impusă. În general, Curtea ține cont nu doar de numărul sau de gravitatea delictelor comise, ci și de situația personală a interesatului. Curtea a constatat încălcări în acele cazuri când persoana nu avea contacte reale cu țara în care trebuia să fie trimisă și/ori avea legături foarte strînse cu familia sa, ce locuia în țara care dorea să-l expulzeze.

Problemele de imigrare și deportare legate de bulversările istorice înregistrate în Europa abia încep să fie redactate în fața Curții europene. În cauza *Slivenko c. Letoniei* (2003), o femeie de origine rusă care și-a petrecut practic toată viața în Letonia s-a căsătorită cu un ofițer al armatei ruse și din uniunea lor s-a născut o fiică. Când

34 Reid K. Ghidul specialistului în Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Chișinău: Cartier Juridic, 2005, p. 400-401.

35 Sudre F. Op. Cit., p. 336.

Letonia și-a obținut independența, membrii familiei au fost înregistrați drept cetățenii ai fostei URSS. În consecință, soțul a fost constrâns să părăsească Letonia în cadrul unui tratat bilateral ce organiza retragerea forțelor armate ruse. Autoritățile au anulat în consecință înregistrarea reclamantelor și au ordonat deportarea lor. Astfel ele au fost expulzate din apartamentul lor, reținute și deținute pentru scurt timp într-un centru pentru imigranții ilegali. Cu toate că au sfârșit prin a părăsi Letonia și au adoptat naționalitatea rusă, ele sunt lipsite de dreptul — în termenii hotărârii lor de expulzare — de a reveni în Letonia timp de cinci ani și, după ce trece acest termen, nu pot să revină decât pentru o perioadă care nu depășește nouăzeci de zile în semestru, fapt ce a complicat vizitarea părinților bolnavi. Curtea a stabilit în acest caz încălcarea art.8³⁶.

Legitimitatea măsurii de expulzare, dacă presupunem că persoana care este obiectul acestei din urmă are o viață de familie pe teritoriul unde ea este expulzată, depinde nu doar de posibilitatea de a fi urmată de către apropiații săi în statul în care a fost expulzat, considerată în abstracto, ci și de cadrul de viață oferit de acest stat apropiaților săi, ceea ce implică o examinare în concreto. Posibilitatea pentru un cuplu de a avea o viață în comun nu trebuie evaluată doar în plan teoretic, dar de asemenea ținând cont de momentul când căsătoria a fost contractată și de așteptările pe care le puteau nutri în acel moment soții în ceea ce privește locul lor de reședință comună. Ambele remarce care au fost făcute ne conduc deja spre domenii vecine cu frontiera între viața de familie și viața privată, una și de alta protejate de către art.8 al Convenției.

Pentru ca viața privată să nu se limiteze la crearea în jurul individului a unei sfere de intimitate, în care autoritățile publice nu pot în principiu să se amestece, ci ca ea să cuprindă, într-o anumită măsură, și dreptul de a stabili și de a întreține relații cu alte ființe umane, în special în domeniul afectiv, în scopul dezvoltării și realizării propriei sale personalități, viața privată, ca și viața de familie, impune restricții Statelor părți la Convenție în ceea ce privește măsurile de expulzare adoptate față de străinii care se află pe teritoriul acestora.

Bineînțeles, că ar fi de preferat ca din acest punct de vedere să fie abordate cazurile unde sînt puse în cauză măsurile de expulzare din teritoriul: deoarece „dacă străinii integrați amenințați de expulzare nu sînt toți căsătoriți, toți au o viață privată”. Or, Curtea, în ceea ce ține de cazurile de imigrare, urmează tocmai demersul invers care constă în a se sprijini mai degrabă pe dreptul la respectarea vieții de familie decât pe dreptul la respectarea vieții private³⁷.

În final am dori să menționăm următorul fapt — cît de diverse nu ar fi aspectele dreptului la respectul vieții familiale, nimeni nu se poate amesteca sau interveni în familială a altei persoane fără consimțămîntul acesteia din urmă, consimțămînt care trebuie să fie explicit și exprimat în mod liber, autorităților publice revenindu-le obligația de a lua toate măsurile și dispozițiile posibile în vederea ocrotirii acestui drept fundamental.

36 Gomien D. Op. cit., p. 92-94.

37 Schutter O. Convenția Europeană pentru Drepturile Omului și protecția persoanelor care necesită protecție internațională. Chișinău, 2000, p. 199-200.

ORGANIZAREA ȘI FUNCȚIONAREA OFICIILOR CADASTRALE TERITORIALE

Pavel TAMACIU, doctorand, ULIM

Recenzent: **Lilea MĂRGINEANU**, doctor în drept, conferențiar universitar ad interim

This article refers to the services provided by the territorial cadaster offices, as well as by private companies, to the population of Republic of Moldova, the analysis of errors committed in the process of performance of cadastral works: the actualization of land lots adjacent to the private property objects, retaining basic principles and key elements of organizing and functioning of this service on the national level. The 2006-2014 period of activity of territorial cadaster offices of Republic of Moldova had been analyzed, and there have been made pertinent proposals and conclusions.

Key words: cadaster office, cadaster, lot, local public administration, OrtFoto, inside town, outside town, general borders

Prezentul articol se referă la serviciile prestate de către oficiile cadastrale teritoriale, cât și a firmelor private, populației Republicii Moldova, analiza erorilor comise în procesul de executare a lucrărilor cadastrale: actualizarea terenurilor aferente obiectelor privatizate, menținând principiile de bază și elementele-chee ale organizării și funcționării acestui serviciu în plan național. Analiza activității oficiilor cadastrale teritoriale din țară în perioada 2006—2014, oferindu-se propuneri și concluzii pertinente.

Cuvinte cheie: oficii cadastrale, cadastru, teren, administrație publică locală, OrtFoto, intravilan extravila, hotare generale.

Situația în domeniul cadastrului din anii 2006 și pînă în prezent s-a îmbunătățit esențial în legătură cu implimentarea programelor performante în executarea lucrărilor cadastrale.

În procesul de cercetare și identificare a problemelor în activitatea oficiilor cadastrale teritoriale, sunt depistate încă multe erori, care le putem caracteriza ca factori: tehnici și umani, care pînă la urmă sunt corecțați, deoarece orice eroare, mai devreme sau mai tîrziu apare ca un obstacol, care nu permite executarea altor lucrări cadastrale în teren.

În procesul studiului de executare a lucrărilor cadastrale, ca actualizare a terenului aferent a construcției am depistat cazuri de erori bine instrumentate și puse în practică, (factor uman) de către specialiștii pentru reglementarea chestiunilor funciare din primărie, care urmau să fie puse în practică cu acordul oficiului cadastral teritorial, prin modificarea configurației și suprafețelor de teren a vecinilor, drumurilor publice.

Exemplu: Consiliul primăriei comuna Pânășești, raionul Strășeni, a primit o decizie prin care modifică suprafața terenului de pe lângă casă, măbind suprafața ilegal.

Citat din Decizia nr.1/10 din 21 februarie 2014, consiliul comuna Pânășești raionul Strășeni, „Cu privire la regimul juridic al terenului public“, examinînd cererea cet. Panuș Andrei a.n. 1942, privind corectarea erorilor admise în planul geometric al terenului aferent casei de locuit, transmis în proprietate prin decizia consiliului comunal nr.1/3 din 02.03.2012, documentele respective, (actul de constatare pe teren, la modificarea planului cadastral / geometric cu nr. cadastral 8028202467.

Se aprobă unele modificări în anexa nr. 2 la decizia consiliului comuna Pânășești nr.1/3 din 02.03.2012, „Cu privire la implementarea proiectului de efectuare a lucrărilor cadastrale masive în teritoriul comunei Pânășești, după cum urmează:

La pagina nr. 42, rîndul nr.322 referitor la cet. Panuș Andrei, cifra „0228“ se substituie cu cifra „02350“ — cu schimbarea configurației a planului geometric cu numărul cadastral 8028202467, întocmit de societatea comercială, „Geomar Grup“ SRL la 10.02.2014.

Decizia și materialele au fost prezentate la oficiul cadastral teritorial, pentru operarea modificărilor în grafica bazei de date.

Raportorul proiectului de decizie, nu a informat consilierii ce se ascunde de fapt în această lucrare cadastrală. Întrebarea din proiectul de decizie: „Cu privire la regimul terenului public“ (dar în realitate se mărește suprafața unui locuitor, Panuș Andrei, este o tranzacție ascunsă), din materialele studiate s-a constatat că la momentul măsurării, vecinul a cărui interes a fost atins nu a fost invitat.

Reprezentantul oficiului cadastral teritorial (inginerul cadastral certificat), responsabil pentru verificarea corectitudinii îndeplinirii lucrărilor cadastrale, operarea modificărilor în baza de date, configurației și suprafeței substituie, de la cifrele „0228 la 02350“, conform procedurii de operare — 10 (PO), ediția 02 întreprinderii de Stat „CADASTRU“ a depistat abateri de la procedura de operare sus menționată și a refuzat de a modifica configurația și mărirea suprafeței terenului prin constatarea faptului:

— În urma examinării materialelor prezentate la oficiul cadastral teritorial de către specialistul pentru reglementarea chestiunilor funciare a comunei Pânășești, s-a constatat: a) Planului geometric, actului de constatare pe teren la modificarea planului cadastral și/sau geometric nu este semnat de un vecin, a cărui interes este atins esențial, prin modificarea planului geometric, conform ordinului nr.140 din 06.08.2012, emis de Agenția Relații Funciare și Cadastru.

Concomitent prin decizia de modificare, schimbării configurației, nu se indică mărirea suprafeței cu 70 m.p. din contul drumului public și a vecinului care nu a semnat actul de constatare pe teren. În urma investigării lucrării de către specialistul oficiului, primăria comunei Pânășești a primit refuz la cererea depusă de a recepționa planul geometric a terenului în cauză.

Persoana cărui s-a încălcat dreptul de proprietate, a contestat decizia consiliului comunei Pânășești în instanța de judecată, concomitent adresînduse și la Cancelaria de Stat. În urma studierii lucrării, Cancelaria de Stat a trimis o notă informativă

consiliului comunei Pânășești solicitînd abrogarea deciziei, deoarece contravine prevederilor legislației în vigoare, menționînd:

— Potrivit art.5, aln.(1) din Legea nr.121–XVI din 04.05.2007, privind terenurile proprietate publică și delimitarea lor, de domeniul public al satului (comunei), sunt de drept real.

— Potrivit art.10, aln.(2), din Legea sus menționată, bunurile din domeniul public sunt: ilanielabile, insesizabile și inprescriptibile.

Instanța de Judecată a emis o Hotărîre prin care anulează decizia consiliului comunei Pânășești, parțial.

Legea nr. 1543–XIII/1998, (expres): în cazul actualizării planului cadastral — geometric a terenului, se informează în scris vecinii cu terenul aferent, în cauză a căror interese pot fi afectate, a căror prezență este obligatorie, care după măsurările efectuate contrasemnează schița pe suport de hîrtie, fiind de acord cu modificările planului cadastral — geometric, suprafeței mărite, de pe care în continuare se operează modificări în grafica bazei de date a Registrului oficiului cadastral teritorial.

Constatăm: Consiliul comunei Pânășești în cazul actualizării terenului cetățeanului sus menționat din s. Pânășești, a hotărît să mărească suprafața terenului prin micșorarea drumului public, afectînd accesul persoanelor adiacente spre casele de locuit.

Vînzarea–cumpărarea terenurilor proprietate publică destinate construcțiilor se efectuează prin concurs sau la licitație. (Legea privind prețul normativ și modul de vînzare–cumpărare a pămîntului, nr.1308–XIII din 25.07.1997, Art.4, Al. 9).

S–a încălcat Legea cadastrului bunurilor imobile Nr. 1543–XIII/1998, (lucrarea a fost executată de o firmă privată, cu încălcarea legislației),rezultatul cărui trebuia să rămînă ascuns. Concretizare, (Terenul public se înstrăinează numai prin licitație).

În scopul perfecționării specialiștilor în domeniul funcial a primăriilor, reprezentanții oficiilor cadastrale teritoriale periodic petrec seminare cu abordarea erorilor ce au loc în activitatea primăriilor, formarea bunurilor (terenurilor publice) care în continuare se dau în arendă, cît și vînzarea–cumpărarea acestora, conform actelor normative.

Cu părere de rău unele primării pentru a înstrăina bunurile imobile proprietate publică ilicit, preferă să se adreseze la firmele private, care în urma stabilirii bornelor de către responsabilul pe chestiuni funciare din primării executa lucrarea cu încălcarea legislației, cu un preț redus, prin actualizarea terenului persoanei și anexarea unei suprafețe de teren adiacent, public.

În așa scheme ilegale este anexarea terenului liber a primăriei la terenul proprietate privată, care nu atinge interesul altor persoane decît a primăriei, (tranzacția ascunsă) trece fără ca consilierii să cunoască. Deoarece este o procedură de verificare a suprafeței și configurației terenului aferent casei de locuit unde contrasemnează doar primarul și specialistul pentru reglementari funciare.

În multe cazuri un primar necompetent în cadastru, chestiuni funciare, care are încredere în specialistul funciar din primărie semnează documentele de actualizare

a terenului aferent casei de locuit, perfectat cu încălcarea legislației, cu bună intenție, ca rezultat se atribuie o porțiune de teren.

Oficiile cadastrale teritoriale verifică actul de constatare pe teren cu semnăturile obligatorii a tuturor persoanelor cu terenurile adiacente a căror interese pot fi atinse prin măsurarea suprafeței, schimbarea configurației terenului, dar semnăturile deseori se falsifică de către persoanele cointerestate.

La seminarele petrecute de către reprezentanții oficiilor cadastrale teritoriale, primarilor li se aduce la cunoștință necesitatea de a verifica cu ajutorul oficiilor terenurile proprietate publică libere, care nu sunt gestionate de primărie, dar sunt folosite de persoane care se mărginesc, fără ca să fie arendate sau privatizate, dar cu timpul anexate cu ajutorul specialiștilor primăriilor ilegale.

Identificarea terenurilor proprietate publică, neutilizate, (libere) se execută cu ajutorul și prin intermediul oficiului cadastral, firme private, prin vizualizarea bazei de date grafice.

Terenurile proprietate privată sunt înzestrate cu cod cadastral, terenurile primăriei libere, nu sunt actualizate și nu dispun de număr cadastral. În așa mod administrațiile publice locale atât de nivelul unu cât și de nivelul doi, la dorință pot identifica terenurile neutilizate, le pot da în arendă sau înstrăina pentru a primi beneficiu pentru acoperirea cheltuielilor pe proiectele de îmbunătățire a localităților administrate.

Oficiile cadastrale teritoriale conlucrează activ și cu secțiile funciare din cadrul consiliilor raionale, responsabili de cadastrul funciar care asigură autoritățile administrațiilor publice locale, întreprinderile, instituțiile, organizațiile interesate și cetățenii cu informația despre starea terenului în scopul organizării folosirii raționale și protecției lui, reglementării relațiilor funciare, regimul proprietății funciare, fundamentării proporțiilor plăților funciare, aprecierii activității economice, efectuării altor măsuri legate de folosirea terenului.

Dosirea tranzacției ascunse față de consilierii primăriei, are loc din motivul că în materialele proiectului de decizie nu se redă esența lucrării depline, cu mărirea suprafeței unui locuitor, din contul primăriei și a unei persoane, deoarece este un plan pus la cale bine aranjat de către specialistul pentru reglementări funciare din primărie.

Un lucru comun în evidența, colectarea informației, ținerea evidenței și darea de seamă anuală, la Agenția Relații Funciare și Cadastru, care evidențiază schimbările destinației pe parcursul anului a terenurilor, în partea micșorărilor a terenurilor cu destinație agricolă, mărirea suprafețelor din intravilan a administrațiilor publice locale de nivelul unu și doi.

Informația prezentată anual, pe categorii:

1. Intravilan, teren cu destinație construcții.
 2. Terenuri incluse în fondul ariilor, protejate de Stat.
 3. Terenuri arabile, pârloagă.
 4. Vii, livezi, plantații de nuci, plantații de dud, arbuști fructiferi, plantații mamă.
- I. Terenuri cu destinație agricolă:
1. Terenuri proprietate publică a unităților administrativ-teritoriale.

2. Terenuri din domeniul privat.
3. Alte terenuri de interes privat.
4. Pășuni.
5. Construcții.
6. Brigadă de construcții.
7. Fântâni arteziene.
8. Stații de purificare a apelor.
9. Societăți pe acțiuni.
10. Gospodării țărănești.
11. Deținătorii de construcții ingineresti de interes public: Union Finosa, Gospodării comunale, Întreprinderile de deservire a populației cu apă și canalizare.
12. Grădini.
13. Alte catedorii.

Terenurile satelor, orașelor, municipiilor:

1. Terenurile proprietate publică unităților administrativ-teritoriale.
 2. Terenurile localităților rurale.
 3. Alte terenuri în raza satelor.
 4. Rețele de drumuri străzi de uz public.
 5. Terenuri aferente obiectelor social-culturale și de uz public.
 6. Terenurile aferente grădinițelor pentru copii.
 7. Terenurile aferente gimnaziilor, liceelor.
 8. Terenuri aflate în proprietate privată.
- II. Tenurile destinate industriei, transportului, telecomunicațiilor și cu altă destinație specială:
1. Terenuri proprietate publică a statului.
 2. Terenuri destinate transportului rutier.
 3. Secția de exploatare a drumurilor
 4. Terenuri destinate transportului telecomunicațiilor.
 5. SA Moldtelecom.

Este necesară conlucrarea între secția funciară de nivelul doi, (consiliile raionale) cu oficiile cadastrale teritoriale, deoarece în lucrările cadastrale solicitate de către locuitorii din raza raionului, sunt implicați doar: specialiștii pentru reglementări funciare a primăriilor, reprezentantul oficiului cadastral, sau (firma privată) solicitantul lucrării, vecinii terenurilor adiacente a căror interese pot fi atinse.

Terenurile fondului silvic:

1. Terenuri proprietate publică a statului.
2. Î.S. Moldsilva.
3. Terenurile fondului apelor.
4. Terenurile fondului de rezervă

Informația sus menționată este actuală pentru toate raioanele republicii. Toate modificările configurațiilor, suprafețelor în grafica bazei de date sunt efectuate de către oficiile cadastrale teritoriale, la solicitarea proprietarilor, firmelor private.

Schimbarea destinației terenurilor agricole se efectuează prin hotărâre de guvern, cu excepția cazurilor prevăzute la alin.2, (Codul funciar), la propunerea consiliilor unităților administrativ-teritoriale de nivelul I și II, în temeiul cererii proprietarului, acordul organelor pentru protecția mediului înconjurător.

Exemplu: Înregistrarea eronată în trecut, a unui teren cu destinație agricolă, conform datelor firmei private, pe care este amplasat un cântar de mare tonaj, pentru produse agricole, se găsea la o distanță de 300 metri de la locul real. Proprietarul terenului, a depistat eroarea mult mai târziu și s-a adresat la oficiul cadastral teritorial pentru eliminarea erorii, contra plată.

Pentru eliminarea erorii a fost necesar ca inginerii oficiului cadastral teritorial Strășeni să iasă la fața locului, să efectueze transpunerea proiectului de organizare a teritoriului în natură cu readucerea întregului sector de teren în sistemul național de coordonare și numai după elaborarea planului cadastral cu inscripția Pentru transpunerea proiectului de organizare în teren, cântarul a fost plasat corect.

Conform (art.18 Legea cu privire la formarea bunurilor imobile 354/28.10.2004, ordinul Agenției Relații Funciare și Cadastru, nr.140 din 06.08.2012).

Despre aprobarea Instrucțiunii cu privire la modul de elaborare și actualizare a planurilor cadastrale/geometrice.

Inițial proprietarul s-a adresat la firmei private, pentru corectarea erorilor comise. Firma a solicitat achitarea integral repetată pentru eliminarea erorilor, la care proprietarul a refuzat.

În caz că proprietarii terenurilor agricole, intravilan se adresează la firma privată pentru măsurarea terenului, reprezentanții oficiului cadastral nu participă la măsurări în natură și respectiv nu cunoaște configurația și locul amplasării terenului în natură.

La actualizarea planului cadastral, inginerii oficiilor cadastrale se conduc de procedura de operare, (PO-3), care prevede un complex de lucrări cadastrale în scopul modificării din teren în documentația cadastrală:

La primirea cererii ce ține de executarea lucrării de actualizare a planului cadastral, (modificarea configurației și suprafețelor a terenurilor, hotarelor), persoana de la ghișeu consulta solicitantul dacă acesta nu este în litigiu cu proprietarul terenului adiacent, dacă acesta este de acord cu modificările propuse, (acordul în scris).

Reprezentantul ghișeului oficiului cadastral teritorial la momentul primirii cererii ea act de declarația solicitantului, dar verificarea lucrării executate efectuate de către firma privată, este efectuată de specialistul certificat din oficiu, responsabil de plasarea lucrărilor în grafica bazei de date.

Solicitantul declară pe propria răspundere prin semnătură că actualizarea planului cadastral nu urmărește o tranzacție ascunsă, în cazul în care executantul lucrărilor va demonstra în teren contrariul sau, proprietarul terenului adiacent/ reprezentantul APL, nu va semna actul de constatare în teren, reprezentantul oficiului cadastral, inginerul nu va stabili hotarele la fața locului, lucrarea cadastrală se va sista, dar toate cheltuielile suportate de oficiul cadastral teritorial, până la acest moment vor fi achitate de solicitant.

Important este că în asemenea situație lucrarea se va finaliza cu perfectarea actului de constatare în teren, cu descrierea motivului sistării lucrării.

În cazul când suprafața terenului actualizat nu corespunde cu datele din registrul electronic ținut de oficiile cadastrale teritoriale, suprafața terenului va fi corectată conform registrului manual al bunurilor imobile din oficiul cadastral teritorial.

La identificarea bunului imobil să participe și reprezentantul APL, care va confirma în caz de necesitate:

- modificarea planului cadastral se datorează unei erori comise în cadrul măsurărilor cadastrale (la perfectarea documentelor de drept în cadrul privatizării terenului, lucrărilor masive), precum și că acesta nu urmărește o tranzacție ascunsă;
- după caz, va stabili hotarele la fața locului, în conformitate cu art.19, al.6 din Legea cadastrului bunurilor imobile, nr.1543–XIII/1998.

În activitatea oficiilor cadastrale teritoriale, este procedura de evidență a dosarelor civile parte procesuală ale cărora sunt conform ordinului intern a Î.S. „CADASTRU“ nr.183/04.08.2011.

În urma analizei sau constatat cauzele apariției acțiunilor în instanța de judecată:

- Sunt atrase în procesele de judecată oficiile cadastrale teritoriale în calitate de intervenient accesoriu, fără a avea tangență cu litigiu părților;
- reclamantul nu a apreciat corect calitatea de pîrît în proces;
- reclamantul nu respectă consecutivitatea soluționării a problemei în baza refuzului OCT;
- instanța de judecată invită reprezentanții OCT în calitate de specialist, martor eronat, atribuind calitatea de intervenient accesoriu;
- o parte de registratori din oficiile cadastrale teritoriale înputerniciți prin procura directorului Î.S. „CADASTRU“ de a participa pe dosare în instanța de judecată, unde oficiile cadastrale teritoriale au calitate de intervenient accesoriu, persoană interesată sau pîrît, nu duc evidența ședințelor în care sunt implicați;
- se pregătesc insuficient pe marginea lucrărilor cadastrale executate cu utilaj neperformant, unde este necesar de pregătire suplimentară, pot fi eror al utilajului neperformant;
- se pregătesc necorespunzător pe dosarele unde oficiile cadastrale teritoriale au calitate de pîrît, (ca rezultat oficiile cadastrale achită despăgubiri financiare reclamanților);
- nu se prezintă la ședințele de judecată;

Pentru a elimina toate neajunsurile, erorile comise în procesul de îndeplinire a sarcinilor, e necesar să se îndeplinească absolut toate prevederile regulilor de joc, care sunt puse în discuție în procesul de instruire, seminare petrecute de către specialiștii oficiului central a Î.S. „CADASTRU“, care permanent actualizează grșelele pentru care sunt achitate sume enorme.

Registratorii oficiilor cadastrale teritoriale trebuie să îndeplinească următoarele reguli, în instanțele de judecată:

- să verifice existența temeiurilor de scoatere a cererii de pe rol și respingere a acțiunii ca fiind depusă cu încălcarea termenului de prescripție;
- să verifice respectarea procedurii, prealabile;
- să respecte termenul de adresare în instanța de judecată;
- să respecte termenul de prescripție, 3 ani, în interiorul căruia persoana poate să-și apere dreptul încălcat;
- dacă calitatea de pîrît se încadrează în prevederile art.59 CPC;
- dacă este prezent actul administrativ emis de OCT;
- să verifice existența temeiurilor;

Pentru a îmbunătăți situația e necesar de a întreprinde următoarele acțiuni:

- de a atrage în procesul de judecată persoanele fizice sau juridice, drepturile cărora ar putea fi lezate;
- verificarea temeiurilor de încetare a procesului prevăzut de art.265 CPC;
- să solicite prin cerere încetarea procesului;
- este important ca să se întreprindă măsuri de soluționare a problemelor pe cale extrajudiciară.

Exemplu: Pentru a nu avea motive de a merge în instanța de judecată în calitate de pîrît, e necesar ca registratorii în acțiunile de înregistrare să respecte absolut toate procedurile:

- Corectitudinea efectuării înscrierilor în programul Legal Cad;
- eliminarea greșelilor de înregistrare;

În procesul cercetării s-a depistat, omisiuni:

- Instanța de judecată prin Hotărîrea din 27.07.2011, a recunoscut ilegal înregistrarea dreptului de proprietate după cetățeanul Dalomangi A. asupra terenului de și a obligat oficiul cadastral teritorial să-i atribuie lui Zobonov P. sectorul de teren cu suprafața de 0,01 ha.
- Registratorul oficiului, nu a contestat hotărîrea judecătorească în termen;
- nu a informat conducerea direcția reprezentare juridică, a Î.S. „CADASTRU“, despre existență hotărîrii judecătorești;
- nu a executat benevol Hotărîrea pentru a evita cheltuielile, executare silită;

Ca rezultat s-a ales cu următoarele consecințe:

- Prejudiciu cauzat Î.S. „CADASTRU“ în sumă de 4960 lei, achitate executorului judecătorec drept cheltuieli de executare silită a hotărîrii judecătorești; din 21.02.2014;
- Încadrarea direcției reprezentare juridică în contestarea încheerii executorului în două instanțe, (fără succes, deoarece motivul invocat de direcția reprezentare juridică, precum că nu ține de competența oficiului cadastral teritorial, transmiterea în natură a terenului, a fost irelevantă la etapa de contestare a încheerii executorului, pentru-că titlul executoriu emis de instanță prevedea drept debitor al obligației de executare oficiul, în baza hotărîrii judecătorești irevocabile(necontestată de Î.S. „CADASTRU“).

În general Î.S. „CADASTRU“ suportă cheltuieli enorme din vina registratorilor care au îndeplinit sarcina conform fișei de post, (fiind obligat de a participa în instanța de judecată).

Exemplu: Lucrare executată de oficiul cadastral teritorial Strășeni, contestată de către cetățeanca Grosu Agrepina, locuitoarea s. Lozova, raionul Strășeni. Hotărîrea judecătorească din 20.02.2013, obligă OCT S trășeni să remedieze greșelile admise prin suprapunerea a două terenuri și actualizarea planului cadastral cu amplasarea construcțiilor pe plan.

Omisiuni: Registratorul nu a participat în instanța de judecată. Menționezi, registratorii primesc sub semnătură citațiile de la managerul oficiului cadastral teritorial, pentru a participa în procesul de judecată, cu ținerea obligatorie a registrului de evidență pe dosarele care participă. Nu a înștiințat în termen direcția reprezentare juridică, de existența hotărîrii. A omis termenul de contestare a hotărîrii.

Consecințe:

- Contestarea tardivă, (cu întârziere) a hotărîrii de judecată, de către direcția reprezentare juridică a întreprinderii de Stat „CADASTRU“;
- Încadrarea, fără succes, a întreprinderii în patru litigii judiciare;
- Hotărîrea contestată în două instanțe, respinsă ca tardivă;
- Încheierea executorului de încasare a onorariului contestată de direcția reprezentare juridică (în două instanțe, respinsă);
- Încheierea de încetare a procedurii de executare contestată de creditor (în două instanțe, admisă);
- Titlul de executare prezentat la un alt executor și pornită o nouă procedură de executare. Direcția reprezentare juridică a contestat, invocînd dublă executare, acțiune respinsă de instanța de judecată;
- Contestarea procesului verbal cu privire la contravenție pentru neexecutare.

Alt caz împotriva oficiului cadastral teritorial:

Hotărîrea judecătorească din 23. 06. 2014 obligă OCT să înregistreze dreptul de proprietate asupra cotei valorice fără a identifica cotele fiecărui reclamant, actul doveditor de drept.

Omisiuni:

- Registratorul nu s-a prezentat în instanța de judecată;
- Nu a depus referință;
- Nu a contestat hotărîrea în termen;
- Nu a înștiințat direcția reprezentare juridică a întreprinderii de Stat „CADASTRU“.

Consecințe:

- Instanța a emis o hotărîre în privința clădirii primăriei;
- La clădirea în cauză mai pretind încă 29 cotași, care au depus plîngerii în diferite instituții statale.

În legătură cu sumele achitate de către Î.S. „CADASTRU“ pentru neîndeplinirea sarcinei registratorilor conform fișei de post, e necesar de a pune pe sama registratorilor achitarea integrală a prejudiciului adus întreprinderii.

Alt caz: SA „ASITO“ către OCT.

Hotărîrea judecătorească din 01.07.2011 a obligat OCT să înregistreze dreptul de proprietate a SA „ASITO“ asupra a 247m.p. din clădire și garaj.

Omisioni: Nu a fost notată hotărîrea parvenită din oficiu;

- Registratorul nu a cerut instanței explicarea hotărîrii, rămasă în vigoare după contestare (modalitatea de înregistrare a dreptului de proprietate asupra unei suprafețe în m.p., dintr-o suprafață mai mare, nefiind indicată cota procentuală sau fracțională).

Consecințe:

- Suportarea cheltuielilor de executare silită în sumă de 2140 lei (50% din onorariu, în cazul executării în perioada de 15 zile din momentul declanșării procedurii de executare).

Propuneri: Este important de menținut, termenul de executare benevolă a hotărîrii judecătorești emisă în ordine de contencios administrativ — de 30 zile.

Acțiunile registratorului sunt:

- hotărîrea se notează în registrul de evidență;
- se înștiințează titularul de drept despre intenția de executare și procedura de înregistrare (depunerea cererii și achitarea serviciului);
- după caz, solicitarea explicării hotărîrii;

Concluzii în urma cercetării:

- să urmărească corectitudinea acțiunilor pe tot parcursul examinării cauzei în instanță, (prezintă informații, referința, aduce la cunoștință direcția reprezentare juridică, a Î.S. „CADASTRU“ pentru contestarea hotărîrii);
- toate hotărîrile judecătorești și încheierile executorilor judecătorești, care obligă OCT la careva acțiuni, nefiind parte procesuală în instanță sau debitor al obligației de executare, trebuie trimise în termen către direcția reprezentare juridică a Î.S. „CADASTRU“ pentru contestare.

Omisioni: la o mie de acțiuni de înregistrare sau depistat câteva tipuri de erori:

- la depunerea cereri pentru înregistrarea locațiunii, arendei nu în toate cazurile se semna și se înscriau datele părților contractante;
- la eliberarea extrasului, altă informație din cadastru, datele din baza de date nu corespund cu registrul manual, proprietari diferiți, suprafață diferită.
- la înregistrarea ipotecii nu în toate cazurile se efectuează mențiunea — „restricție contract“

În cazurile verificării și depistării a erorilor, greșelilor se organizează săptămînal sau la solicitarea registratorilor, inginerilor cadastrali, ședințe de instruire internă. Problemele și erorile depistate în procesul de lucru, urmau să fie lichidate. Ca efect la moment, practic au fost excluse tipurile de probleme apărute anterior, dar nu erau corectate. Se acordă suportul informațional — normativ la zi.

Concluzii: verificarea sistematică, produce efecte așteptate.

Pentru a evita erorile sus menționate, rezultatelor așteptate, e necesar de a petrece cît mai des instruirea personalului cu aducerea la cunoștință a tuturor erorilor din

toate 39 filiale al Î.S. „CADASTRU“ și reținerea sumelor achitate de către întreprinderi, din salariul persoanei vinovate.

Propuneri: Pentru îmbunătățirea situației referitor la acțiunile în judecată e necesar:

- instruirea angajaților periodic conform rezultatelor și la solicitarea acestora;
- monitorizarea acțiunilor în instanța de judecată și soluționarea cauzelor pe cale extrajudiciară;
- efectuarea analizei, cauzelor apariției problemelor.

Pînă în anii 2006, proprietarii terenurilor dispuneau de documente eliberate de către autoritățile publice locale, pentru evidența cărora se folosea o programă „Rastru“ — ansamblul liniilor orizontale în care este construită o imagine de televiziune, de origine engleză „computer graphics“ domeniul principal al aplicării este: vizualizarea informației; proiectare; modelare (simulare); interfață grafică pentru utilizatori (GUI).

În cadastru a fost folosită grafica bidimensională, grafică „rastru“. Neajunsurile graficii „rastru“ în activitatea inginerilor cadastrali sunt redimensionarea lucrărilor cadastrale.

Explicație: Imposibilitatea de redimensionare a lucrărilor. Ca rezultat sunt executate multe lucrări cadastrale plasate în grafică fără precizie, deoarece la interpolare (adăugare de pixel în raport cu cei existenți în imagine) computerul inventează pixeli nesatisfăcători, care la moment nu corespund cu realitatea în teren.

O nouă programă: „Concepția Sistemului informațional Geografic Național“, a fost aprobată prin Hotărîrea Guvernului Republicii Moldova din 28.10.2003.

În oficiile cadastrale teritoriale, filiale a întreprinderii de Stat „CADASTRU“ au fost instalate programe cu baza de date grafica (Orto-Foto) în anii 2006—2007.

La moment cînd deja sunt folosite aparate performante ca „GPS“, (sistem de navigație prin satelit), (numit și sistem de poziționare globală prin satelit) — este un sistem independent care calculează poziția geospațială a obiectelor de pe pămînt sau din aer cu ajutorul semnalelor receptate de sateliți, lucrările cadastrale sunt executate cu o mare precizie.

În așa mod sunt depistate erori în configurația suprafețelor, suprapunere, porțiuni de drumuri publice anexate la terenurile proprietate privată, cu încălcarea legislației, prin care se închide accesul persoanelor fizice și juridice, la terenul privat, domiciliu, terenuri agricole.

Explicație: La moment se pot depista lucrările cadastrale executate în teren, eronat din motive de interes a unei sau altei persoane, cu terenurile adiacente. Erorile depistate se elimină prin actualizarea terenurilor pe un segment, (porțiuni mari) unde sunt amplasate mai multe terenuri. Pentru a corecta erorile configurația și suprafața, e necesar acordul a tuturor proprietarilor, de pe acest segment. Din momentul implementării programului, sistem de poziționare globală, conducerea Î.S. „CADASTRU“ a pus sarcina față de oficiile cadastrale teritoriale, de a depista erorile care au loc pe suprafața a tuturor raioanelor țării și înlăturarea lor prin lucrări cadastrale mai puțin costisitoare pentru proprietarii bunurilor.

Erorile care sunt emise pe o mare parte a întregii țări, sunt rezultatul lucrărilor masive, îndeplinite cu utilaj neperformant de către specialiști fără pregătire specială în domeniu. Ca rezultat avem înstrăinate drumuri de uz public, acces închis spre terenul aferent a casei de locuit.

Soluții pentru îmbunătățire:

- reducerea factorului uman la calcularea devizului de cost al lucrărilor cadastrale executate, care este subiect al discuțiilor cu caracter negativ între clienții oficiilor cu inginerii cadastrali, în calitate de executanți ai lucrărilor cadastrale la perfectarea devizului de cost;
- excluderea erorilor din devizul de cost;
- diminuarea riscurilor de corupere în operare în calcule, la formarea devizului de cost;
- stoparea disputelor regresive despre conținutul serviciului și rolurile în proces;
- excluderea reclamațiilor clienților, despre corectitudinea de calcul al devizului de cost a lucrărilor cadastrale executate;
- ridicarea calității datelor despre bunurile imobile și lucrările executate;
- majorarea eficienței rezultatelor, prin micșorarea costului;
- majorarea operativității îndeplinirii lucrărilor solicitate;
- reducerea riscurilor de neachitare a serviciilor executate;
- excluderea din practică neachitarea diferenței între avans și restul costului lucrării;

Este important pentru îmbunătățirea serviciilor prestate populației, ca la sistematizarea Business–Proceselor să fie clar stabilite:

- documentele de intrare;
- etapele procesului;
- documentele de ieșire din proces;
- costul serviciului;

Soluții în interiorul oficiului:

- să fie repartizarea univocă și echitabilă a sarcinilor;
- transparența privind Monitorizarea procesului;
- planificarea transparentă a veniturilor;
- folosirea eficientă a Managementului resurselor;
- evitarea erorilor la nivel de procesare;

În multe cazuri din neatenția corespunzătoare în oficiile cadastrale teritoriale se formează listă de debitori față de oficiu, (motivul, este solicitantul achită lucrarea unei întreprinderi, firme private, dar introduce datele din buletinul personal,(e necesar să introducă în bonul de plată richizitele bancare a întreprinderii, firmei private).

Bibliografie utilizată:

1. Certificatul SR ISO 9001:2008, obținut de către Î.S. „CADASTRU“
2. Legea Cadastrului Bunurilor Imobile, nr.1543–XIII, din 25.02.1998
3. Rezultatele auditelor interne pe oficiile cadastrale teritoriale, 2010—2014.
4. Hotărârile instanței de judecată Strășeni, Curtea de Apel Chișinău, pe primăria comunei Pânășești.
5. Răspunsurile Cancelariei de Stat, către primăria comunei Pânășești.

ANGAJAREA RĂSPUNDERII JURIDICE A PERSOANEI FIZICE ÎN SISTEMUL OCROTIRII SĂNĂTĂȚII

Mariana GULIAN, doctorandă ULIM

Recenzent: **Victor POPA**, doctor habilitat, profesor universitar

The citizens' right to health protection also entails obligations related to protection of their own health and protection of public health. Thus, the author outlines the conditions of legal liability of an individual for damage caused to public health, addressing the individual's contribution in the healthcare system in terms of compliance with the legislation in the field.

The topic is both special and difficult, because the specialized literature studies the rights of the individual in healthcare much deeper, giving much less relevance to the obligations of the individual to protect the health.

This paper adds knowledge and understanding of these issues, given that for each person and for the whole community, health is one of the most important factors which ensure the conduct of life, as prevention of illegal acts and reduction of the level of such acts in health care depends on each individual.

Key words: individual, legal obligations, legal liability, health protection.

Dreptul cetățenilor la ocrotirea sănătății presupune în același timp îndeplinirea obligațiilor referitoare la protecția propriei sănătăți precum și a sănătății publice. Astfel, prin prisma acestei lucrări, autorul reliefează condițiile angajării răspunderii juridice a persoanei fizice pentru daunele cauzate sănătății publice, fiind astfel desprinsă contribuția individului în sistemul ocrotirii sănătății prin prisma respectării prevederilor legislației din domeniul respectiv. Tema abordată este pe cât de specială, pe atât de dificil de stăpinit, întrucât literatura de specialitate studiază mai profund drepturile persoanei fizice în sistemul ocrotirii sănătății, fiind mai puțin relevant subiectul obligațiilor persoanelor fizice pentru protecția sănătății.

Prezenta lucrare prezintă sporul de cunoaștere și înțelegere a problematicii acestei teme, dat fiind faptul că pentru fiecare persoană ca și pentru întreaga colectivitate, sănătatea reprezintă unul din cei mai importanți factori, care asigură desfășurarea vieții, iar aceasta depinde de fiecare individ în parte în prevenirea faptelor ilicite și diminuarea nivelului acestora în domeniul ocrotirii sănătății.

Cuvinte-cheie: persoană fizică, obligații juridice, răspundere juridică, ocrotirea sănătății.

Sănătatea omului este deopotrivă condiția primordială, fundamentală a însăși existenței, a perpetuării speciei și valoarea socială supremă. Nici medicina și nici dreptul nu ar avea justificarea dacă nu ar sluji omului, sănătății acestuia.

În prezent, noțiunea tehnico-juridică de „persoană fizică“ exprimă fără dubii calitatea omului de a fi subiect de drept, așa încît prin simpla pronunțare a expresiei „persoană fizică“ este subînțeleasă calitatea de subiect de drept al omului.¹

În doctrină și jurisprudență, omul a fost privit nu prin prisma existenței sale biologice, ci ca o abstracțiune juridică, ca titular de drepturi și obligații. În aceste condiții omul a fost analizat multă vreme numai sub aspectul reglementării diferitelor relații în care intră cu alți oameni. Sub impulsul noilor reglementări și al opiniilor exprimate de multă vreme în literatura juridică străină, a apărut și în doctrina românească preocupări privind protecția sănătății omului.²

Este cunoscut faptul că a fi și a rămîne sănătos este dorința cea mai mare a fiecărui om încă din vremurile străvechi. Sarcina sistemului ocrotirii sănătății în orice societate este de a realiza această dorință, reieșind din posibilitățile existente în societate. Însă, dorința fiecărui om de a fi sănătos este recomandabil a fi manifestată în asociere cu simțul responsabilității fiecărei persoane vis-a-vis de ocrotirea propriei sănătăți. Astfel, problemele statului în domeniul ocrotirii sănătății trebuie să fie coordonate cu responsabilitatea cetățenilor față de sănătatea publică. O politică ingenioasă de ocrotire a sănătății nu trebuie să reducă responsabilitatea personală și dispoziția de asumare a răspunderii a individului pentru modul său de viață, ce ar putea avea efecte negative asupra sănătății, ci trebuie s-o promoveze și să o motiveze pentru a preveni acțiunile ilicite ale persoanelor fizice ce pot prejudicia sănătatea individuală sau publică.

Ideea de răspundere caracteristică vieții sociale normate are o sferă foarte largă de înțelegere, cuprindere și acțiune. Imensa majoritate a faptelor-acțiunilor și inacțiunilor umane sunt susceptibile să genereze o formă sau alta de răspundere extrajudiciară sau judiciară, deoarece nu acționează într-un mediu indiferent, pasiv și neutru, ci într-o ambianță socială, deci umană, în cadrul căroră parametrii acțiunii sale sunt evaluați, valorizați.³

Răspunderea este accepțiunea generală a conceptului, obligația fiecăruia de a suporta consecințele nerespectării unor reguli de conduită, obligație care revine autorului faptei contrare acestora și care poartă pecetea dezaprobării sociale a unei asemenea conduite, ea incluzînd-o indiscutabil și inevitabil și pe cea juridică, de altfel componentă majoră a acesteia.

Răspunderea juridică a persoanei fizice nu este concepută numai ca o simplă obligație de suportare a unei sancțiuni de către cel care a încălcat prevederile legii, ci ca o relație existentă între drepturile și obligațiile legal consacrate, ca un raport de constrîngere în conținutul căreia se regăsesc nu numai o obligație izolată și autonomă, ci un complex de drepturi și obligații.

Fapta ilicită a persoanei fizice în domeniul ocrotirii sănătății, reprezintă conduita aflată în contradicție cu legea și care este sancționată ca atare, încălcarea

1 Ion Dogaru. Drept civil român, vol.I, Editura Themis, Craiova, 2000, p.378.

2 C. Hamangiu. Tratat de drept civil român, Editura All, București, 1996, p.133

3 Horia Diaconescu. Răspunderea juridică în domeniul prelevării și transplantului în dreptul român, Editura Universul Juridic, București, 2009, p.163.

trebuind să fie reală și nu aparentă, formală, adică să reprezinte un fapt material-juridic ilicit al omului prin care s-a lezat efectiv sănătatea individuală sau a populației în general.

Norma juridică încălcată de către persoanele fizice în domeniul ocrotirii sănătății, reprezintă singurul temei al angajării răspunderii juridice, întrucât încălcarea oricăror alte norme nu antrenează această răspundere decât dacă respectivele reguli au o consacrare juridică. Prin intervenția statului în cazul încălcării regulii de drept — intervenție specifică numai răspunderii juridice, comparativ cu alte forme ale răspunderii sociale — se urmărește atât înlăturarea încălcării și sancționarea celui vinovat, cât și prevenirea săvârșirii în viitor, de către același subiect sau de către alții, a unor abateri similare sau diferite, dezvoltarea astfel a conștiinței juridice și reeducarea celui vinovat.

În condiția îmbolnăvirii persoanei fizice, aceasta din urmă obține în termeni medicali statut de pacient. În raport cu instituția medicală și medicul curant precum și asistenții medicali, pacientul concomitent cu exercitarea drepturilor este inerentă și executarea îndeosebi a obligațiilor, care pot genera consecințe juridice.

Obligația de a respecta tratamentul indicat de medic se apropie în anumite situații de o obligație naturală neexistând o sancțiune în plan civil a neîndeplinirii acestei obligații. Nerespectarea prescripției medicale este o cauză de nerăspundere pentru medic — într-un posibil viitor raport juridic obligațional de răspundere. În raportul juridic inițial născut între pacient și medicul care îl consultă în cabinetul său, neîndeplinirea obligației de respectare a prescripției medicale nu produce nici o consecință juridică pentru pacient. Consecința este pe plan social, aceea de agravare a stării de sănătate urmare a propriei conduite a titularului dreptului la sănătate.⁴

Există totuși situații în care nerespectarea prescripției medicale produce consecințe juridice, în cadrul raportului juridic medic-pacient inițial. Este vorba, pe de o parte, de situațiile excepționale care îngrădesc în anumite situații însuși dreptul la sănătate și la viața privată. Atunci când este vorba

despre o problemă de sănătate publică, când pentru înlăturarea unei epidemii, a limitării efectelor unei calamități sau catastrofe naturale se impun în interesul public, aplicarea unor remedii terapeutice cu caracter obligatoriu.

În preocuparea de îngrijire a sănătății se remarcă faptul că, succesul tratamentului în mare măsură se apreciază prin comportamentul pacientului vis-a-vis de tratamentul recomandat de medic⁵, de aceea legislația stipulează pe lângă drepturile pacientului și obligațiile/responsabilitățile acestuia.

Prin urmare, potrivit prevederilor art.7 din Legea cu privire la drepturile și responsabilitățile pacientului,⁶ pacientul are următoarele responsabilități, care le putem atribui caracterul juridic:

4 Gabriel Adrian Năsu. Malpraxisul medical. Editura Universul Juridic, București, 2010, p.105

5 М.Федорова. Медицинское право. Ед.Владое, Москва, 2004, стр.298.

6 Legea nr. 263-XVI din 27.10.2005 cu privire la drepturile și responsabilitățile pacientului. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.176-181/867 din 30.12.2005.

- să aibă grijă de propria sănătate și să ducă un mod de viață sănătos, excluzând acțiunile premeditate ce dăunează sănătății lui și a altor persoane;
- să respecte măsurile de precauție în contactele cu alte persoane, inclusiv cu lucrătorii medicali, în cazul în care știe că el suferă de o boală ce prezintă pericol social;
- să întreprindă, în lipsa contraindicațiilor medicale, măsuri profilactice obligatorii, inclusiv prin imunizări, a căror neîndeplinire amenință propria sănătate și creează pericol social;
- să comunice lucrătorului medical informații complete despre bolile suportate și cele curențe, despre maladiile sale ce prezintă pericol social, inclusiv în caz de donare benevolă a sîngelui, a substanțelor lichide biologice, a organelor și țesuturilor;
- să respecte regulile de comportament stabilite pentru pacienți în instituția medico-sanitară, precum și recomandările medicului în perioada tratamentului ambulator și staționar;
- să excludă utilizarea produselor farmaceutice și a substanțelor medicamentoase fără prescrierea și acceptul medicului curant, inclusiv a drogurilor, a altor substanțe psihotrope și a alcoolului în perioada tratamentului în instituția medico-sanitară;
- să respecte drepturile și demnitatea altor pacienți, precum și ale personalului medico-sanitar.

Întrucît fiind binecunoscut faptul, că o obligație nu se execută, dacă nu este stipulat și sancțiunea pentru neexecutarea corespunzătoare a obligației respective, legiuitorul prin prisma prevederilor alineatului 2 din art.7 al legii prenotate, reglementează că în cazul încălcării de către

pacient a regulilor de tratament și de comportament în instituția medico-sanitară, încălcare ce are drept consecință daune materiale și morale, acesta poartă răspundere în conformitate cu legislația.

Astfel, pentru neexecutarea de către pacient a obligațiilor stipulate în legislație, se angajează răspunderea juridică, pentru pericolul pe care pacientul îl provoacă propriei sale sănătăți.

Concomitent, este oportun să menționăm și prevederile art.29 din Legea privind supravegherea de stat a sănătății publice⁷, care reglementează obligațiile persoanei fizice vis-a-vis de propria sănătate a individului precum și a sănătății publice.

Astfel, reglementările prenotate stipulează că persoanele fizice, în măsura în care capacitatea juridică le permite, sînt obligate:

- să-și protejeze sănătatea proprie, a familiilor și a copiilor lor, să asigure educația pentru sănătate a copiilor, folosind posibilitățile oferite de societate și ducînd un mod de viață sănătos;

7 Legea nr.10-XVI din 03.02.2009 privind supravegherea de stat a sănătății publice. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr.67/183 din 03.04.2009

- să i-a parte la promovarea măsurilor de sănătate publică;
- să îndeplinească hotărârile Serviciului de Supraveghere de Stat a Sănătății Publice;
- să informeze angajatorul despre orice semn sau simptom de boală pe care l-au depistat în virtutea funcțiilor exercitate și care prezintă risc pentru sănătatea publică.

În scopul sancționării persoanei fizice pentru prejudiciile cauzate sănătății publice, legiuitorul prin art.65 din Legea privind supravegherea de stat a sănătății publice⁸ a instituit răspundere juridică pentru încălcarea legislației sanitare. Astfel, potrivit reglementărilor menționate, încălcarea prevederilor legislației sanitare atrage după sine răspundere disciplinară, civilă, contravențională sau penală conform legislației în vigoare. Persoanele fizice care au comis încălcări ale legislației sanitare sînt trase la răspundere contravențională conform Codului Contravențional.

Fiind astfel, menționat actul legislativ — Codul contravențional, este important să învederăm prevederile acestuia ce vizează contravențiile din domeniul ocrotirii sănătății.

Conform Codului contravențional, art.76, constituie contravenție administrativă pentru persoana fizică — eschivarea bolnavului de tuberculoză eliminator de bacili de la tratamentul sau încălcarea regimului prescris, care se sancționează cu amendă de la 10 la 25 unități convenționale.⁹

De asemenea și art.art.85, 87, 91 din Codul contravențional, stipulează sancțiunile administrative pentru faptele ilicite cum ar fi:

- procurarea sau păstrarea ilegală de substanțe narcotice sau de alte substanțe psihotrope în cantități mici ori consumarea unor astfel de substanțe fără prescripția medicului;
- cultivarea ilegală a plantelor care conțin substanțe narcotice sau alte substanțe psihotrope;
- fumatul și consumul de băuturi alcoolice în locuri interzise;
- comercializarea către minori a produselor din tutun și a băuturilor alcoolice.

Cu referire la obligațiile persoanelor fizice de a proteja și sănătatea celor din jur, putem menționa că în societate o preocupare intensă o constituie și maladiile transmisibile.

Astfel, o problemă majoră privind controlul HIV constă în echilibrul dintre drepturile pacientului și protecția sănătății publice.¹⁰ Orice persoană HIV-pozitivă este obligată să comunice statutul său HIV soțului (soției) sau partenerului său. Astfel, persoana, care este conștientă de faptul infectării sale cu HIV și pune în pericol premeditat de contaminare o altă persoană, poartă răspundere penală în conformitate cu legislația în vigoare.

8 A se vedea Legea privind supravegherea de stat a sănătății publice.

9 Codul contravențional al Republicii Moldova. Monitorul Oficial nr.3-6 din 16.01.2009.

10 Doina Anghel. Răspunderea juridică privitoare la protecția mediului. Editura Universul Juridic, București, 2010, p.29.

În contextul drepturilor persoanelor fizice la ocrotirea sănătății, se pot identifica o dimensiune individuală, care implică dreptul și obligația fiecărui individ de a preveni și înceta orice activitate care produc prejudicii mediului înconjurător, de care depinde sănătatea omului. Protecția mediului și a sănătății publice poate, în anumite condiții, să constituie un obiect legitim de interes general de natură a justifica restrângeri ale libertăților fundamentale garantate de lege.¹¹ În domeniul răspunderii pentru vătămările aduse mediului, rolul principal revine mijloacelor de tip preventiv de natură civilă sau administrativă. Cele de drept penal, cu un caracter preponderent represiv și cu o intervenție pe tărîmul răului înfăptuit, joacă un rol subsidiar și sunt guvernate de principiul intervenției minime.

Nerespectarea principiilor precauției și prevenirii acțiunilor sau inacțiunilor ce afectează sănătatea publică, trebuie să conducă în mod necesar la antrenarea răspunderii juridice a persoanei fizice.

În acest context, vine să completeze argumentele menționate mai sus și prevederile art.29 din Legea cu privire la profilaxia infecției HIV/SIDA¹², care stipulează responsabilitățile persoanelor cu statut HIV pozitiv. Respectiv, persoanele cu status HIV pozitiv vor da dovadă de comportamente responsabile și inofensive pentru a-și proteja propria sănătate și a preveni transmiterea infecției HIV, iar în cazul în care persoana care este conștientă de faptul infectării sale cu HIV și pune premeditat în pericol de contaminare o altă persoană poartă răspundere penală în conformitate cu legislația în vigoare. Astfel, în temeiul art.212 din Codul penal¹³ este angajată răspunderea juridică penală a persoanei fizice pentru comiterea faptelor ilice ce au caracter infracțional, în următoarele cazuri:

- punerea intenționată a altei persoane în pericol de contaminare cu maladia SIDA;
- contaminarea cu maladia SIDA de către o persoană care știa că suferă de această boală.

Pentru prima infracțiune prenotată, legiuitorul a reglementat aplicarea pedepsei cu închisoare de pînă la 1 an, pentru persoana fizică ce a comis respectiva faptă infracțională, iar în cazul celei de a doua infracțiuni, se pedepsește cu închisoare de la 1 la 5 ani.

O problemă de dimensiuni majore în societate o prezintă și tuberculoza, o boală specifică, condiționată social, infecțioasă, cu afectarea preponderentă a plămînilor oamenilor. În sensul prevenirii și profilaxiei acestei boli, persoanele afectate de TBC au obligația să respecte recomandările medico-curative prescrise de personalul medical, regulamentul¹⁴ de ordine interioară a instituției medicale specializate an-

11 Rodica Gramma. Sănătatea și drepturile omului. Chișinău, 2011, p.91.

12 Legea nr.23 din 16.02.2007 cu privire la profilaxia infecției HIV/SIDA .Monitorul Oficial nr.54-56/250 din 20.04.2007.

13 Codul penal al Republicii Moldova. Monitorul Oficial nr. 128-129/1012 din 13.09.2002.

14 Legea nr.153 din 04.07.2008 cu privire la controlul și profilaxia tuberculozei. Monitorul Oficial nr.143-144/583 din 05.08.2008

tituberculoase în perioada spitalizării, exigențelor sanitaro-igienice, pentru locurile publice și în condițiile habituale, aprobate de Ministerul Sănătății. Aceste persoane nu trebuie să se eschiveze de la examenul medical sau de la tratament, atunci când suportă o formă contagioasă sau o formă activă a tuberculozei, în caz de nerespectare va purta răspundere contravențională.

În domeniul ocrotirii sănătății o înverșunată luptă în protejarea sănătății oamenilor o constituie lupta cu răspîndirea ilegală a substanțelor narcotice, care în societatea contemporană a dus la criminalizarea procesului de utilizare a drogurilor și abordarea acestei probleme atît prin prisma dreptului cît și a medicinei.

Experiența multor țări ne demonstrează existența unui conflict grav dintre interesul securității sociale și a sănătății publice, pe de o parte, și respectul pentru drepturile omului, pe de altă parte, în cazul încercării statului de a soluționa problema răspîndirii drogurilor. Spre exemplu, „războiul antidrog“ desfășurat de către guvernul thailandez¹⁵ a dus la crearea unor „liste negre“ conform cărora erau arestați și închiși în centre de dezintoxicare atît persoanele utilizatoare de droguri, cît și rudele acestora, chiar dacă acestea nu au consumat niciodată substanțe narcotice. Timp de un an au fost astfel reținuți peste 50 mii de persoane, și condamnați circa 2275 persoane. Acțiuni asemănătoare se întreprind și de către Guvernul Chinei, unde persoanele consumatoare de droguri sunt reținute și condamnate ilegal, ulterior fiind deținute în lagăre de „reeducare“ în condiții discriminatorii și inumane. Astfel, este angajată răspunderea juridică în țările respective pentru daunele cauzate sănătății publice prin răspîndirea drogurilor.

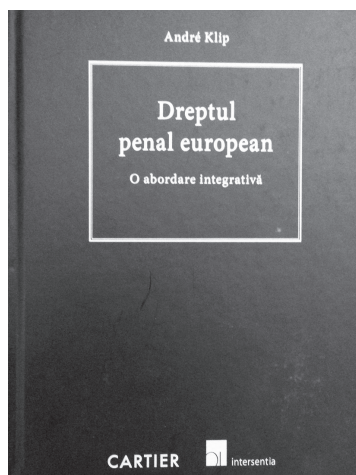
În contextul celor expuse, se constată importanța angajării răspunderii juridice a persoanei fizice pentru acțiunile ilicite comise în sfera sănătății, elucidîndu-se de fapt indirect și rolul educativ al acestei măsuri în vederea sporirii responsabilității populației vis-a-vis de valorile sănătății umane.

Avînd în vedere necesitatea răspunderii juridice a persoanei fizice în domeniul ocrotirii sănătății ca un raport juridic de constrîngere care se naște ca urmare a încălcării unor dispoziții legale, se poate considera că răspunderea juridică a persoanei fizice în domeniul ocrotirii sănătății este complexul de drepturi și obligații conexe, care, potrivit legii, se nasc ca urmare a săvîrșirii unor fapte ilicite, constituind cadrul de realizare a constrîngerii de stat prin aplicarea sancțiunilor juridice în scopul asigurării stabilității raporturilor sociale din domeniul ocrotirii sănătății în spiritul respectării legislației în vigoare.

15 Каплан Карин. Права человека. Документирование и адвокация. Руководство для организации людей, которые употребляют наркотики. Институт „Открытое общество“, 2009.

RECENZII/REVIEWS

RECENZIE LA LUCRAREA „DREPTUL PENAL EUROPEAN. O ABORDARE INTEGRATIVĂ”, AUTOR ANDRÉ KLIP, CHIȘINĂU, 2014. COLECȚIA „CARTIER JURIDIC”. – 582 P.



Apariția acestei lucrări este semnificativă, dat fiind că dreptul penal european se preocupă de un ansamblu multidimensional de legislație și jurisprudență, în care joacă un anumit rol instanțele europene și naționale, legislațiile europene și naționale, dar, în egală măsură și alte autorități și structuri. Acesta este un sistem hibrid, chiar dacă posedă unele noțiuni și valori comune, care, în consecință, justifică clasificarea sa ca pe o ramură separată de drept.

O importantă ipoteză de bază a acestei lucrări este că un sistem european de justiție penală este deja pus în aplicare. Deși acesta este fragmentat și lipsit de consistență sub mai multe aspecte, treptat prinde însă contur. Această presupunere a fost făcută din două motive. În primul rând, pentru că prezintă sistemul european de justiție penală așa cum există în prezent. Iar în al doilea rând, dreptul penal european se prezintă ca un sistem de justiție penală existent în statele membre. Atunci când dreptul penal european este prezentat într-o manieră integrată, este posibil să se identifice atât influența reciprocă a dreptului Uniunii Europene, cât și a legislației naționale în materie penală. Adoptând această abordare, va deveni posibilă delimitarea mai exactă atât a competențelor Uniunii Europene, cât și a statelor membre.

Lucrarea este împărțită în patru părți și este compusă din nouă capitole.

În Partea I, *Ordinea juridică a Uniunii*, formată din capitolele 2 și 3, este pusă în discuție influența generală a dreptului Uniunii Europene asupra sistemelor naționale de justiție penală. Această parte analizează aspectele de natură instituțională generală, fără de care nu se poate înțelege funcționarea Uniunii Europene într-un sistem penal de justiție. Problemele selectate sunt de o importanță deosebită pentru cei care sunt familiarizați cu dreptul penal, dar mai puțin familiarizați cu dreptul instituțional european.

În Partea a II-a, *Dreptul penal în Uniunea Europeană*, care constă din capitolele 4, 5 și 6, se arată că Uniunea Europeană deși a elaborat norme în domeniul dreptului penal, totuși a lăsat statelor membre cea mai mare parte a procesului de punere a lor în aplicare și a realizării acestora. Abordarea Părții a II-a este opusă celei precedente. În această parte, influența dreptului Uniunii Europene asupra sistemelor penale

de justiție ale statelor membre constituie baza prin intermediul căreia sunt tratate problemele de natura dreptului penal material sau de natură procedurală.

Partea a III-a, *Cooperarea europeană și punerea în aplicare în Europa*, abandonează perspectiva națională și prezintă o abordare europeană comună de combatere a infracțiunilor. Capitolele 7 și 8 abordează interacțiunea dintre statele membre în materie de drept penal. Norma aplicabilă privind cooperarea între statele membre este de origine europeană comună. Spre deosebire de alte organizații regionale, Uniunea Europeană a creat un sistem propriu de cooperare. În plus, Uniunea Europeană a luat măsuri pentru a asigura punerea în aplicare a dreptului Uniunii Europene.

În Partea a IV-a, *Provocările dreptului penal european*, care constă din Capitolul 9, *Regândirea dreptului penal european*, sunt aduse în discuție provocările pentru materia dreptului penal european. Este realizată o analiză a problemelor care merită o atenție specifică și necesită a fi reglementate. În cazul în care este posibil, autorul își prezintă recomandările.

Cartea este completată cu anexe. Sunt incluse un index, un tabel de cauze, un tabel al legislației, o bibliografie selectivă și lista de literatură în domeniul dreptului penal european în statele membre, precum și o listă relevantă de pagini web.

Lucrarea este adresată avocaților, practicienilor, reprezentanților mediului academic, studenților etc. Ea vine să completeze acel vacuum prezent în societate în general, dar și să influențeze caracterul tradițional conservator caracteristic specialiștilor în materie de drept penal, în special.

Conf. univ., dr.

Vitalie GAMURARI

DATE DESPRE AUTORI

- **BAEȘU Valeriu** – master în drept, lector superior, catedra Drept Privat, ULIM
- **BENEȘ Olga** – master în drept, lector superior, catedra Drept Public, ULIM
- **BULETSA Sibilla** – doctor în drept, conferențiar universitar, catedra Drept Civil, prodecan facultatea Drept, “Universitatea națională Uzhgorod”, Ucraina
- **BUTNARU Iulia** – doctorandă ULIM
- **CAUIA Alexandru** – doctor in drept, conferențiar universitar catedra Drept Public, ULIM
- **CRISTAL Igor** – doctorand ULIM
- **GAMURARI Loredana** – student anul IV Facultatea Drept, ULIM
- **GAMURARI Vitalie** – doctor in drept, conferențiar universitar catedra Drept Public, ULIM
- **GASNAȘ Iurie** – doctorand ULIM
- **GRAMA Dumitru** – doctor in drept, conferențiar universitar, Catedra Drept Public, ULIM
- **GRATI Irina** – doctorandă ULIM
- **GULIAN Mariana** – doctorandă ULIM
- **HALABUDENKO Oleg** – doctor în drept, conferențiar universitar, catedra Drept Privat, ULIM
- **KOSENKO Elena** – doctor în drept, conferențiar universitar, catedra Drept Civil și Dreptul Familiei, Academia juridică de stat de la Saratov, Federația Rusă
- **MARTÎNENKO Igori** – doctor habilitat în drept, conferențiar universitar, Șef Catedra Drept Civil Și Procedură Civilă, Universitatea de Stat „Ianka Kupalo”, Grodno, Belarus
- **MĂRĂCINEANU Doranda** – doctorandă ULIM
- **MUKHTAR Abdelaziz** – doctorand ULIM
- **MUNTEANU Dumitru** – doctorand ULIM
- **MYKHAILIUK Galyna** – doctor în drept, conferențiar universitar, catedra Drept Internațional, Universitatea națională “Academia Kiev-Moghileanska”, Ucraina
- **OSOIANU Natalia** – doctor în drept, conferențiar universitar *ad interim*, Catedra Drept Privat, ULIM
- **SMOCHINĂ Andrei** – doctor habilitat în drept, profesor universitar, Catedra Drept Public, ULIM
- **TAMACIUC Pavel** – doctorand, ULIM
- **ȚURCAN Serghei** – doctor în drept, conferențiar universitar, Șef Catedra Drept Public, ULIM
- **ZUBCO Valeriu** – doctor în drept, conferențiar universitar, Catedra Drept Public, ULIM

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

- **BAEȘU Valeriu** – master of law, senior lecturer, Department of Private Law, ULIM
- **BENEȘ Olga** – master of law, senior lecturer, Department of Public Law, ULIM
- **BULETSA Sibilla** – candidate of legal sciences, associate professor of department of civil law, vice dean of law faculty “Uzhgorod national university”, Ukraine
- **BUTNARU Iulia** – post-graduate student, ULIM
- **CAUIA Alexandru** – PhD, associate professor, Department of Public Law, ULIM
- **CRISTAL Igor** – post-graduate student, ULIM
- **GAMURARI Loredana** – 4th-year student, Faculty of Law, ULIM
- **GAMURARI Vitalie** – PhD, associate professor, Department of Public Law, ULIM
- **GASNAȘ Iurie** – post-graduate student, ULIM
- **GRAMA Dumitru** – PhD, associate professor, Department of Public Law, ULIM
- **GRATI Irina** – post-graduate student, ULIM
- **GULIAN Mariana** – post-graduate student, ULIM
- **HALABUDENKO Oleg** – PhD, associate professor, Department of Private Law, ULIM
- **KOSENKO Elena** – candidate of jurisprudence, associate professor of Civil and Family law Department, Saratov State Academy of Law, Russia
- **MARTÎNENKO Igori** – Dr.Habil., associate professor, head of the Department of Civil Law and Civil Procedure, State University „Ianka Kupalo”, Grodno, Belarus
- **MĂRĂCINEANU Doranda** – post-graduate student, ULIM
- **MUKHTAR Abdelaziz** – post-graduate student, ULIM
- **MUNTEANU Dumitru** – post-graduate student, ULIM
- **MYKHAILIUK Galyna** – PhD, Associate Professor International Law Department National University “Kyiv-Mohyla Academy”, Ukraine
- **OSOIANU Natalia** – PhD, assistant professor, Department of Private Law, ULIM
- **SMOCHINĂ Andrei** – Dr.Habil., university professor, Department of Public Law, ULIM
- **TAMACIUC Pavel** – post-graduate student, ULIM
- **ȚURCAN Serghei** – PhD, associate professor, head of the Department of Public Law, ULIM
- **ZUBCO Valeriu** – PhD, associate professor, Department of Public Law, ULIM

CERINȚE FAȚĂ DE MANUSCRISE

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 studiarea 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.