

UNIVERSITATEA LIBERĂ INTERNAȚIONALĂ DIN MOLDOVA  
*FREE INTERNATIONAL UNIVERSITY OF MOLDOVA*

ȘCOALA DOCTORALĂ DREPT  
*THE GRADUATE SCHOOL OF LAW*

FACULTATEA DREPT  
*FACULTY OF LAW*

*Politiae legibus,  
non leges politis adaptandae*

REVISTA

---

**STUDII JURIDICE  
UNIVERSITARE**

ANUL X

**NR. 3-4**

**2017**

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*

---

*Responsabilitatea pentru autenticitatea, originalitatea și caracterul novator, irepetabil al conținuturilor științifice expuse în prezenta lucrare revin în exclusivitate autorului (autorilor)*

2017, Anul X, Nr. 3—4 (39—40)

Volumul a fost recomandat spre publicare de Senatul ULIM (Proces verbal № 3 din 29.11.2017)

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

**REDACTOR-ŞEF / 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., Alexei BARBĂNEAGRĂ (*ULIM*)

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

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

Prof. univ., Dr. hab., Victor POPA (*Curtea Constituțională, Republica Moldova*)

Prof. univ., Dr. hab., Olexandr ZADOROJNII (*Institutul de Relații Internaționale, Universitatea Națională „Taras Shevchenko“ Kiev, Ucraina (KIMO)*)

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., Natalia SOCOLOVA (*Academia de Drept, Moscova, Rusia (MГЮА)*)

Conf. univ., Dr. hab., Olena GRINENKO (*Asociația Juriștilor din Ucraina, Kiev*)

Conf. univ., Dr., Andrey KOZIK (*Asociația de Drept Internațional, Belarus, Minsk*)

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

Conf. univ., Dr., Oksana SENATOROVA (*Universitatea Națională de Drept „Yaroslav the Wise“, Harkov, Ucraina*)

Conf. univ., Dr., Alexandru CAUIA (*ULIM*)

Conf. univ., Dr., Natalia OSOIANU (*ULIM*)

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

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

Conf. univ., Dr., Vladimir VARDANEAN (*Curtea Constituțională, Armenia*)

*Revista STUDII JURIDICE UNIVERSITARE reprezintă o publicație periodică științifico-teoretică și informațional-practică editată de Școala Doctorală Drept și Facultatea Drept, Universitatea Liberă Internațională 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](mailto:vgamurari@gmail.com); [alex\\_cauia@yahoo.com](mailto:alex_cauia@yahoo.com);

[revistasju@gmail.com](mailto:revistasju@gmail.com); [www.studiijuridice.md](http://www.studiijuridice.md)

Tiraj: 150 ex.

ISSN 1857-4122

© Universitatea Liberă Internațională din Moldova

# CUPRINS

ARGUMENT .....	5
FOREWORD .....	7

## DREPT INTERNAȚIONAL / INTERNATIONAL LAW

<b>Vitalie GAMURARI.</b> Justiția tranzițională în contextul reglementării conflictului „transnistrean”: între voința politică și soluțiile juridice (partea II) .....	11
<b>Mihai POALELUNGI.</b> Pledoarie pentru conștientizarea respectării obligațiilor pozitive care decurg din Convenție: o apreciere mai târzie despre două cazuri nefericite ..	22
<b>Vitalie GAMURARI, Aliona CIGULEA.</b> Politica în materie de azil în Uniunea Europeană și Australia: repere comparative .....	29
<b>Vitalie GAMURARI, Cornel GUȘANU.</b> Implementarea dreptului internațional umanitar și acordarea ajutorului victimelor de război: abordări și mecanisme .....	39
<b>Olga BENEȘ.</b> Puncte de reper cu privire la problematica expulzării colective a străinilor reflectată în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului .....	51
<b>Светлана Михайловна ЗАДОРОЖНАЯ.</b> Основные критерии определения наличия принципа международного права .....	57
<b>Алёна Захаровна МАНЫК.</b> Участие органов международного правосудия в международном правотворчестве согласно концепции «живого» права .....	67

## DREPT PUBLIC / PUBLIC LAW

<b>Serghei ȚURCAN.</b> Reglementarea constituțională a rapoartelor statelor membre cu Uniunea Europeană .....	77
<b>Dumitru BALTAG, Mariana ROBEA.</b> Menirea socială a ordinii juridice .....	89

## DREPT PRIVAT / PRIVATE LAW

<b>Наталья ОСОЯНУ.</b> Коллизионная привязка «закон флага» в международном частном праве Республики Молдова: значение, проблемы и перспективы .....	101
<b>Мария Викторовна КАУРАКОВА.</b> Эффективные международные контракты как основа соблюдения публичных интересов государств, участвующих в них .....	112
<b>Igor Nikolayevich IVANENKO, Anna Viktorovna KRASNITSKAYA, Asiyut Yusufovna ACHMYZ, Grigory Mikhailovich NIKITIN.</b> Analysis of approaches to understanding the civil service in the Russian Federation and foreign countries .....	123
<b>Lilea MĂRGINEANU, Elena MĂRGINEANU.</b> Contingency of contracting lawyers pattern on firm-size variable .....	129

<b>Nicolae FALĂ, Vadim ȘPAC.</b> Temeiurile casării sau modificării hotărârii judecătorești în ordine de apel.....	140
<b>Nicolae FALĂ, Irina BUZU.</b> De la <i>fides</i> la îndatorirea de bună credință în materia dreptului societar.....	168

TRIBUNA DOCTORANDULUI /  
TRIBUNE OF THE POST-GRADUATE STUDENTS

<b>Andrei CUCULESCU.</b> Referendumul — modalitate directă de exercitare a suveranității naționale.....	183
<b>Badir KORDEE.</b> Natura juridică a rezoluției 1483 din 22.05.2003 adoptată de Consiliul de Securitate al ONU în raport cu Irak.....	192
<b>Corina ZACON.</b> Cercetarea prevederilor normative asupra statutului juridic al companiilor militare private.....	199
<b>Dragoș CHIOTICI.</b> Formele de utilizare a cunoștințelor specializate la cercetarea locului faptei.....	210
<b>Mariana ROBEA.</b> Conceptul de ordine juridică și reglementarea acestuia în legislația României.....	219
<b>Naif Jassim ALABDULJABBAR.</b> Theoretical-practical aspects on the consolidation of international security law as institute of public international law.....	227
<b>Rodica CIUBOTARU.</b> Evoluția și consolidarea principiului răspunderii persoanelor fizice pentru comiterea crimelor internaționale: aspecte teoretico-practice.....	236
<b>Sergiu BOZIANU.</b> Operatorul datelor cu caracter personal – subiectul infracțiunii.....	246
<b>Евгения ИЛЬИНСКАЯ.</b> Порядок обжалования решений о применении санкций за нарушение налогового законодательства, предусмотренных Кодексом Республики Молдова о правонарушениях.....	253

TRIBUNA EXPERTULUI / TRIBUNE OF THE EXPERT

<b>Alexei BARBĂNEAGRĂ.</b> Reabilitarea persoanei pentru atragerea ilegală la răspunderea penală – obligația constituțională a statului.....	263
--	-----

RECENZII / REVIEWS

<b>Vitalie GAMURARI.</b> Recenzie la lucrarea „ <i>The Transnistrian conflict files</i> ”, responsabil de ediție Eugen STRĂUȚIU, Sibiu, Techno Media, 2017. – 397 p. ....	274
DATE DESPRE AUTORI.....	276
INFORMATION ABOUT THE AUTORS.....	277
CERINȚE FAȚĂ DE MANUSCRISE.....	278
REQUIREMENTS FOR MANUSCRIPTS.....	279

# ARGUMENT

*Paci sunt maxime contraria, vis et enjuria*

Publicația periodică științifico–teoretică și informațional-practică „*Studii Juridice Universitare*“ a fost fondată în 2008, iar pe parcursul anilor a suferit mai multe modificări, inclusiv de fond și de formă, de fiecare având un scop nobil – îmbunătățirea calității volumelor publicate.

Actualmente revista este editată de Școala Doctorală Drept de comun acord cu Facultatea Drept din cadrul Universității Libere Internaționale din Moldova. Modificarea respectivă a fost dictată de noul cadru legal — adoptarea de către Parlament la 17.07.2014 a Codului Educației al Republicii Moldova, în vigoare din 23.11.2014, dar, în egală măsură și a Regulamentului privind organizarea studiilor superioare de doctorat, ciclul III, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr.1007 din 10.12.2014.

Or, în contextul ultimului număr, grație impactului pe care îl are revista în mediul academic și nu doar, și-a lărgit actorii editoriali. La baza acestui fapt a stat ideea unei răspândiri mai largi în societate a rezultatelor studiilor științifice, revista fiind adresată nu doar cercetătorilor în materie de drept, astfel, axându-se pe un segment mult mai larg de cititori. Avem în vedere Centrul de Expertiză pentru democrație (CED), care are printre obiectivele sale promovarea valorilor democratice occidentale în societatea moldovenească, în special prin intermediul diverselor manifestări, inclusiv cu caracter științific, printre care un loc important îl are sprijinul logistic acordat revistei *Studii Juridice Universitare*.

Atenționăm asupra faptului, că și în continuare gradul înalt de cercetare este garantat inclusiv de componența solidă a Colegiului de redacție, compus din experți de talie națională și internațională.

Printre obiectivele promovate de revistă și în continuare, evidențiem publicarea unor lucrări de valoare, ce reflectă rezultatele cercetărilor curente în care sunt antrenate reprezentanți ai mediului academic, inclusiv cadre 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* și *Drept Privat*. 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.

Una din rubricile tradiționale este prezentarea noilor lucrări științifice apărute în perioada respectivă. Prezentul număr este dedicat lucrării „*The Transnistrian conflict files*”, responsabil de ediție Eugen STRĂUȚIU, Sibiu, Techno Media, 2017.

Revista vine și în continuare să confirme înalta apreciere dată de Consiliul Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică, fiind acreditată la categoria C, eveniment ce este 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 periodical magazine aimed both at theoretical research and practical information *Studii Juridice Universitare* was established in 2008, and in the course of the years had experienced many modifications of form and substance, each of them with a noble scope — the improvement of published volumes.

Nowadays, the magazine is published by the Graduate School of Law in collaboration with the Law Faculty of the Free International University of Moldova. This modification was based on the new legal framework — the Code of Education of Republic of Moldova, adopted by the Parliament on July 17, 2014 (in force since November 23, 2014), and in the same measure the Regulation concerning the organization of higher graduate studies, Cycle III, adopted by the decision Nr.1007 of the Government from December 10, 2014.

However, in the context of the last issue, due to the impact of the journal in the academic environment and not only, the editorial actors have increased in number. This fact is based on the idea of a wider spreading of the results of scientific studies in the society, because the magazine is addressed not only to researchers in the field of law, but focusing on a much wider segment of readers. We are considering Centre of Expertise for Democracy (CED), which has among its objectives the promotion of western democratic values in moldovan society, in particular, through various manifestations, including with a scientific character, among which an important place has the logistical support of the University Legal Studies.

We must highlight that henceforward, as before, the high level of research is guaranteed as well by the substantial compenence of the Editorial board, comprising experts of national and international importance.

Among the objectives continually promoted by the magazine, we have to emphasize the publication of valuable works, which reflect the results of the current research and in which are engaged representatives of the academic medium, including faculty staff and representatives of the institutions from the Republic of Moldova and other states.

The magazine is structured into sections that reflect actual problems of different legal domains, as follows: *International Law*, *Public Law* and *Private Law*. The magazine continues to promote the innovative element implemented in the previous issues — the aforementioned sections include the research of post-graduate students, the criterion being the finalization of the doctoral studies and completion of thesis, including the beginning of the procedure of its defense. This exception is aimed at confirmation of high level of

doctoral studies. This rule is applied in the same measure to the experts, whose research presents an interest, especially for the practitioners.

Promoting the idea of supporting young researchers, the magazine provides a special section — *The Tribune of Post-Graduate Student*, which gives those researchers a possibility to publish the results of their work, the articles being reviewed by experts in the domain.

One of the traditional rubrics is presenting new scientific papers published during the corresponding period. This issue is dedicated to the monograph “*The Transnistrian conflict files*” by Eugen STRĂUȚIU, Sibiu, Techno Media, 2017.

The magazine aims at confirming the high appreciation given by the Supreme Council on Science and Technological Development, being accredited in accordance with category C — the event that was highly appreciated by national experts and foreign partners.

We must highlight that published materials are placed as well on the web page of the magazine, as a fact that contributes to the improvement of the articles’ quality.

We hope that this practice will in the long run contribute to the promotion of the image of the local legal science in the various European states, and the magazine *Studii Juridice Universitare* will retain its role of a real promoter of scientific values and European traditions of legal education.

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



DREPT INTERNAȚIONAL

INTERNATIONAL LAW



# JUSTIȚIA TRANZIȚIONALĂ ÎN CONTEXTUL REGLEMENTĂRII CONFLICTULUI TRANSNISTREAN: ÎNTRE VOINȚA POLITICĂ ȘI SOLUȚIILE JURIDICE (PARTEA II)

Vitalie GAMURARI, doctor în drept, conferențiar universitar, ULIM

## **TRANSITIONAL JUSTICE IN THE CONTEXT OF THE REGULATION OF TRANS-DNIESTER CONFLICT: BETWEEN THE POLITICAL WILL AND LEGAL SOLUTIONS (PART II)**

*In the second half of the 20th century, British pragmatism implemented a new concept in the context of solving armed conflicts, societies that clashed with dictatorships and authoritarian regimes, the ultimate goal being the national reconciliation of these societies. South Africa, Northern Ireland, Argentina, Chili, Morocco, Algeria, Bosnia and Herzegovina, Kosovo etc., here are just a few examples from the list of countries that have somehow managed to implement transitional justice.*

*The Republic of Moldova should equally be included in the list provided that there is a „frozen“ conflict in its territory and the society remains divided. In this sense, we will try to make a general presentation of the correlation between the political volition and the legal solutions offered by the transitional justice.*

**Keywords:** *transitional justice, international humanitarian law, reconciliation, commission for truth, commission of inquiry.*

*În a doua jumătate a secolului XX pragmatismul britanic a pus în aplicare un nou concept în contextul soluționării unor conflicte armate, a unor societăți ce s-au ciocnit cu dictaturi și regimuri autoritare, obiectivul final fiind reconcilierea națională a acestor societăți. Africa de Sud, Irlanda de Nord, Argentina, Chili, Maroc, Algeria, Bosnia și Herțegovina, Kosovo etc., iată doar câteva exemple din lista statelor ce au reușit într-o oarecare măsură să pună în aplicare justiția tranzițională.*

*Republica Moldova în egală măsură ar trebui să figureze în lista prezentată, în situația în care are pe teritoriul său un conflict „înghețat”, iar societate rămâne a fi una dezbinată. În acest sens, v-am încerca să facem o prezentare generală a co-raportului dintre voința politică și soluțiile juridice oferite de justiția tranzițională.*

**Cuvinte-cheie:** *justiție tranzițională, drept internațional umanitar, reconciliere, comisie pentru adevăr, comisiei pentru anchetă.*

### ***Justiția tranzițională în contextul situației din Argentina***

#### ***Faza tranzițională***

Tratatamentul juridic al crimelor dictaturii argentine include două perioade – faza tranzițională propriu zisă (din 1983 până în anii 90), după care urmează cea post-tranzițională (din anii 90 până în zilele noastre), evaluând de la pedepse la

aducerea scuzelor. Aceste două perioade conțin mai multe componente, traducând de fiecare dată o schimbare a paradigmei în maniera de a contracara abuzurile comise de regimul militar. Între cele două prezintă interes *human rights turn*, care este constituit pe injecțiunea unei necesare lupte contra impunității a celor mai grave crime, un produs al noilor drepturi subiective ale omului (cum ar fi cel al „dreptului la adevăr”), care contribuie, la rândul lor, la dezvoltarea dreptului penal în materie. Criticile provocate prin această „penalizare a drepturilor omului”, la fel ca volumul și diversitatea experienței argentinene, ilustrează incertitudinile cu care ne confruntăm în reflectarea însăși a noțiunii justiției (internațională/etatică, retributivă/reparatorie, judiciară/a-judiciară) în faza de (post)-tranziție politică, moștenită de un regim etatic în masă, care implică în mod inevitabil o denaturare dreptului și a funcțiilor sale.<sup>1</sup>

Tranziția democratică și justiția tranzițională în Argentina sunt indiscutabil asociate cu Raúl Alfonsín. Totul începe odată cu ascensiunea dlui la prezidențialele în urma alegerilor libere ce au urmat cei șapte ani de dictatură (1976-1983): inițiator al tranziției politice, dlui constituie CONADEP (*Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*) împluternicită de anchetarea disparițiilor forțate și încălcările grave ale drepturilor omului comise în cadrul *Proceso de Reorganización Nacional* al generalilor.<sup>2</sup> În același ani, Parlamentul anulează legea privind auto-amnistia adoptată prealabil în mod de urgență de Guvernul condus de Generalul Bignone, cu două luni înainte de căderea dictaturii, ce viza garantarea impunității în numele păcii în țară și a reconcilierii naționale.<sup>3</sup> Puțin mai târziu, Alfonsín autorizează urmărirea penală contra generalilor primelor trei junte militare. Anii 1983-1984 sunt, printre altele, marcați prin apariția sistematică în presă a informațiilor referitor la primele exhumări, a mărturisirilor publice a celor ce au supraviețuit, a rapoartelor organizațiilor preocupate de protecția drepturilor omului și a declarațiilor militarilor care au relatat crimele comise.

La 20 septembrie 1984 CONADEP prezintă Președintelui raportul final care v-a fi publicat la 28 noiembrie sub numele-simbol de *Nunca Más* (nici odată așa ceva), la

---

1 Garibian Sévane. Vérité vs. Impunité: la justice (post)-transitionnelle en Argentine et le human rights turn. In: Andrieu, Kora, Lauvau, Geoffroy. *Quelle justice pour les peuples en transition? Pacifier, démocratiser, réconcilier*. Paris: Presses Universitaires de la Sorbonne, 2014, pp. 287-305.

2 Comisia, creată prin Decretul 187/83 din 15 decembrie 1983, a fost condusă de scriitorul argentinian Ernesto Sabato.

3 Legea 22.924 din 23 martie 1983 avea drept obiectiv împiedicarea oricărui proces împotriva militarilor și a membrilor forțelor de securitate pentru faptele comise în timpul „luptei contra terorismului și a subversiunii”. Actul prin care a fost anulată această auto-amnistie a fost cea Legea 23.040 din 22 decembrie 1983. Validitatea constituțională a fost ulterior confirmată de Curtea Supremă prin hotărârea 309:1689 din 30 decembrie 1986 *Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerras Armadas en cumplimiento del decreto 158/1983 del Poder Ejecutivo Nacional* [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar). (consultat la 15.10.2017).

sugestia rabinului și membrului Comisiei, Marshall Meyer.<sup>4</sup> Raportul oferă o primă stare de lucruri – locurile crimelor dictaturii. Comisia a recunoscut aproape 9.000 de cazuri de dispariții forțate – în timp ce cifrele de astăzi sunt de 30.000. Alfonsín v-a reveni el însuși cu o lucrare apărută în 2004, cu cinci ani înainte de moartea sa, iar impactul *Nunca Más* a fost incredibil – primele 40.000 de exemplare au fost epuizate timp de 40 de ore, ceea ce demonstrează interesul și importanța acestui proces de tranziție politică, dar și al justiției tranziționale care și-a regăsit în cazul dat locul.<sup>5</sup> Proaspăt apărut în Argentina, raportul CONADEP a fost în scurt timp tradus și difuzat în întreaga lume – primele două ediții în limba engleză (1986) au fost promovate de filozoful dreptului american Ronald Dworkin, care vorbește despre el ca despre un „*report from Hell*”.

*Faza post-tranzițională: de la iertare la pedeapsă trecând prin adevăr*

Justiția tranzițională presupune că este inevitabil ca în asemenea condiții să se impună un număr de factori și evenimente, care ulterior devin determinanți în diverse procese, cum ar fi mutația, inversarea etc. Din start, la nivel internațional, ordinea juridică este profund marcată prin mai mulți factori – noua doctrină a „luptei contra impunității” promovată de ONU;<sup>6</sup> marea revenire a justiției penale internaționale odată cu crearea Tribunalului penal internațional *ad hoc* pentru fosta Iugoslavie și Rwanda, iar ulterior a Curții Penale Internaționale, fără a enumera tribunalele penale *hibrid* sau internaționalizate; consacrarea jurisdicțională a conceptului *jus cogens* (drept imperativ ce se impune direct statelor și indivizilor independent de voința acestora) în raport cu normele privind cele mai grave încălcări ale drepturilor omului ca parte componentă; precum și o avalanșă considerabilă a drepturilor omului, care vin să completeze și să îmbogățească cadrul normativ al dreptului internațional penal în dezvoltare. Toate acestea, de comun acord cu lucrările teoretice, realizări concrete la nivel de diverse state, fie în materie de „lucru de memorie”, fie încă în combaterea negării – așa elemente venite să alimenteze injectarea unei necesare lupte contra impunității și restabilirea adevărului, ce poartă, în sânul lor problematica dreptului ca un alt cadru social a unei memorii colective.

În acest sens, prezintă interes jurisprudența Curții interamericane a drepturilor omului (CADO), care a fost una din primele instituții de acest gen, ce s-a expus asupra cazurilor disparițiilor forțate. Chiar în prima speță contencioasă ea adoptă

---

4 Comisia, fiind constituită din 13 membri, inclusiv trei reprezentanți religioși antrenați în protecția drepturilor omului: rabinul numit, precum și Carlos Gattinoni (protestant) și Jaime de Nevares (catolic).

5 Crenzel E. "Argentina's National Commission on the Disappearance of Persons: Contributions to Transitional Justice". In: *International Journal of Transitional Justice*, 2008, nr. 2, pp. 173-191.

6 Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity. Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher. UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement> (consultat la 15.10.2017).

inovații decisive, printr-o interpretare extensivă a Convenției americane a drepturilor omului din 1969. Astfel Curtea, pe de o parte, afirmă obligația statului de a ancheta și de a pune sub urmărire autorii încălcărilor grave ale drepturilor omului, iar, pe de altă parte, ea recunoaște dreptul familiilor persoanelor dispărute, precum și a celor apropiați, să cunoască destinul victimelor, inclusiv în ipoteza în care crimele nu v-or putea fi puse sub urmărire.<sup>7</sup> Anume această idee forte acordată stabilirii faptelor și căutării adevărului, confirmată prin jurisprudența ulterioară a Curții, a stat la baza acestui nou drept la adevăr.

La nivel național în Argentina au loc reforme impunătoare. Astfel, în 1994 are loc o profundă reformă constituțională, ce oferă un loc privilegiat principalelor instrumente internaționale ale drepturilor omului, acordând judecătorului argentinian dreptul să le aplice în mod direct. Între timp, Argentina devine parte la Convenția privind imprescriptibilitatea crimelor contra umanității și crimelor de război (1968), iar mai târziu la Convenția asupra disparițiilor forțate (1994).

Plasat între comisia pentru adevăr și procesul penal clasic, între reparația simbolică și pedeapsă, acest mecanism hibrid *juicios por la verdad* oferă o nouă abordare a misiunii judecătorului penal, nu punitivă, ci mai degrabă declarativă: particularitatea sa este de a avea avantajele la faza procesului penal și a comisiilor pentru adevăr și reconciliere („simbosilm pozitiv” centrat asupra reconstrucției unui trecut criminal pentru o pace socială). Ceea ce este reclamat în cadrul procesului pentru adevăr, nu este judecarea și condamnarea persoanelor acuzate de încălcări grave ale drepturilor omului, ci cunoașterea destinului victimelor prin stabilirea și clarificarea faptelor, cuplat cu recunoașterea judiciară a adevărului lor, dincolo de dialectica binară vinovat/nevinovat.

Trebuie să atragem atenția asupra unui aspect. Jurisprudența CADO, începând cu anul 2001, a stat la originea inversării juridice în Argentina, conducând la redeschiderea oficială a urmărilor penale contra responsabililor de crime pe perioada dictaturii militare. Această perioadă s-a caracterizat prin anularea legilor adoptate în 1986-1987 de Parlament în 2003, apoi prin declararea neconstituționalității lor de Curtea Supremă a Argentinei în emblematica decizie *Simon* (2005): judecătorii au afirmat că legile puse în discuție sunt în conflict direct cu dreptul internațional integrat în blocul de constituționalitate, din care fac parte CADO și Convențiile citate anterior din 1968 și 1994,<sup>8</sup> întrucât ele vizează „uitarea” încălcărilor grave ale drepturilor omului. Opiniile majorității judecătorilor Curții Supreme traduc, conform jurisprudenței CADO, legătura indisolubilă între căutarea adevărului și sancționarea penală a criminalilor, în contextul obligațiilor statului în această materie. Or, aici se

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, §§ 162 ss y 181 [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf) (consultat la 15.10.2017).

8 Garibian S. Le recours au droit international pour la répression des crimes du passé. Regards croisés sur les affaires Touvier (France) et Simón (Argentine). In: *Annuaire Français de Droit International*. Vol. LVI, 2010, pp. 204 ss et 211 ss.

observă ideea principală – caracterul complementar și necesar al acestor două misiuni ale statului de drept – de a pune sub urmărire, ca componente ale garanțiilor judiciare și a accesului la justiție; și, atunci, caracterul incompatibil al acestei duble misiuni cu existența legii amnistiei. Speța *Simon* reactualizează astfel, deschiderea dezbaterii, divizând doctrina judiciară ca efect al adoptării legilor din 1986-1987.

Putem oare vorbi că dreptul la adevăr este cheia pentru a înțelege punerea în aplicare, începând cu anii 90 a două tipuri de proceduri atipice, specifice cazului argentinian: pe de o parte, *juicios por la verdad* pentru reconstruirea destinului celor dispăruți și căutarea corpurilor acestora, iar, pe de altă parte, procedurile referitor la recuperarea impusă pentru identitate a copiilor acestora furăți *botting de guerre* de militari? În ambele cazuri este vorba despre așa numite anti-camere ale procesului penal clasic pentru judecarea celor acuzați, respectiv în materie de dispariții forțate și de acaparare a copiilor celor dispăruți. Rămâne între timp să determinăm contururile și termenii exacti ai colaborării și a dialogului apărut în ultimii ani, dar și de coexistență extraordinară a tuturor mecanismelor judiciare. Și aceasta, în special din punct de vedere al respectării drepturilor acuzaților, știind între timp, că *juicios por la verdad* oferă un bogat material documentar și testabil utilizat pentru pregătirea proceselor penale.

În contextul studiului efectuat, ne referim la cazul Argentinei, dar privim situația mai larg și ne punem întrebarea dacă exigența combaterii impunității implică în mod necesar condamnarea penală a celor responsabili? Altfel spus, în ce sens trebuie să înțelegem cuvântul impunitate? În sens strict etimologic care presupune lipsa pedepsei sau în sens larg, prin extindere, ceea ce presupune lipsa de sancțiuni? *Largo sensu*, în principiu, lupta contra impunității ar putea corespunde punerii în aplicare a mecanismelor sancționante – exigența, condițiile de realizare și efectele crimelor, tratate într-un cadru juridic ce ar putea prelua multiple și variate forme – acesta este în fond, principiul justiției tranziționale (diverse mecanisme nu sunt în mod necesar internaționale, nici penale, nici judiciare). Din acest punct de vedere, o asemenea practică, hibrid, a proceselor pentru adevăr în Argentina, ilustrează perfect funcția non-punitivă a judecătorului penal.

Trebuie să remarcăm regula stabilită de CADO între dreptul la adevăr și dreptul judecătorului în lumina evoluției recente a lucrărilor asupra primului aspect, implementând imputernicirea în textele internaționale și ale ONU, a propos, evoluție în care Argentina a jucat un rol activ – punerea pe ordinea de zi a raportului Joinet (2005), noua Convenție privind disparițiile forțate (2006), diverse rezoluții ale Comisiei și ale Consiliului pentru drepturile omului, precum și rapoarte ale Înaltului Comisariat ale ONU (începând cu 2005), proclamarea de către Adunarea Generală a ONU a zilei de 24 martie ca Ziua internațională pentru dreptul la adevăr în 2010.

Transformarea *human wrongs into human rights* trebuie privită ca una ce creează noi drepturi subiective ale omului, cum ar fi dreptul la adevăr, aceasta contribuind la revenirea la dezvoltarea dreptului penal în materie, creând o „revizuire a drepturilor omului”. În alți termeni, *human rights turn* corespunde unei penalizări ale drepturilor

omului, dat fiind că inițial a contribuit la limitarea represiunilor, acestea în devenire o legitimitate fiind puternic mobilizată în lupta contra impunității crimelor în masă. Studiul efectuat ne permite să afirmăm că nu trebuie să negăm importanța modelelor alternative de tratament juridic a crimelor din partea statului, fie că ne referim la justiția penală clasică națională, fie internațională, pentru ca aceasta să nu fie redusă la misiunea sa retributivă. Un lucru pare a fi clar. Justiția tranzițională, sub toate formele, implică o revizuire al conceptului clasic al justiției punibile, bazându-se, în special, pe interesul reparatoriu al unei societăți în tranziție.

### *Abordarea conflictului transnistrean prin prisma justiției tranziționale*

Importanța conceptului justiției tranziționale pentru Republica Moldova poate fi una crucială. Avem în vedere că societatea moldovenească este una în proces de formare, căreia în principiu, îi lipsesc anumite simboluri naționale în jurul cărora ea s-ar fi putut consolida. Trecerea de la un trecut autoritar la o democrație necesită anumite eforturi din partea „elitei” politice a statului, ceea ce a lipsit în cazul nostru din mai multe considerente. În plus, această trecere a fost afectată de un conflict armat, în mare parte impus din exterior, dar din nou trebuie să remarcăm că autoritățile nu au fost capabile să evite efectele negative, căzând pradă capcanelor plasate, fapt ce a influențat foarte mult evoluția ulterioară a societății moldovenești. Riscăm să presupunem că Republica Moldova se află la o răscruce istorică, deoarece de capacitatea de a ieși din situația nefastă în care se află la moment, depinde în mare parte viitorul acestui stat în calitate de subiect de drept internațional, entitate ce ar putea deveni un exemplu pentru viitor unor societăți în procesul de reconciliere națională. Nu v-om enumera toate instrumentele și mecanismele justiției tranziționale care ar putea fi puse în aplicare în Republica Moldova în contextul reglementării conflictului transnistrean, dar și a concilierii societății în integritate, ne v-om referi doar la câteva dintre ele. În plus, ne v-om referi în calitate de exemplu la câteva situații concrete.

Astfel, instituirea unei Comisii de anchetă care ar depune eforturi pentru stabilirea și elucidarea faptelor ce au avut loc pe perioada conflictului ar fi un bun început. Aceasta ar permite inițierea unui discurs amplu, cu implicarea în procesul de reconciliere a experților din străinătate, antrenarea anumitor organizații internaționale, cum ar fi de exemplu ICRC, UNHCR, Amnesty International etc.

Propunerea unui concept privind soluții și mecanisme ale justiției tranziționale poate fi discutat în societate cu invitarea partenerilor externi, expunerea etapelor, finalităților, precum și a obiectivelor. În acest context, printre primii pași se enumeră reconsolidarea unei Comisii mixte pentru căutarea persoanelor dispărute fără veste, instituirea unui centru de comemorare a celor căzuți în timpul conflictului armat de pe Nistru. În plus, aceste evenimente pot fi lărgite cu examinarea încălcărilor grave comise în perioada regimului totalitar, iar în calitate de exemplu ar putea servi practica Albaniei, la care ne v-om referi în cadrul unui alt studiu.



Caracterizând și analizând mecanismele și instrumentele justiției tranziționale, nu putem să nu ne expunem asupra conceptului DDR (dezarmare, demobilizare și reîncadrare), care în contextul Republicii Moldova, în general și a cazului regiunii transnistrene, în special, are o importanță majoră. Conceptul dat ar putea schimba în mod cardinal dialogul părților, iar dacă ne referim la societatea moldovenească *in integrum*, trebuie să spunem că factorul „democratizare” ce reiese din acest concept, ar permite punerea în aplicare a unui dialog civilizată și conciliator într-o societate în cale de formare, dezbinată după criteriile politici și geopolitici. Astfel, Chișinăul ar putea cu siguranță deveni mai credibil pentru Tiraspol, iar pentru participanții la procesul de negociere, Chișinăul ar apărea ca un partener ce pune în capul mesei nu doar anumite obligații de ordin juridic asumate pe plan internațional, dar, în primul rând, anumite *reguli de joc* sau *gentlement agreements*, respectarea cărora în lumea occidentală are un caracter imperativ, iar statul ce se conduce de ele, este acceptat în rândurile unei lumi „privilegiate”.

Referindu-ne nemijlocit la instituția DDR, constatăm faptul că, începând cu a doua jumătate a anilor 80 ai secolului XX, un număr mare de societăți ieșite din conflicte violente sau dintr-un regim autoritar, au decis să facă față efectelor încălcărilor drepturilor omului, adoptând măsuri prevăzute de justiția tranzițională, cum ar fi urmărirea penale, instituirea Comisiilor pentru Adevăr, asigurarea reparațiilor victimelor sau declanșarea reformelor instituționale. Paralel cu aceasta, programele DDR a combatanților se înscriu integral în eforturile de restabilire, de menținere și de consolidare a păcii. Aceste două tipuri de inițiative, una axată pe justiție și responsabilizare și alta concentrată pe stabilitate, ambele vizând pacea de durată, coexistă sau se suprapun în perioada post-conflict. Totodată, programele DDR au fost rareori analizate, puse în aplicare pentru a se ține cont de scopuri, având referință cu justiția și mecanismele justiției tranziționale, rareori și-au coordonat strategiile cu programele DDR.

La moment există un număr suficient de cercetări în domeniul DDR, însă puține din ele studiază raportul între DDR și eforturile întreprinse de justiția tranzițională. Programele DDR sunt de regulă analizate în vid, cum nu ar avea nici o incidență cu eforturile întreprinse de a face justiție. Lucrările inițiate de Centrul internațional pentru justiție tranzițională (CIJT) indică, între timp, că o lipsă de cooperare mai aprofundată ale raporturilor ce există între DDR și justiția tranzițională ar putea limita măsura în care societățile pun accentul pe reintegrare în defavoarea justiției. Programele DDR fac primul pas important pentru a pune capăt sau a limita violența prin dezarmarea unui număr mare de persoane înarmate și desființarea organizațiilor militare și disfuncționale. Imposibilitatea pentru un proces DDR de a sechestra armele combatanților și de a restabili controlul legitim al statului prin recurgerea la forță poate slăbi situația din punct de vedere al securității unei țări și să reducă astfel, perspectivele și efectele justiției tranziționale. Din contra, DDR realizate în situații fără a coordona sau fără a recurge la mecanismele justiției pot duce la tensiuni, posibilități ratate, inclusiv inegalități vizibile între foștii combatanți și victime, care

dau loc la resentimente și împiedică integrarea. Trebuie să recunoaștem faptul că, în realitate există diferență între cele două tipuri de inițiative, însă, totuși, obiectivele în sens larg al programelor DDR și ale măsurilor justiției tranziționale coincid. Aceasta ar însemna că cu un grad moderat de cooperare și de coordonare, aceste două elemente pot să se îmbine mutual de o manieră pozitivă.

Conform ONU, obiectivele justiției tranziționale constau în garantarea responsabilizării, a face justiție și a îndeplini reconcilierea. Garanția de nerepetare a încălcărilor drepturilor omului, altfel spus prevenirea, este recunoscută ca fiind „primul imperativ al eforturilor justiției”. CIJT atenționează că stabilirea sau readucerea încrederii civice constituie un obiectiv important pentru justiția tranzițională. Prin comparație, normele integrate de ONU referitor la DDR definesc obiectivele acestora ca fiind o securitate crescândă, printre care restabilirea controlului statului fără recurgerea la forță, prevenirea reluării violențelor, promovarea încrederii și, în final, reconcilierea.<sup>9</sup> Restabilirea încrederii, prevenirea reluării violențelor și reconcilierea apar deci ca obiective esențiale ale acestor două tipuri de procese.

Totodată, trebuie să constatăm că lipsește o schemă universală care ar prezenta un raport instituțional între o inițiativă a justiției tranziționale și un program DDR. Putem constata, că interacțiunile între aceste două procese par a avea un caracter *ad hoc* și „reacționist”.

Există mai multe motive pentru această absență de ordin instituțional. Poate fi vorba în special despre tendința pe care o abordează DDR, în special demobilizarea și dezarmarea, cu titlu de simplu exercițiu tehnic. Pe de altă parte, procesele DDR și inițiativele justiției tranziționale se axează în special asupra victimelor. Pe de altă parte, acești administrați, ei înșiși au obiective diferite: victimele doresc responsabilizarea, în timp ce combatanții, în marea lor parte, caută să reducă la minimum sau să diminueze responsabilitatea. Deseori, diferențele de calendar ale acestor două procese constituie o altă dificultate, ce împiedică stabilirea relațiilor instituționale oficiale. În timp ce inițiativele privind dezarmarea și demobilizarea DDR sunt lansate în momentul încetării focului sau imediat la finele încheierii acordului de pace, inițiativele justiției tranziționale impune constituirea unui nou guvern și al unui cadru legislativ, ce poate întârzia punerea în aplicare timp de mai multe luni dacă nu chiar ani.

Victimele și persoanele ce activează în numele lor se regăsesc frecvent în fața unor bariere structurale, care constituie veritabile obstacole în căutarea justiției și a reparațiilor. Studiul comparat al legilor, dar și al practicii, cu regret, confirmă acest lucru. Nu mai este acceptabil de a porni de la principiul că statele dispun de un sistem satisfăcător bazat pe supremația dreptului, ceea ce este o condiție *sine qua non* pentru garantarea drepturilor victimelor. Așa, de exemplu, punerea în aplicare a normelor internaționale privind interzicerea torturii necesită prin urmare o dublă abordare:

---

<sup>9</sup> Integrated Disarmament, Demobilization, and Reintegration Standards. UN, 2006 <http://cpwg.net/wp-content/uploads/sites/2/2013/08/UN-2006-IDDRS.pdf> (consultat la 13.10.2017).

- (i) crearea și/sau menținerea cadrului și structurilor necesare pentru a face eficiente drepturile și garantarea responsabilității și, în sânul acestui sistem;
- (ii) studierea elementelor necesare pentru a împiedica tortura și a da răspuns de o manieră adaptată acuzațiilor de tortură (bazându-se pe legislație, structurile instituționale, practica judiciară, dar și orice altă măsură recunoscută oficial).

Studiul comparat indică că implicarea tot mai largă a comunității internaționale în combaterea fenomenelor caracteristice regimurilor autoritare sau societăților trecute printr-un conflict armat, printre care tortura se evidențiază, în pofida obstacolelor ce apar, înregistrează progrese importante. La nivel normativ, interdicția torturii a rezistat tentativelor repetate, vizând stabilirea presiunilor.

În același timp, eforturile întreprinse de o serie de actori, care se găsesc în mare parte în jurisprudența națională, regională și internațională, au intensificat înțelegerea naturii torturii și a represiunilor asupra victimelor, a familiilor și comunităților. Această evoluție, în egală măsură a influențat procesul de elaborare a normelor actuale, uneori în termeni cu conținut specific în raport cu unele drepturi și unele obligații, cum ar fi dreptul la un recurs efectiv și în termeni de măsuri pe care statele trebuie să le ia pentru concretizarea acestor drepturi în mod eficient. La nivel național, observăm o dinamică din ce în ce mai intensă pentru a consolida legislația și supravegherea mecanismelor, în special în perioada de tranziție politică, în scopul de a gestiona moștenirea lăsată de tortură. În orice caz, obligația de a responsabiliza și acorda reparațiile victimelor intervin de fiecare dată de la caz la caz, ceea ce subliniază dificultatea de a crea un mediu favorabil, reducând la minimum obstacolele de ordin legislativ, instituțional, politic, social și, care cel mai des se confruntă în practică persoanele ce caută să obțină justiție și a deține persoanele culpabile de încălcarea drepturilor omului.

Este adevărat că orice proces politic are propriul specific. Nici unul nu se aseamănă cu altul. În general, putem distinge două mari categorii:

- a) pe de o parte, procesele care însoțesc pasajul războiului spre pace prin negocierea unui acord de pace în termen în care buletinul de vot substituie în mod progresiv armele, în special cele de gherilă;
- b) pe de altă parte, procesele ce au legătură cu un conflict armat, au ca obiect de a facilita în mod progresiv trecerea de la un regim autoritar/totalitar la un stat de drept prin negocierea unui acord politic de tranziție, indiferent de denumirea acestuia (dialog național, coaliție sau pact democratic, platforma națională etc.).<sup>10</sup>

Având la bază practica altor state acumulate pe parcursul ultimelor decenii, ne punem întrebarea – care ar fi mai binevenit termen, inclusiv pentru situația din Republica Moldova – „reconcilierea” sau „concilierea”? Într-un raport al Sub-Comisiei

---

<sup>10</sup> Louis Joinet. Justice transitionnelle : principes et standards internationaux – un état des lieux. In : La justice transitionnelle dans le monde francophone : état des lieux Conference, pp. 3-4. Paper 2/2007. Dealing with the Past – Series <http://www.cedhd.org/wp-content/uploads/2015/06/12-ei.pdf> (consultat la 15.10.2017).

pentru drepturile omului a Națiunilor Unite privind protecția drepturilor omului și lupta contra impunității,<sup>11</sup> autorul, având ca studiu alte situații, preconizează să utilizeze termenul „conciliere” prealabil celui „reconciliere”. Concilierea are la bază un demers colectiv. Ea implică, la un moment sau altul, un minimum de dialog. Reconcilierea, la rândul său, are la bază morala, ea trecând printr-un act personal – iertarea. Dar pe cine să ierți în cazul în care autorul nu a fost identificat? De ce să-l ierți dacă persoana respectivă nu a manifestat nici un pic de pocăință? Iertarea se impune atunci când ea este solicitată. Pentru a putea întoarce pagina este necesar ca ea să fie anterior citită.

Fie este vorba despre un acord de pace sau un acord politic, care sunt în aceste două cazuri figurile, problematicile comune? Orice proces tranzițional foarte repede se confruntă cu trei puternice solicitări de ordin social: dreptul de a cunoaște; dreptul la justiție; drepturi ce sunt strâns legate de administrarea justiției tranziționale. Care este nivelul de conștientizare a acestor realități din parte societății moldovenești? Este ea pregătită pentru pornirea unui dialog, perioada căruia nu se cunoaște? Indiferent de răspuns, reieșind din practica acumulată de mai multe state de pe diverse continente, putem afirma franc că Republica Moldova trebuie să pornească un asemenea dialog prin punerea în aplicare a mecanismelor justiției tranziționale, dar și prin antrenarea întregii societăți la acest proces. Este o sarcină deloc simplă, dar cine a spus că a fost simplu să pornească un dialog social în Chili, Argentina, Africa de Sud, Bosnia și Herțegovina, Croația, Kosovo? Și să nu uităm că aceste state au trecut prin conflicte cu mult mai dure sau regimuri autoritare incomparabile cu situația din Republica Moldova! Cert este că v-or trebui depuse eforturi considerabile din partea autorităților de la Chișinău, eforturi, care su siguranță v-or găsi susținere din partea organismelor și instituțiilor internaționale, așa cum a fost și în cazurile altor state, la unele din ele am făcut și referință.

Ne-am referit în special la acele mecanisme ale justiției tranziționale care prevăd dialogul și concilierea. Nu ar fi cazul să negăm importanța mecanismelor ce reglementează justiția punitivă, fără care deseori este imposibil de a restabili statul de drept și încrederea în democrație într-o societate ce s-a confrunat în trecut cu un conflict armat sau dictatură. Exemplele tribunalelor penale internaționale, a tribunalelor hibrid sunt un exemplu expres, doar că această parte a justiției tranziționale este mai bine cunoscută, fapt ce ne-a convins că pentru Republica Moldova ar fi destul de actual anume actualizarea justiției nepunitive ca parte componentă a justiției tranziționale.

### *Încheiere*

Am încercat să venim cu o analiză generală ce ar argumenta locul și rolul justiției tranziționale în contextul soluționării conflictului transnistrean. Exemplele aduse confirmă obiectivul urmărit de sudiul în cauză și anume, de a explica că nu există o soluție unică și sigură în reglementarea unor conflicte de acest gen. Este nevoie de

---

11 A se vedea referința nr. 6.

voință politică pentru a pune în aplicare instrumentele justiției tranziționale, care, la rândul lor, v-or asigura eficacitatea cadrului juridic respectiv.

Câteva situații examinate ca exemplu, fiecare din ele având propriile caracteristici, ne permit să constatăm careva realități.

În primul rând, trebuie să existe o legătură expresă între voința politică și punerea în aplicare a justiției tranziționale.

În al doilea rând, nu există o soluție universală dată de justiția tranzițională situațiilor post-conflictuale.

În al treilea rând, punerea în aplicare a justiției tranziționale necesită implicarea întregii societăți, dar cei drept, cu un suport logistic și financiar din partea comunității internaționale. Doar în așa fel v-om putea vorbi despre o veritabilă reconciliere națională a unei societăți post-conflictuale, printre care se enumeră, cu regret și Republica Moldova.

Criza conștientizării și gestionării problemelor impuse de o situație post-conflictuală o găsim într-o analiză a situației de stabilitate care a precedat declanșarea războiului. Conștientizarea că statele ce se află în război la moment, au fost fragile anterior conflictului și v-or rămâne astfel și după conflict, poate contribui la elucidarea în societățile în reconstrucție post-conflictuală semne de fragilitate ce poate anticipa și reduce riscurile de transformare a unei eventuale crize într-un război cu consecințe.

De altă parte, convinși în faptul că fără adevăr nu există justiție și că fără justiție impunitatea poate duce la răzburare, conceptul justiției tranziționale, chiar și unul imperfect, constituie cheia în contextul asigurării unei păci durabile, astfel, împiedicând trecutului să intervină într-un mod violent.

Punerea în aplicare în Republica Moldova a justiției tranziționale în contextul în care mecanismele și instituțiile sale v-or favoriza dialogul social în societatea moldovenească, divizată după criterii politici și geopolitici, dar și ca urmare a conflictului nesoluționat timp de mai de două decenii. Să nu ne așteptăm că cineva din exterior v-a dori să vină să soluționeze crizele autohtone în interesul nostru. Practica altor state demonstrează, că doar acolo unde a existat voința clasei politice de comun acord cu cea a societății civile, au fost identificate mecanismele și instrumentele necesare pentru restabilirea încrederii în organele de stat, în idealurile democratice, în statul de drept și în final – într-un viitor prosper. Or, după o perioadă de tranziție politică, caracterizată printr-un haos ce a dus practic la un colaps statul Republica Moldova, a venit momentul de se alinia bunelor practici propuse de justiția tranzițională, eficacitatea căreia a fost probată în diverse state din Europa, Africa, Asia, America Latină. O abordare corectă și eficientă a justiției tranziționale la rândul său, poate face din Republica Moldova un exemplu bine de urmat de alte societăți ce se confruntă cu efectele negative produse de conflictele armate sau regimurile totalitare.

Lucrarea a fost prezentată la 20.10.2017

# PLEDOARIE PENTRU CONȘTIENTIZAREA RESPECTĂRII OBLIGAȚIILOR POZITIVE CARE DECURG DIN CONVENȚIE: O APRECIERE MAI TÂRZIE DESPRE DOUĂ CAZURI NEFERICITE

Mihai POALELUNGI, doctor habilitat în drept, conferențiar universitar  
Președintele Curții Supreme de Justiție

## *PLEA FOR AWARENESS OF OBSERVANCE OF POSITIVE OBLIGATIONS ARISING FROM THE CONVENTION: A LATE APPRECIATION OF TWO UNFORTUNATE CASES*

*This article aims to highlight some positive obligations that Member States have under the European Convention on Human Rights regarding the detention of persons suffering from mental illness in preventive detention. As a matter of principle, they must be interned in special medical centers. Investigating magistrates who fail to order the internment are at risk of violating the Convention. Government's omission to enforce means which eliminate systemic problems in this area may lead to the conviction of the Republic of Moldova before the European Court of Human Rights.*

**Keywords:** *persons suffering from mental illness; torture; right to liberty; positive obligations; the res interpretata principle; burden of proof.*

*Acest articol urmărește să scoată în evidență câteva obligații pozitive pe care le au statele membre la Convenția Europeană a Drepturilor Omului cu privire la plasarea în detenție preventivă a persoanelor care suferă de boli mintale. Ca principiu, acestea trebuie internate în centre medicale specializate. Judecătorii de instrucție care eșuează să dispună măsura internării, riscă să încalce Convenția. Omisiunea Guvernului de a implementa măsuri care să elimine problemele sistemice în această materie poate conduce la condamnarea statului Republica Moldova în fața Curții Europene a Drepturilor Omului.*

**Cuvinte-cheie:** *persoane care suferă de boli mintale; tortură; dreptul la libertate; obligații pozitive; principiul autorității de lucru interpretat; sarcina probei.*

Am fost plăcut impresionat să regălesc în transcripția unei sesiuni de comunicări și de dezbateri științifice care a avut loc la Strasbourg, în 2016, în cinstea fostului judecător britanic al Curții Europene a Drepturilor Omului („Curtea”), Paul Mahoney, o idee a lui Hegel din Prefața *Principiilor filosofiei dreptului*: „Bufnița Minervei nu-și începe zborul decât în căderea serii”<sup>1</sup>.

Citită în contextul științei dreptului, această idee sugerează că judecățile se manifestă de obicei mai târziu, după ce se liniștesc apele, când lucrurile par să devină

1 G.W. Hegel, *Principiile filosofiei dreptului sau elemente de drept natural și de știință a statului*, trad. Virgil Bogdan și Constantin Floru, ed. Academiei, București, 1969, p. 20.

mai clare. Dacă procesele unor infractori care au fost prinși în flagrant, de exemplu, ar trebui judecate de îndată de către tribunale, în vâltoarea evenimentelor, asemenea dispunerii unor execuții pe timp de revoluție, ar putea exista îndoieli justificate cu privire la caracterul echitabil al acestora.

Cu toate că nu pronunț acum o hotărâre, ci emit doar o judecată de valoare, mi s-ar putea reproșa de ce am ales acest moment. Cred că dacă aș fi venit cu un text imediat după evenimentele pe care vreau să le tratez aici, aș fi putut greși. Gândurile mele sunt mai ordonate acum și intervin din nou, așa cum am mai făcut-o o dată în acest an, în contextul propunerii nocive de anonimizare totală a hotărârilor judecătorești. Intervin nu doar pentru că am dreptul, ci și obligația de a-mi exprima opinia despre situații de interes public care afectează în mod grav imaginea justiției, situații pe care le voi analiza încercând să nu depășesc perspectiva strict profesională. Convenția Europeană a Drepturilor Omului („Convenția”) garantează acest gen de exprimări, în asemenea cazuri (v. exemplul fostului Președinte al Curții Supreme din Ungaria, *Baka v. Ungaria* [MC], 23 iunie 2016, §§164-165).

Am citit cu toții, cei interesați de treburile publice, relatările din presă ale unor evenimente tragice, care nu fac cinste societății noastre. În luna august a anului curent, după ce a fost oprit în trafic pentru că depășise viteza permisă de regulamentul circulației rutiere, un tânăr care suferea de boli mintale a fost reținut, iar apoi trimis în arest preventiv cu acceptul unui judecător, unde și-a aflat moartea. Același judecător mai aprobase anterior arestarea preventivă a unui alt tânăr, și acesta cu boli mintale, care a trecut apoi în detenție, conform declarațiilor mamei sale, printr-un adevărat calvar. Nu mă voi referi la actele de cruzime care au avut loc în așa-numitul „izolator” din strada Tighina, nr. 6, și în penitenciarul nr. 13. Din câte știu, cele din primul caz fac obiectul unui proces de judecată și, dacă li se va dovedi vinovăția, făptuitorii trebuie să aibă parte de cele mai corecte condamnări, care să-i ajute să realizeze gravitatea acțiunilor sau a omisiunilor lor și să-și corecteze concepțiile de viață într-un stat de drept, democratic, care proclamă ca valori supreme și care garantează demnitatea omului, drepturile și libertățile lui, libera dezvoltare a personalității umane și dreptatea.

Mă voi limita, așadar, strict la interpretările care au fost oferite în aceste situații, arătând cum putea fi evitat deznodământul lor.

### ***(i) Sarcina probei și lipsa „documentelor confirmatoare” ale bolii***

Deși în Republica Moldova au fost organizate nenumărate seminare de drept european al drepturilor omului pentru judecători și procurori, multe dintre ele având ca subiect dreptul absolut de a nu fi supus relor-tratamente, deși există suficientă literatură de drepturile omului tradusă în limba română, deși au existat multiple condamnări ale statului nostru la Strasbourg pentru încălcarea articolului 3 din Convenție și deși procurorii și judecătorul la care mă refer aveau și au obligația cunoașterii principiilor generale enunțate în jurisprudența Curții cu referire la acest aspect, am fost surprins să citesc, în două articole de presă, afirmațiile procurorilor

de caz. Primul a susținut că tânărul reținut „s-a dat în spectacol și în fața judecătorului, l-a numit cu cuvinte indecente, l-a amenințat. Avea un comportament absolut neadecvat”. Întrebat fiind de ce nu l-a dus la spitalul de psihiatrie, procurorul menționează că nu avea documente confirmatoare, cum nu avea nici judecătorul de caz.<sup>2</sup> Procurorul din cel de-al doilea caz afirmă despre cel de-al doilea tânăr că „nu știa că este bolnav de o boală psihică”, pentru că nu avea niciun document.<sup>3</sup>

În mod inexplicabil și contrar oricărui standard european privind sarcina probei în asemenea cazuri, tinerii suferinzi de boli mintale trebuiau să le prezinte, așadar, procurorilor și judecătorului documente care să le confirme starea de sănătate mintală, pentru a nu fi închiși în locurile de detenție obișnuite. Impunerea unei asemenea practici omite să aibă în vedere dificultatea persoanelor care suferă de boli mintale de a prezenta probe în sprijinul lor.

Fie că este vorba despre perioada petrecută în arest preventiv sau despre perioada executării unei pedepse, standardele articolului 3 în această materie sunt aceleași. În *Keenan v. Regatul Unit*, 3 aprilie 2001, un caz în care un tânăr diagnosticat cu schizofrenie paranoidă, condamnat la patru luni de închisoare pentru un atac comis asupra prietenei sale, s-a sinucis în celulă, Curtea de la Strasbourg a reamintit, la paragraful 111 din hotărâre, că autoritățile au obligația de a proteja sănătatea persoanelor private de libertate și că lipsa asistenței medicale adecvate poate echivala cu un tratament contrar articolului 3 din Convenție. Curtea a subliniat că analiza incompatibilității unui tratament sau a unei pedepse cu standardele articolului 3 în cazul persoanelor cu deficiențe mintale trebuie să aibă în vedere vulnerabilitatea și incapacitatea lor, în anumite cazuri, de a se plânge în mod coerent sau în general despre cum sunt afectate de un anumit tratament.

În linii mari, sarcina probării unei anumite situații de fapt este strâns legată de specificitatea circumstanțelor. Îmi este greu să-mi imaginez cum ai putea cere, în calitate de procuror sau de judecător, certificate și dovezi despre starea unei persoane care „s-a dat în spectacol și în fața judecătorului, l-a numit cu cuvinte indecente, l-a amenințat” și care „avea un comportament absolut neadecvat” chiar de la această persoană. Numai aceste constatări ar fi fost suficiente să ridice dubii privind starea sănătății mintale a persoanei reținute. Prezentarea unui certificat privind starea de sănătate mintală a persoanei reținute chiar de către aceasta, într-un termen scurt, deși ea fusese reținută până atunci în „izolator”, poate fi ușor încadrată în categoria utopiilor. Oare procurorii nu au obligația implicită de a căuta probe în sprijinul, nu doar în defavoarea persoanelor acuzate de comiterea unor infracțiuni? Răspunsul la această întrebare este *a fortiori* valabil în cazul judecătorilor, cu referire la misiunea lor de asigurare a justiției și de control al acțiunilor procurorilor. Tragedia putea fi evitată, în primul caz, prin contactarea telefonică a funcționarilor care țin evidența

2 Cf. [https://crimemoldova.com/news/investiga-ii/radiografia-unui-sistem-putred-sau-ultimele-zile-din-via-a-lui-andrei-bragu-a/?sphrase\\_id=11340](https://crimemoldova.com/news/investiga-ii/radiografia-unui-sistem-putred-sau-ultimele-zile-din-via-a-lui-andrei-bragu-a/?sphrase_id=11340)

3 Cf. [https://crimemoldova.com/news/investiga-ii/problemele-unui-sistem-cum-un-t-n-r-cu-deregl-ri-psihice-a-fost-arestat-i-torturat/?sphrase\\_id=10868](https://crimemoldova.com/news/investiga-ii/problemele-unui-sistem-cum-un-t-n-r-cu-deregl-ri-psihice-a-fost-arestat-i-torturat/?sphrase_id=10868)



persoanelor cu deficiențe mintale în Republica Moldova. În cel de-al doilea caz, putea fi dispusă efectuarea unei expertize. Probabil că respectarea obligațiilor pozitive pe care le impune articolul 3 din Convenție și a legislației clare a Republicii Moldova în această materie a constituit un efort prea mare.

***(ii) Obligația asigurării unei îngrijiri medicale speciale și a unui tratament adecvat pentru deținuții care suferă de boli mintale***

Întrebat de ce a solicitat în instanță mandatul de arestare și nu internarea forțată la psihiatrie, dacă a observat că tânărul din primul caz manifestă un comportament inadecvat, procurorul a afirmat că acest fapt „nu ține de competența sa. Nu intră nici în competențele judecătorului de instrucție. Judecătorii au și așa prea multe pe capul lor, ce s-ar întâmpla dacă li se va pune în sarcina lor și internarea forțată la psihiatrie?”<sup>4</sup>

De principiu, potrivit articolului 185 (1) din Codul de procedură penală, arestarea preventivă constă în deținerea bănuțului, a învinutului sau a inculpatului în stare de arest în locurile și în condițiile prevăzute de lege. Însă pentru a fi compatibilă cu articolul 3 din Convenție, privarea de libertate a persoanelor care suferă de boli mintale, ca și a celor care au dizabilități fizice, poate reclama o îngrijire medicală specială și un tratament adecvat. Înainte de a aplica o măsură privativă de libertate în cazul unei persoane care suferă de boli mintale trebuie să evaluezi gradul vulnerabilității persoanei, așa cum prevăd standardele articolului 3 din Convenție, iar pentru aceasta trebuie să dispui efectuarea unei expertize de specialitate. Există norme exprese și clare în Codul de procedură penală al Republicii Moldova care instituie obligativitatea unei asemenea expertize. Articolul 143 (1) p. 3), 3<sup>1</sup>) și 6) din Cod stabilește că expertiza se dispune și se efectuează, în mod obligatoriu, pentru constatarea stării psihice și fizice a bănuțului, a învinutului sau a inculpatului – în cazurile în care apar îndoieli cu privire la starea de responsabilitate sau la capacitatea lor de a-și apăra de sine stătător drepturile și interesele legitime în procesul penal; pentru constatarea stării psihice și fizice a persoanei în privința căreia se reclamă că s-au comis acte de tortură, tratamente inumane sau degradante; în alte cazuri când prin alte probe nu poate fi stabilit adevărul în cauză.

De asemenea, potrivit articolului 490 (2) din Cod, când se constată existența unei boli psihice a persoanei în privința căreia se efectuează urmărirea penală, judecătorul de instrucție trebuie să dispună, în baza demersului procurorului, internarea ei într-o instituție medicală, în condițiile prevăzute de articolul 152, cu obligația ca instanța de judecată să verifice periodic, dar nu mai puțin de o dată la șase luni, necesitatea continuării aplicării măsurilor de constrângere cu caracter medical.

Dacă mai există dubii privind competențele judecătorilor în aceste situații, Legea nr. 1402 din 16 decembrie 1997 privind sănătatea mintală prevede, la articolul 13, că

---

4 Cf. [https://crimemoldova.com/news/investiga-ii/radiografia-unui-sistem-putred-sau-ultimele-zile-din-via-a-lui-andrei-bragu-a/?sphrase\\_id=11340](https://crimemoldova.com/news/investiga-ii/radiografia-unui-sistem-putred-sau-ultimele-zile-din-via-a-lui-andrei-bragu-a/?sphrase_id=11340)

persoanei suferinde de tulburări psihice care a săvârșit acțiuni periculoase pentru societate i se aplică măsuri medicale coercitive în baza hotărârii judecătorești, în modul stabilit de Codul penal și de Codul de procedură penală. Aceste măsuri medicale sunt aduse la îndeplinire în instituțiile de psihiatrie ale organelor de ocrotire a sănătății. În același sens, articolul 288 din Codul de executare al Republicii Moldova stabilește modul de aplicare a măsurilor de constrângere cu caracter medical în instituțiile psihiatrice și atribuțiile instanțelor de judecată în acest proces.

În cazul *Aerts v. Belgia*, 30 iulie 1998, un cetățean arestat pentru că și-a atacat fosta soție cu un ciocan a fost plasat în detenție mai întâi într-o celulă de două persoane, apoi într-un salon al secției de psihiatrie a penitenciarului. Curtea a reiterat, la paragraful 46 al hotărârii, că detenția trebuie să aibă loc potrivit unei proceduri prevăzute de „căile legale” și să fie „legală”. Convenția se referă aici mai ales la dreptul național și stabilește obligația conformării cu regulile substanțiale și procedurale ale dreptului național. Însă ea mai cere ca orice privare de libertate să respecte scopul articolului 5, și anume pe cel de a proteja persoana de practicile arbitrării. Mai mult, trebuie să existe o legătură între motivul privării permise a libertății și locul și condițiile de detenție. În principiu, „detenția” unei persoane cu boli mintale va fi „legală”, în scopul punctului (2) al paragrafului 1 al articolului 5 din Convenție, dacă are loc într-un spital, într-o clinică sau într-o altă instituție adecvată. Dar secția psihiatrică a penitenciarului în care fusese arestat cetățeanul belgian nu putea fi considerată ca o instituție adecvată pentru deținerea persoanelor cu boli mintale, unde acestea nu puteau avea parte de atenție medicală constantă sau de un mediu terapeutic, după cum o menționează chiar observațiile unui raport al Guvernului belgian. Relația dintre scopul detenției și condițiile în care aceasta a avut loc a fost una deficitară, fapt care a condus Curtea la constatarea existenței unei încălcări a articolului 5 § 1 (§§49-50).

Într-o cauză recentă de Mare Cameră, *Murray v. Olanda*, 26 aprilie 2016, Curtea a subliniat că lipsa unei îngrijiri medicale adecvate pentru persoanele aflate în detenție poate angaja răspunderea statelor în baza articolului 3 din Convenție. Obligațiile care decurg în baza acestei prevederi pot ajunge până la a-i impune unui stat transferul deținuților în cadrul unor instituții speciale, unde aceștia să aibă parte de un tratament adecvat (§ 105). În cazul deținuților cu boli mintale, evaluarea conformității condițiilor particulare ale detenției lor cu standardele articolului 3 trebuie să aibă în vedere vulnerabilitatea lor și, în unele cazuri, incapacitatea lor de a formula cereri în mod coerent sau chiar deloc cu privire la modul în care sunt afectați de un anumit tratament. Nu este suficient ca aceștia să fie examinați și diagnosticați; trebuie asigurate tratamentul adecvat pentru problema diagnosticată și supravegherea medicală corespunzătoare (§ 106).

Șirul cauzelor relevante judecate la Strasbourg este unul foarte lung și nu-mi propun o prezentare a lor. Subliniez că nu doar respectarea legislației naționale este importantă, ci și respectarea jurisprudenței Curții Europene și a standardelor pe care aceasta le stabilește treptat, prin rezolvarea unor cazuri noi.

Este la înțelegerea oricărui jurist cu cunoștințe minime în domeniul drepturilor omului că a trimite o persoană care suferă de boli mintale în condiții de arest preventiv care nu-i respectă demnitatea umană poate face incidente articolul 3 și articolul 5 din Convenție, iar uneori articolul 2, așa cum s-a întâmplat în primul caz pe care l-am adus în discuție. Și aceste persoane se bucură de drepturile și libertățile fundamentale garantate de Convenție și de Constituție. A susține contrariul presupune să le discriminezi și să-ți încalci obligațiile internaționale.

### ***(iii) Principiul autorității de lucru interpretat a hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului***

Potrivit acestui principiu, „obligația legislativelor și a tribunalelor naționale de a respecta Convenția, așa cum este interpretată aceasta de către Curte, se referă și la încălcările constatate în privința altor țări”.<sup>5</sup> Cu alte cuvinte, dacă în privința unei probleme existente într-un stat-membru la Convenție Curtea a constatat existența unei încălcări, statul care se confruntă cu o problemă similară trebuie să o remedieze înainte de a fi condamnat și el. Această abordare decurge din condiția buneicredințe în materie de respectare a obligațiilor asumate și ajută statele să evite nu doar rușinea, pe plan internațional, ci și eventualitatea plății de compensații morale și materiale victimelor.

S-a afirmat în spațiul public, în legătură cu aceste două cazuri, existența unei probleme sistemice în Republica Moldova.<sup>6</sup> În hotărârea-pilot *W.D. v. Belgia*, 6 septembrie 2016, Curtea a constatat că statul belgian a întreprins pași semnificativi în contextul unei reforme majore a protejării sănătății mintale și a internării care pot contribui la reducerea fenomenului deținerii în penitenciare a delincvenților care suferă de boli psihice și a consecințelor acestuia (§ 168). Curtea a salutat pașii parcurși și avuți în vedere de către autoritățile naționale și a încurajat guvernul belgian să-și continue eforturile în vederea reducerii numărului de persoane cu deficiențe mintale internate care au comis infracțiuni sau delikte și care nu beneficiază de o consiliere terapeutică adecvată, în cadrul secțiilor psihiatrice ale penitenciarelor, inclusiv în vederea redefinirii, prin analiza reformei legislative în desfășurare din Belgia, a criteriilor care justifică măsura internării (§ 169). De asemenea, Curtea a salutat obiectivul stabilit prin lege de a acorda sprijin terapeutic personalizat, în funcție de persoana internată, în vederea reintegrării ei în societate (§ 170). Guvernului belgian i s-a acordat o perioadă de doi ani pentru a analiza situația de ansamblu, inclusiv pentru a lua măsurile necesare în vederea implementării reformei legislative, dar și în vederea analizării situației reclamanților care au depus cereri în fața Curții înainte de pronunțarea hotărârii și a eventualilor reclamanți care vor sesiza Curtea ulterior (§ 173).

Aceste constatări ale Curții reprezintă motive serioase pentru ca Guvernul Republicii Moldova să implementeze cât mai repede reformele promise de curând, prin

5 V. [http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20101125\\_skopje.pdf](http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20101125_skopje.pdf), p. 2.

6 Cf. <http://www.europalibera.org/a/28708219.html>

reprezentanții Ministerului Justiției: internarea tuturor persoanelor cu dizabilități mintale la etapa aplicării arestului preventiv, crearea unei secții special adaptate pentru aceste persoane în cadrul Spitalului Clinic de Psihiatrie din Chișinău și efectuarea adecvată procedurilor de expertiză psihiatrică.

Dar nu cred că reformele structurale sunt suficiente. Pe lângă implementarea acestor reforme, este necesară și o schimbare a mentalității procurorilor și a judecătorilor de care depinde, în mod efectiv, viața persoanelor care suferă de boli mintale, acuzate de comiterea unor infracțiuni. Într-o falsă percepție a lor, potrivit căreia nu ar avea competențele de a solicita și de a dispune internarea acestor persoane, ei trebuie să fie buni să și le creeze. Procurorii și judecătorii reprezintă, uneori, ultimele centre de rezistență împotriva morții care a hotărât să bată în ușa unor tineri cu probleme mintale prea devreme și prea violent. Aplicarea efectivă a drepturilor omului presupune exact acest fapt. Să nu te plângi că „ai multe alte lucruri pe capul tău”, când societatea ți-a acordat încrederea de a avea grijă și de membrii ei nenorociți de destin. Să nu sacrifici drepturile omului invocând mărunțișuri. Să nu dezonorezi ideea nobilă de justiție prin necunoașterea ta.

Profund întristat de tragismul celor două cazuri, îmi manifest speranța că vom deveni mai buni, mai atenți, mai conștienți.

# POLITICA ÎN MATERIE DE AZIL ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ ȘI AUSTRALIA: REPERE COMPARATIVE

**Vitalie GAMURARI**, doctor în drept, conferențiar universitar, ULIM

**Aliona CIGULEA**, doctorandă, USEM

## **ASYLUM POLICY IN THE EUROPEAN UNION AND AUSTRALIA: COMPARATIVE STUDY**

*The asylum policy is based on two important aspects – to act in accordance with the international commitments in the area of refugee rights and to protect the national security interest in the situation of illegal migration. This is one of the most burning issues at the moment, which rises discussions among the advocates of the need to respect the rights of refugees and those who plead for securing the territory of the state by severe, but reliable methods from their point of view.*

**Keywords:** *asylum, refugee, asylum seeker, security, migration policy.*

*Politica în materie de azil are la baza sa două aspecte importante – respectarea angajamentelor statului asumate la nivel internațional în domeniul asigurării drepturilor refugiaților și asigurarea interesului național de securitate în situația de migrație ilegală în masă. Această problemă este una din cele mai stringente la moment, care trezește discuții critice între adepții necesității respectării drepturilor refugiaților și a celor ce pledează pentru securizarea teritoriului statului prin metode dure, dar sigure în viziunea acestora.*

**Cuvinte-cheie:** *azil, refugiat, solicitant, securitate, politică migraționistă.*

## **Introducere**

„Primăvara arabă” declanșată odată cu revoltele ce au avut loc în Tunisia în primăvara anului 2011, a readus dezbaterile asupra unui subiect sensibil – cel al co-raportului dintre combaterea traficului de migranți, obligație a oricărui stat, în special ținută în fața propriilor cetățeni și, cel al necesității respectării angajamentelor statelor asumate pe plan extern în materie de azil și protecție a refugiaților. În mod tradițional, atunci când este discutată această chestiune, în centrul atenției sunt statele europene, în special Italia, Grecia, Spania, state ce sunt primele în calea migranților ce vin de pe continentul african. În acest context, statele „insulare”, cum sunt SUA, Marea Britanie sau Australia, sunt la prima vedere mai asigurate din punct de vedere al securității frontierelor sale. Totodată, UNHCR atrage atenția, că printre statele pe umerii cărora stă povara cea mai mare în acordarea ajutorului persoanelor refugiate și celor intern-deplasate, se enumeră nu statele bogate și prospere, ci dincontra – statele care au o situație economică departe de a fi capabilă să răspundă

unor provocări parvenite din partea valurilor de migranți, printre care se enumeră așa state cum sunt Pakistan, Turcia, Republica Democrată Congo.

Referindu-ne la conceptul statelor „insulare”, v-om aborda situația Australiei, încercând să facem o analiză a politicii sale în materie de azil din perspectiva evoluției acesteia, factori ce au influențat o asemenea abordare, dar și efectele produse pe plan intern și extern. Pentru a avea o imagine mai clară, v-om încerca să abordăm acest subiect în baza unei analize comparative a cadrului normativ ce reglementează politica de azil în Australia și în Uniunea Europeană. O asemenea abordare este binevenită și din perspectiva faptului că din ce în ce mai tari sunt vocile acelor politicieni care pledează pentru introducerea unor bariere nu doar de ordin juridic, dar și sub forme de diverse programe ce ar descuraja potențialii migranți să se îndrepte spre coastele europene, în special aceasta se referă la Grecia și Italia.

### *Analiza generală a politicii de azil în Uniunea Europeană*

Criza migrațională cu care se ciocnește Uniunea Europeană în ultimul deceniu, duce la un rezultat, care se caracterizează printr-un număr crescând de respingeri a solicitărilor de azil din partea statelor membre. Unii califică aceasta ca „o mare inversare de la dreptul de azil contra celor exilați”, spun că regulile dreptului de azil discreditează exilații, în timp ce, conform acestor persoane, aceste reguli ar trebui să-i protejeze și afirmă că aceste fapte se înscriu într-o mișcare mai vastă de radicalizare a politicilor publice antimigratoare, ridicate apoi la nivel de naționalism xenofob în sistemele politice europene.<sup>1</sup>

Alții spun că mai multe fenomene s-au acumulat pe parcursul istoriei, fapt ce explică o transformare a dreptului de azil, după spusele acestora într-un drept de refuz:

- colonizarea și decolonizarea prin care se caracterizează anii 1960 și 1970;
- politicile antimigratoare promovate în condițiile crizei economice din anii 1970;
- creșterea influenței partidelor de extrema dreaptă în anii 1980 și următorii;
- slăbirea ideologiilor și a partidelor de stânga în Europa în anii 1990;
- europenizarea politicilor migratoare la finele anilor 1990.<sup>2</sup>

Se cunoaște că anul 2010 era determinat ca an în care statele membre ale Uniunii Europene trebuiau să elaboreze definitiv și să pună în aplicare politica unică în materie de azil. Totuși, statele continuie să recepționeze azilul ca o politică națională și ca parte componentă a suveranității naționale. În calitate de exemplu putem aduce „deportarea” romilor români și bulgari din Franța și dialogul dur în acest context

1 A se vedea: Valluy Jérôme. Rejet des exilés. Le grand retournement du droit de l'asile. Editions Du Croquant, 20 janvier 2009 <http://www.reseau-terra.eu/article876.html#Présentation> (consultat la 12.10.2017).

2 A se vedea: Kountouris Nikolas. « La négociation de la politique européenne en matière d'asile. Enjeux, luttes et dynamiques institutionnelles ». Revue Asylon(s) n°4, mai 2008 <http://www.reseau-terra.eu/article768.html> (consultat la 12.10.2017).

dintre autoritățile de la Paris și Bruxelles. În plus, remarcăm un eveniment care a avut un ecou în viziunea noastră – reuniunea de la Bruxelles din 16 septembrie 2010, pe ordinea de zi a căreia figurau chestiuni ce țin de politica externă și cooperarea cu partenerii strategici ai Uniunii Europene – SUA, China, Rusia etc., care până la urmă s-a transformat într-un dialog privind corectitudinea autorităților franceze ce ține de deportarea romilor în România și Bulgaria.

Referitor la politica europeană de azil, remarcăm că cele patru instrumente legislative principale ale sistemului european de azil includ:

- directiva privind condițiile de acceptare a solicitanților (ianuarie 2003);
- directiva privind calificarea (aprilie 2004);
- directiva privind procedurile de acordare a statutului (decembrie 2005);
- regulamentul de la Dublin cunoscut sub denumirea de „Dublin II” (februarie 2003).

Șă ne referim la un subiect concret al politicii europene în materie de azil – procedura accelerată. În lista cazurilor ce autorizează refuzul la procedura accelerată sunt descrise opt situații clasate ca „diverse”, ipoteză deja menționată în actele anterioare care constituie preistoria dreptului Uniunii Europene și pusă în aplicare în statele membre și statele candidate:

- a) solicitantul, fără un motiv valabil, a dus în eroare autoritățile referitor la identitatea sau naționalitatea sa, prezentând date greșite sau invocând informații care ar fi putut influența decizia în sens favorabil;
- b) solicitantul n-a prezentat nici o informație care ar permite stabilirea cu o certitudine suficientă identitatea și naționalitatea sa și există motive serioase de a crede că solicitantul, cu intenție rea, a procedat la distrugerea sau deteriorarea actelor de identitate sau a titlurilor de călătorie care ar putea ajuta la stabilirea identității sau a naționalității sale;
- c) solicitantul a făcut intenționat declarații incorecte, ce prezintă interes pentru examinarea elementelor de probă în legătură cu cererea sa de azil;
- d) solicitantul a depus ulterior o cerere în care el n-a invocat nici o faptă nouă referitor la situația sa actuală sau la situația din țara sa de origine;
- e) cererea de azil a fost depusă cu întârziere fără a avea un motiv valabil, iar depunerea tardivă are drept scop tergiversarea sau împiedicarea executării unei decizii anterioare care ar antrena expulzarea sa;
- f) solicitantul nu și-a îndeplinit obligația de a coopera (prezentarea tuturor faptelor necesare și a elementelor de probă), nu s-a prezentat la întruniri, n-a răspuns la cererile privind prezentarea informației, a părăsit locul de trai fără a contacta autoritatea competentă într-un termen rezonabil;
- g) solicitantul nu s-a prezentat în termeni rezonabili la autorități, intrând sau prelungindu-și sejurul ilegal;
- h) solicitantul prezintă un pericol pentru securitatea statului membru sau a fost obiectul unei condamnări definitive pentru o infracțiune care constituie un pericol pentru comunitatea statului în cauză.

Prima dificultate ce rezultă din aceste dispoziții ține de determinarea autorității care își asumă responsabilitatea de a orienta solicitantul spre o procedură accelerată: care este organul care va controla acest proces și în baza cărui principiu va avea loc procedura în cauză?

Această liniște din partea directivei se explică prin unele divergențe nesoluționate: în Rezoluția Consiliului din 30 noiembrie – 01 decembrie 1992, autoritatea trebuia să fie „competentă și bine calificată în materie de azil și de refugiați”, în timp ce UNHCR în expunerea poziției sale în raport cu rezoluția în cauză, preconiza intervenția autorității competente în materie de refugiați.

Această propunere a UNHCR a fost negată de Consiliu în Rezoluția sa din 20 iunie 1995 privind garanțiile minime în procedurile de azil.

Accelerarea procedurilor nu era la moment definită: ea putea duce la proceduri foarte rapide, având în vedere complexitatea unor pretenții. UNHCR reamintește „cu cât procedura este mai accelerată, cu atât sporește riscul unor decizii eronate”.

O altă chestiune nesoluționată de proiectul directivei la care ne referim este nedeterminarea „motivului valabil” care ar justifica faptul că solicitantul a mințit la capitolul informației privind identitatea și naționalitatea sa. O asemenea poziție poate fi motivată inclusiv prin teama unor eventuale represalii asupra familiei sale. Un argument ar fi următoarea întrebare – care este numărul persoanelor ce au statut de refugiat și locuiesc legal cu acte de identitate false pe teritoriul statelor respective ani de zile? În așa caz, presupunem că această situație acceptată ca legitimă pentru refugiați nu va fi, din principiu, acceptată solicitanților de azil.<sup>3</sup>

În ce moment informațiile privind naționalitatea și identitatea au permis stabilirea acestora cu o „certitudine suficientă” și care sunt „motivele serioase de a crede” că documentele au fost distruse sau pierdute intenționat?

În ce moment o cerere de azil este depusă „foarte târziu” în cadrul unei proceduri de expluzare? Care sunt „posibilitățile suficiente” pe care acesta le depune? Și care sunt motivele valabile de a amâna depunerea unei cereri (art. 32 e și g)?

Ce ține de faptul că solicitantul n-a cooperat în timpul procedurii s-au n-a răspuns pozitiv întrunirilor și cererilor referitor la informații (art. 32 f), practicienii cunosc bine situația când solicitanții sunt deseori consultați de compatrioți mai mult sau mai puțin avizați, care le recomandă să nu spună adevărul în toate detaliile până la finele procedurii și că dificultățile lor considerabile de domiciliare nu le sunt imputabile, ce face neloială sancțiunea pe care o suportă.

Vorbind despre pericolul pentru comunitatea statelor membre a Uniunii Europene, menționăm că această noțiune care nu are nici un raport cu esența cererii, riscă să ducă la o examinare rapidă nejustificată.

---

3 A se vedea: Gamurari V. *Réflexions sur l'évolution de la politique en matière d'asile dans l'Union européenne : de la réglementation au niveau national au tel communautaire (II-ème partie)*. În : Studii Juridice Universitare. ULIM. № 3-4. Anul III/2010, p. 11-22.



Caracterul discreționar al acestor criterii crează condiții pentru neaplicarea Convenției de la Geneva, fiind în plus, precizat că nici un recurs nu este prevăzut contra deciziei de a orienta cererea spre procedura accelerată.

Regretăm în egală măsură, că unele contradicții între legislațiile naționale și principiile directivei, capătă o relevanță specială: așa, statele membre care la data intrării în vigoare a directivei aplicau dispoziții ce denotă țări terțe sigure ca procedură (art. 27) sau țări de origine sigure (art. 30-1 și 30-3), au obligația doar de a le notifica Comisiei. Totodată, aceste state pot menține proceduri speciale de admitere la frontieră (art. 35), ele pot deroga de la regula de autorizație de deplin, drept acordat în cadrul procedurii normale solicitanților care formează un recurs în raport cu decizia de determinare (art. 39-2).

Altfel spus, aceste state membre sau candidate care încă nu adoptase aceste măsuri restrictive puteau să se grăbească să o facă până la adoptarea directivei. Acest nou șantier comunitar era la moment o ocazie excepțională de a sintetiza *acquis* european la capitolul drepturilor fundamentale în materie de procedură.

### ***Criterii ce determină politica de azil în Australia***

„Insulele apar tot timpul în calitate de frontiere în fața lumii”, aceste cuvinte ale lui José Carlos LLOP caracterizează perfect atitudinea Australiei față de imigranți, atitudine rezumată într-o frază șoc, expusă în 2013: *No way you’ ll make Australia Home.*<sup>4</sup>

În timp ce migranții fac marile titluri ale presei europene, a rămas practic fără reacție faptul că în alt colț al globului, în Australia, sunt ignorate marile principii de drept internațional. Respingând calificativul de azil, Canberra nu lasă nici o șansă migranților, devenind, astfel, un stat ce sfidează *de facto* unele norme de drept internațional.

Reamintim că acordurile internaționale oferă oricărei persoane dreptul la azil, la non-refoulement și la sejur provizoriu. Statele semnatare a Convenției de la Geneva din 1951 privind statutul refugiatului, sunt astfel, obligate nu să acorde azil, ci să nu reîntoarcă solicitantul. Trebuie să constatăm astfel, că nerespectarea acestei obligații poate fi privită ca o încălcare a dreptului internațional.

Adevărul este că politica migraționistă australiană deseori se reduce la un singur cuvânt – externalizare. Organizarea este ușor dusă dincolo de insulă cu o repartizare de sarcini, procedură care permite Canberrei să se debaraseze complet de „problema” migranților. Pe lângă unele teritorii exterioare, cum este insula Christmas, Australia mai dispune încă de trei principali parteneri care externalizează azilul: Papua Noua Guinee, Nauru și Cambodja.

Chiar înainte de a ajunge, migranții sunt interceptați în largul coastelor australiene pentru a fi trimiși în Papua sau pe insula Nauru. Anume acolo ei depun solicitarea de

---

4 Droit d’asile, l’art australien de l’esquive. 17.02.2016 [https://www.opinion-internationale.com/2016/02/17/droit-dasile-lart-australien-de-lesquive\\_40736.html](https://www.opinion-internationale.com/2016/02/17/droit-dasile-lart-australien-de-lesquive_40736.html) (consultat la 12.10.2017).

azil. Pe perioada examinării dosarelor acestora, cea mai mare parte este încarcerată în centre de detenție repartizate pe mai multe insule în afara teritoriului australian. Ce ține de cei ce dobândesc statutul de refugiat conform criteriilor Convenției de la Geneva din 1951, aceștia nu vor avea sejur în Australia, existând posibilitatea de a fi trimiși în Cambodja.

Începând cu anul 2013, cele două state, în baza unui acord semnat între ele, ce prevede un schimb de bune intenții, Cambodja acceptă o mie de refugiați care au obținut azil în Australia contra unei sume de 28 mln de dolari australieni. Debarasarea de refugiați în baza unui acord bilateral, cooperarea australiano-cambodjiană sfidează principiile dreptului internațional de protecție a drepturilor omului, respingând în mod sistematic migranții în afara teritoriului său fără a se asigura de soarta acestora. Migranții își asumă riscurile majore, traversând Oceanul Indian în speranța de a găsi condiții mai bune de viață într-o altă țară, ajung într-o țară ca Cambodja, în care jumătate din populație trăiește la limita sărăciei. Chiar dacă autoritățile cambodjiane pledează pentru „solidaritatea internațională” în apărarea acestui acord bilateral, fără a face referință la tranzacția financiară, mai multe voci se expun împotriva acestei cooperări în contextul în care Cambodja oferă refugiaților doar cele mai elementare condiții. Faptul că o țară săracă, în care nu se respectă drepturile omului, devine un refugiu, este în sine un lucru incoerent. În egală măsură, cooperarea australiano-cambodjiană a trezit reacții din partea comunității internaționale, inclusiv ONU, Human Rights Watch, care au criticat acest *envoi de cobayes*, după cum s-a exprimat Phil Robertson.<sup>5</sup>

Repartizare a sarcinilor pe mai multe insule, acord financiar, raționalizare economică, tratamentul azilului în Australia, toate acestea corespund mai degrabă unui interes îngust și egoist decât unui drept universal. Migranțul devine astfel produsul exportat cel mai bine pentru Australia. Cu această viziune economică și autoritară asupra azilului politic, țara sfidează complet acest concept.

Această istorie are și momente ce au fost apreciate pozitiv de instituțiile preocupate de problema în cauză. Astfel, în martie 2012, grupul pentru protecția drepturilor omului a salutat decizia Guvernului australian de a trata cazurile tuturor solicitanților de azil după același model, indiferent de căile pe care aceștia au ajuns în țară.

„Este o decizie foarte importantă pentru Australia” – a declarat coordonatorul național pentru refugiați al Amnesty International Australie, Graham Thorn, la 20 martie 2012.<sup>6</sup> Astfel, începând cu 24 martie, solicitarea statutului de refugiat a solicitanților de azil fără acte, ce ajung pe apă, v-a fi examinată în aceeași formă ca și cele ale persoanelor ce ajung pe calea aerului. Această schimbare v-a stabili un termen unui sistem paralel, non-statutar, introdus în 2001, atunci când Guvernul fostului Prim-ministru John Howard stabilise excepții juridice pentru un număr mare

5 Idem.

6 Une procedure unique de demande d'asile en Australie <http://www.irinnews.org/fr/actualit%C3%A9s/2012/03/22/une-proc%C3%A9dure-unique-de-demande-dasile-en-australie> (consultat la 12.10.2017).

de teritorii, printre care și insula Christmas. Scopul era de a face mai complicată solicitarea de azil pentru unele categorii de refugiați.

La 11 noiembrie 2010, totuși, Înalta Curte a constatat că deciziile privind determinarea statutului de refugiat luate în cadrul acestei politici nu corespund principiului echității procedurale și contravine legislației australiene.

Astfel, constatăm că procedura de evaluare a obligațiilor de protecție pentru cei ce ajung pe calea maritimă în situații iregulamentare v-a fi identică cu cea aplicată solicitanților unei vize de protecție deja prezenți în țară.

În timp ce Uniunea Europeană continuie să caute un răspuns în fața migrațiilor ce traversează Marea Mediterană, Australia, din contra, a refuzat să primească refugiați în 2015 pentru o perioadă de 18 luni, punând în aplicare un nou sistem de combatere a traficului de migrați în afara teritoriului statului.

Puțin după ce a preluat puterea în septembrie 2013, Guvernul conservator a lansat cu ajutorul forțelor armate operațiunea *Sovereign Borders* pentru a descuraja refugiații să ajungă în Australia pe cale maritimă.<sup>7</sup>

Campania de comunicare a Guvernului intitulată *No way you'll make Australia Home*, a fost foarte controversată, dat fiind că reprezintă o politică dublă. Navele marinei australiene interceptează navele cu migrați, în special de origine siriană, irakiană, iraniană, somaleză și șri-lancheză, redirecționându-le spre punctul lor de tranzit, cel mai des spre Indonezia. Solicitanții de azil care ajung pe mare în Australia sunt amplasați în campusurile pentru deținere de pe insula Manus, în Papua Noua Guinee sau pe insula Nauru, în Oceanul Pacific.

Chiar dacă solicitarea lor este considerată legală în urma examinării dosarului lor, Canberra nu le autorizează instalarea în Australia. Unica opțiune care le este oferită este reîntoarcerea în țara de origine, viața într-un campus pentru deținere pe una din insule sau în Cambodja, țară săracă, cu care Australia are un acord în acest sens, după cum am menționat anterior.

În opinia lui Jane McAdam, specialist în dreptul refugiaților la Universitatea Noua Galia de Sud, modelul australian nu poate fi aplicat Uniunii Europene, dat fiind că Australia nu face parte dintr-un sistem regional pentru drepturile omului. Or, unele aspecte ale politicii sale ar fi considerate ilegale conform Convenției Europene a Drepturilor Omului.<sup>8</sup> A propos, Națiunile Unite au condamnat Canberra, acuzând-o de încălcarea obligațiilor sale ce reiese din Convenția de la Geneva din 1951, reamintind că migrații au dreptul de a solicita azil. În plus, campusurile pentru deținere sunt criticate din motiv că au devenit teatru al numeroaselor abuzuri.

Apărătorii drepturilor omului critică la fel faptul că și copiii sunt privați de libertate. Conform Directoarei Human Rights Watch Australia, Elaine Pearson, ar fi dezastruos dacă Uniunea Europeană s-ar racorda la gestionarea *offshor* a refugia-

7 La politique d'immigration musclée de l'Australie: un modèle pour l'UE? 22.04.2015 <http://geopolis.francetvinfo.fr/la-politique-dimmigration-musclée-de-laustralie-un-modele-pour-lue-59093> (consultat la 12.10.2017).

8 Idem.

ților.<sup>9</sup> În opinia dnei, politica australiană este impracticabilă, ea fiind caracterizată ca crudă, inumană, plasând persoana în condiții de izolare inacceptabile.

În ultimii ani, Australia a pus în aplicare un sistem de gestionare al refugiaților din ce în ce mai restrictiv, bazându-se, pe de o parte, pe externalizarea extremă, iar, pe de altă parte, pe privarea de dreptul de a depune solicitarea pe teritoriul său. Un model contraversat din punct de vedere al dreptului internațional, printre altele, încălcând principiul non-refoulement, garantat de Convenția de la Geneva din 1951.

O astfel de politică pune în evidență o discriminare față de migranții ce ajung pe insulă în mod iregular pe mare, fără careva documente. Într-adevăr, dacă cei ce ajung pe calea aeriană, însoțiți de o viză valabilă, pot depune o solicitare de azil, așteptând în detenție o perioadă nelimitată răspunsul din partea celor autorizați asupra dosarului său, atunci cei ce ajung pe cale maritimă, nu au asemenea posibilitate.<sup>10</sup>

Astfel, începând cu 2012, la fel ca în perioada operațiunii *Pacific solution* (2001-2007), solicitanții de azil, îndreptându-se cu barca spre Australia, sunt interceptați și sunt, fie reînțorși spre Indonezia sau Sri Lanca, fie trimiși pe insula Nauru sau insula Manus din Papua Noua Guinee, unde procedura de azil este externalizată. Această practică, cunoscută sub denumirea de operațiunea *Sovereign Borders*, a fost posibilă odată cu adoptarea a două acte normative, care determină că:

- insulele ce aparțin Australiei sunt excluse din zona migraționistă (2001);
- întregul teritoriu continental australian este exclus din zona migraționistă (2013).

Atenționăm, că zona migraționistă presupune teritoriul în care este posibil, pentru o persoană ce ajunge în lipsa unei vize valabile, să depună solicitare de azil pe loc.

Între timp, condițiile de viață pe insulele Nauru și Manus au fost denunțate de organizațiile internaționale, inclusiv de UNHCR. În comunicatul din 26.11.2013 se spune că solicitanții de azil transferați din Australia spre centre de deținere a solicitanților de azil din Nauru și din insula Manus, trăiesc în detenții arbitrare, în condiții ce nu corespund normelor internaționale. Mai mult, începând cu 19 iulie 2013, persoanele ce obțin statutul de refugiat în urma unei proceduri externalizate, sunt instalate, fie pe insulele numite, fie în țări terțe, cum ar fi Cambodja, dar nicidecum în Australia.

Un raport al Comisiei naționale de audit din 2014 arată că cheltuielile ce țin de detenție și procedură a solicitanților de azil ce ajung pe cale maritimă, au crescut cu 129 % în ultimii patru ani. Estimate la 120 mln dolari australieni în 2009-2010, cheltuielile au ajuns la peste 3 mlrd în 2013-2014.<sup>11</sup> În opinia lor, procedura de externalizare impuse Australiei are un preț de zece ori mai mare dacă ea s-ar fi derulat pe continent. Detenția pe insulă pentru un solicitant de azil costă 400.000 dolari contra 239.000 în cazul în care ar fi fost ținut pe continent.

Australia – de mai multe secole joacă același rol pe care SUA îl are în imaginația unui număr mare de migranți, veniți în special din Asia și Orientul mijlociu. Ea

---

9 Idem.

10 Australie. Les dessous d'un «modèle» <https://asile.ch/chronique/29920-2/> (consultat la 12.10.2017).

11 Idem.

reprezintă visul țării unui viitor mai bun. Realitatea, între timp, este cu totul alta, iar șocul riscă să fie dur.

Perioadă de 30 de ani (1973-2013), în care a fost promovată politica „Australia albă”, care favoriza venirea migranților europeni și impunerea unor obstacole pentru alții, a produs efecte semnificative asupra politicii în materie de azil a Australiei. Fostul Prim-ministru al Australiei, Kevin Rudd din partea laburiștilor, a promovat *Regional Resettlement Arrangement* la 19 iulie 2013. Acesta constă în blocarea celor ce sunt numiți *boat people* ajunși fără vize în Australia în centre de detenție amplasate în Papua Noua Guinee, în așteptarea ca dosarul lor să fie examinat. În schimb, Australia finanțează renovarea spitalelor și a universităților din Papua Noua Guinee. Acest acord este numit „soluția PNG”.<sup>12</sup>

Punerea în aplicare a acestor măsuri a fost imediat condamnată de mai multe asociații pentru protecția drepturilor migranților, iar din 26 iulie 2013, inclusiv de către Înalțul Comisariat al Națiunilor Unite, care s-a declarat „preocupat” de acest acord. În urma vizitelor în Papua Noua Guinee, UNHCR a constatat că cadrul juridic pentru recepționarea și tratarea solicitanților de azil, proveniți din Australia, prezintă lacune importante. Aceste lacune pot influența negativ și prejudicia psiho-social și fizic persoanele transferate, în special familiile acestora și copiii.

Soluția PNG este oficial prezentată de Guvernul Australiei ca o manieră de descurajare a migranților de a se angaja în traversarea oceanului și de a lupta contra rețelelor de trafic. Începând cu 2009-2013, au fost aproximativ 1.100 de persoane ce au decedat în drum spre Australia din cauza naufragiilor, conform ministrului pentru imigrație australian.<sup>13</sup> Prin această nouă politică, migranții sunt convinși să abandoneze însăși ideea întreprinderii călătoriei, cunoscând din start că v-or fi reîntorși din teritoriu.

Din punct de vedere electoral, strategia lui Kevin Rudd vizează asigurarea cetățenilor australieni, din care o parte tot mai mare își fac griji de a nu fi invadați de așa numiții *boat people*, fenomen ce se observă timp de mai mulți ani, astfel, doar în 2013 numărul atingând cifra de 15.000.<sup>14</sup> În viziunea extremei, acești migranți, de regulă foarte săraci și necalificați, sunt priviți ca sursă potențială de pericol: terorism, extremism religios, crimă organizată etc.

Pentru cei pe care RRA, în pofida tuturor impedimentelor nu-i descurajează, viitorul pare a fi unul sumbru. Într-adevăr, acordul indică clar că migranții plasați în centre de detenție, de exemplu, pe insula Manus, în Papua Noua Guinee, pot fi deținuți o perioadă nedefinită, timp în care dosarul său v-a fi examinat și acceptat de oficiul pentru refugiați. În cazul în care nu sunt acceptați, migranții sunt trimiși în țara de origine sau într-o țară terță care acceptă să-l primească.

---

12 Du non-droit d'asile en Australie <https://classe-internationale.com/2014/05/09/du-non-droit-dasile-en-australie/> (consultat la 12.10.2017).

13 Idem.

14 Idem.

Totodată, în așteptare, migrantul trebuie să se asigure cu multă răbdare. Condițiile de trai sunt destul de dure, după cum indică diverse organizații preocupate de protecția drepturilor refugiaților. Maleria lovește dur, numeroase cazuri de viol și de agresiuni sexuale au fost semnalate, iar alimentarea celor plasați lasă de dorit. Se estimează că în jur de 2.500 persoane trăiesc în aceste centre – bărbați, femei, copii, vârsnici – în familii sau în afara lor. Ei sunt privați de drepturile sale juridice, nu pot avea contacte cu avocații.

Supravegherea centrelor este oferită unor societăți private, care de regulă nu se grăbesc să ofere informație referitor la situația creată. G4S, întreprindere britanică, cu un personal de peste 600.000 de angajați în întreaga lume, este cea mai importantă în acest sens. Acest gigant al sectorului securității se află actualmente sub focul criticii asociațiilor umanitare, după ce în februarie 2014, o manifestare reprimată în mod violent de gardienii unui centru de pe insula Manus, a dus la moartea unui migrant iranian de 23 de ani, Reza Barati și peste 70 de migranți răniți. Circumstanțele nopții din 17 februarie nu sunt clare până în prezent, printre atacanți, după cum indică unii observatori, au fost mai mulți gardieni din rândul poliției locale, dar și locuitori care au descris situația creată, fără a fi posibil de a determina dacă aceste afirmații sunt adevărate sau false. Din punct de vedere juridic, faptul că centrul este dirijat de o întreprindere privată face dificilă o eventuală anchetă.

### *Încheiere*

Studiul comparat privind politica în materie de azil a Uniunii Europene și a Guvernului Australiei ne permite să constatăm că politica promovată de Canberra ține în mare parte de interesul național al statului și al electoratului, venind într-o oarecare măsură în contradicție cu angajamentele asumate la nivel internațional, în special ceea ce ține de Convenția de la Geneva din 1951 privind statutul refugiatului. Totodată, obiectivele urmărite în cadrul studiului respectiv nu țin doar de aprecierea nivelului de implementare a obligațiilor asumate la nivel internațional de un stat luat aparte. Acest studiu constituie un început al unei cercetări mai largi, care v-a avea drept scop determinarea factorilor ce duc la promovarea unei sau altei politici în materie de azil și de refugiați. Ne v-om axa și pe practica acumulată de statele membre ale Uniunii Europene, inclusiv pe acele contradicții care există între politica națională în materie de azil și politica comună a Uniunii Europene. Astfel, v-om încerca să identificăm factorii ce asigură sau descurajează implementarea standardelor și recomandărilor organizațiilor internaționale preocupate de protecția drepturilor omului, inclusiv a refugiaților ca o categorie aparte, în special UNHCR. O asemenea abordare ne v-a permite să răspundem, chiar dacă indirect, la altă întrebare importantă pentru dreptul internațional – calitatea de subiect de drept internațional al persoanei fizice. Cel puțin, v-om avea posibilitatea să susținem ideea precum că individul este beneficiar de norme de drept internațional, în baza analizei cadrului normativ ce reglementează statutul unei categorii de persoane, cea a refugiaților.

*Lucrarea a fost prezentată la 21.10.2017.*

# ASPECTE PRIVIND IMPLEMENTAREA DREPTULUI INTERNAȚIONAL UMANITAR ÎN CONTEXTUL ASIGURĂRII ASISTENȚEI UMANITARE VICTIMELOR CONFLICTELOR ARMATE

**Vitalie GAMURARI**, doctor în drept, conferențiar universitar, ULIM

**Corneliu GUȘANU**, doctorand, ULIM

## **ASPECTS ON IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW IN THE CONTEXT OF HUMANITARIAN ASSISTANCE TO THE VICTIMS OF ARMED CONFLICTS**

*The implementation of the international humanitarian law at the national level is an obligation that States assumed under the Geneva Conventions I-IV (1949) and Protocols I-II (1977). Among the basic objectives is the provision to ensure access to victims during the armed conflict, both de jure and de facto. The humanitarian assistance becomes more problematic in the context of contemporary armed conflicts.*

**Keywords:** international humanitarian law, implementation, humanitarian assistance, armed conflict, victims.

*Implementarea dreptului internațional umanitar la nivel național este o obligație pe care statele și-au asumat-o în baza Convențiilor de la Geneva I-IV (1949) și a Protocoalelor I-II (1977). Printre obiectivele de bază se enumeră asigurarea de jure și de facto a accesului la victime în timp de conflict armat, dat fiind că asistența umanitară devine tot mai problematică în contextul conflictelor armate contemporane.*

**Cuvinte-cheie:** drept internațional umanitar, implementare, asistență umanitară, conflict armat, victime.

## **Introducere**

În cadrul conferinței Crucii Roșii și a Semilunii Roșii, lucrările căreia s-au desfășurat în perioada 26-30 noiembrie 2007, la Geneva, Comitetul Internațional al Crucii Roșii (CICR) a amintit delegaților prezenți că „cauza principală a suferințelor în timpul conflictelor armate și a încălcărilor normelor dreptului internațional umanitar nu este lipsa normelor sau ineficacitatea acestora, ci neîndeplinirea normelor existente, dat fiind lipsa voinței politice, fie alte cauze similare”.<sup>1</sup> În timpul luptelor, atunci când cei ce duc războiul, precum și victimele lor, se află în prizonieratul neîncrederii și a dorinței de răzbunare, respectarea normelor de drept devine problematică. Starea

1 International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts Document prepared by the International Committee of the Red Cross for the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 26–30 November 2007. In: International Review of the Red Cross. Volume 89. Number 867. September 2007, p. 720 <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-867-ihl-challenges.pdf> (consultat la 12.11.2017).

este încordată, iar ura și dorința de a se răzbuna devin cauza jafurilor și tâlhăriilor, astfel, sunt date uitării solicitările de a păstra măcar un minimum de umanism chiar și-n cele mai extreme situații. Totuși, asemenea adresări trebuie să existe, acesta fiind obiectivul principal al dreptului internațional umanitar.

Caracterul determinant al majorității conflictelor contemporane este nerespectarea de către părți a dreptului internațional umanitar. Combaterea încălcărilor grave ale dreptului internațional umanitar este condiționată tot mai mult de numărul sporit de grupuri armate non-statale, fărâmițarea lor, dar și a caracterului tot mai asimetric al conflictelor. Aceasta la rândul său, se răsfrânge foarte negativ asupra populației civile, deoarece unele grupuri armate compensează slăbiciunea sa militară cu atacuri asupra persoanelor civile, folosindu-i în calitate de scut pentru a proteja obiectivele militare. Pericolul pentru persoanele civile crește și mai mult, atunci când părțile la conflict, care sunt net superioare din punct de vedere militar, în lupta cu inamicul, care poate fi dificil de identificat, pot aplica metode și mijloace de război care contravin principiilor distincției și proporționalității, ceea ce poate avea efecte negative în raport cu populația civilă.

În egală măsură, după cum s-a schimbat caracterul conflictelor pe parcursul ultimilor 150 de ani, s-a schimbat și caracterul actorilor ce participă la activitatea de satisfacere a doleanțelor dictate de aceste conflicte.

Tot mai des la acordarea ajutorului urgent participă tot mai mulți actori, inclusiv militari și organizații private. Și chiar dacă admitem că aceștea au lărgit posibilitățile existente, metodele lor de lucru pot să difere de abordările tradiționale și nu de fiecare dată se bazează pe principii umanitare – neutralitate, independență și imparțialitate.

Totodată, trebuie să recunoaștem, că misiunile pacifitoare au un rol vital și dificil în situațiile excepționale. Acestea tot mai des primesc de la Consiliul de Securitate al ONU împuterniciri pentru protecția persoanelor civile, astfel îmbinând metode civile, militare și politice. Deseori misiunile sunt împuternicite să acorde ajutor pentru crearea unei atmosfere de securitate, necesare pentru ca alții să poată aduce ajutorul umanitar. Mai mult, forțele ONU pot desfășura activitate de acordare a protecției, inclusiv copiilor, în special protecție contra violenței sexuale, astfel completând activitatea altor actori umanitari. Deși misiunile pacifitoare, ce posedă mandat pentru acordarea protecției persoanelor civile, indiscutabil fac un lucru foarte important, contribuind astfel la crearea unei situații sigure și micșorând numărul victimelor, organizațiile umanitare tradiționale sunt preocupate de faptul că accesul lor la victime, cât și securitatea, pot fi afectate, în cazul în care părțile beligerante sau o parte a populației v-a asocia activitatea lor cu misiunile politice ale acestora.

### ***Obligația părților la conflict să respecte și să asigure respectarea dreptului internațional umanitar***

Convențiile de la Geneva din 1949 și Protocolul adițional I din 1977 prevăd că părțile la un conflict armat internațional trebuie să respecte și să asigure respectarea



acestor acorduri internaționale. Astfel, fiecare parte este obligată să facă tot posibilul pentru ca toate organele puterii și persoanele aflate sub controlul său, să respecte normele dreptului internațional umanitar. Măsurile de aplicare a normelor de drept, ce asigură executarea acestui drept, pot fi cele mai diverse, atât cu caracter preventiv, cât și represiv. Ce ține de activitatea practică, părțile la conflict armat trebuie să emiță ordine și instrucțiuni ce asigură respectarea acestor norme și trebuie să verifice procesul de implementare al acestora (art. 80 Protocolul adițional I). În acest sens, o responsabilitate deosebită le revine comandanților militari. Dar în final, fiecare soldat și fiecare persoană participantă la conflict, are obligația să respecte normele dreptului internațional umanitar.<sup>2</sup>

Dreptul internațional umanitar ce reglementează conflictele armate non-internaționale își are specificul său,<sup>3</sup> el este adresat nu doar statelor-părți la tratatele respective, ci tuturor părților la conflict, conform art. 3 comun celor patru Convenții de la Geneva<sup>4</sup> sau în conformitate cu prevederile Protocolului adițional II, inclusiv forțe antiguvernamentale sau alte grupuri armate organizate (art. 1 (1)), neoferindu-le careva statut juridic (art. 3 comun, p. 2). Articolul 3 comun reglementează și situațiile în care instituțiile statului sunt distruse complet (*failed state*), dat fiind că un asemenea conflict poate avea loc fără participarea nemijlocită a statului. Fiecare parte la conflict trebuie să respecte și să asigure respectarea dreptului internațional umanitar de către forțele sale armate și de către alte persoane sau grupuri ce acționează *de facto* conform indicațiilor sale sau sub controlul său. La fel ca și în cadrul conflictelor cu caracter internațional, normele ce reglementează conflictele armate non-internaționale sunt adresate tuturor persoanelor ce participă în mod direct la acțiunile militare, obligandu-le să aibă un comportament prestabilit.<sup>5</sup>

În scopul asigurării aplicării dreptului internațional umanitar în timp de conflict armat, trebuie să fie pus în aplicare un șir de mecanisme de implementare, inclusiv în timp de pace. Măsurile de implementare ale dreptului internațional umanitar la nivel național reiese din obligațiile asumate de state în urma semnării tratatelor respective – să le respecte și să asigure respectarea acestora.

Această obligație este expres formulată într-un șir de prevederi care obligă statele să întreprindă anumite măsuri pentru implementare. Mai mult, la fel ca și în cazul

---

2 ICTY. Prosecutor v. Dusko Tadic, Case Nr. IT-94-1. Decision on the Defence Motion on Jurisdiction (Trial Chamber), 10 August 1995, paras. 31 and 36 and Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995, para. 128 <http://www.icty.org/x/cases/tadic/ind/en/tad-2ai951214e.pdf> (consultat la 12.11.2017).

3 Jean Pictet. The 1949 Geneva Conventions. Commentary. Geneva. ICRC. 1952-1959. Vol. I, p. 37.

4 A se vedea: Sylvain Vité. Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations. In: International Review of the Red Cross. Volume 91. Number 873. March 2009, pp. 69-94.

5 ICTY. Prosecutor v. Dusko Tadic, Case Nr. IT-94-1. Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, op. cit., paras. 65-67.

tratatelor internaționale, instrumentele dreptului internațional umanitar insistă ca unele prevederi să-și găsească oglindirea în legislația națională, în cazul în care acest lucru încă nu a fost făcut.

Convențiile de la Geneva, ce constituie așa numitul „nucleu” al dreptului internațional umanitar contemporan, printre obligațiile asumate de către state prevăd „familiarizarea” societății cu prevederile convenționale. Vorbind într-un limbaj modern al dreptului internațional umanitar, considerăm că această obligație trebuie privită mai larg, iar interpretarea dreptului internațional umanitar trebuie să aibă loc în contextul ultimelor tendințe și codificări. Este bine cunoscut că așa numitul „nucleu” al dreptului internațional umanitar este recunoscut parte componentă a dreptului internațional cutumiar, fapt ce conferă acestor obligații un caracter imperativ, cunoscut în dreptul internațional ca obligații *erga omnes*.<sup>6</sup>

Propunem o succintă argumentare a subiectului abordat prin prisma instituției răspunderii în dreptul internațional umanitar, procesul de codificare al căruia a influențat considerabil domeniul analizat. Așa, de exemplu, pe lângă studierea prevederilor clasice ale dreptului de Haga și ale dreptului de Geneva, societatea are ocazia să se familiarizeze cu aplicabilitatea instituției răspunderii pentru încălcarea normelor dreptului internațional umanitar, care la rândul său, la fel trebuie privită prin prisma obligațiilor statului de tragere la răspundere a persoanelor culpabile de comiterea crimelor internaționale, inclusiv a crimelor de război, crimelor contra umanității și a crimelor de genocid.

Cu regret, practica ne demonstrează că statele care au trecut printr-un conflict armat, au o justiție selectivă în raport cu persoanele ce au comis crime de război, crime contra umanității, crime de genocid. Drept exemplu pot servi statele din fosta Iugoslavie – Serbia, Croația, Bosnia și Herțegovina. În egală măsură aceasta se referă și la fosta regiune sârbă Kosovo (recunoscută parțial de comunitatea internațională), doar că în ultimul caz justiția a fost influențată de reformele instituționale întreprinse de Uniunea Europeană și NATO. Este vorba despre un domeniu specific al justiției penale, dat fiind că dreptul internațional penal necesită unele cunoștințe profunde în dreptul internațional în general și dreptul internațional umanitar, în special. Drept exemplu poate servi cazul Croației. Procesul de integrare europeană a acestei țări a fost condiționat de nivelul de colaborare cu Tribunalul Penal Internațional pentru fosta Iugoslavie și tragerea la răspundere a persoanelor ce au comis încălcări grave ale „legilor și obiceiurilor de război”. În rezultat, Croația a întreprins modificări substanțiale la acest capitol – au fost create câteva centre judiciare specializate în examinarea crimelor de război, crimelor contra umanității și a crimelor de genocid, fapt ce a permis punerea în aplicare a sistemului instituțional de tragere la răspundere a persoanelor culpabile de comiterea crimelor internaționale. Și rezultatele au

6 Гамурарь В. Значимость дисциплины «Международное гуманитарное право» для юридических факультетов в контексте международных обязательств государств на примере Республики Молдова. В: Российский ежегодник международного права. 2015. Специальный выпуск. Санкт-Петербург. 2016, с. 283.

devenit palpabile – sunt judecați responsabili de comiterea crimelor internaționale, indiferent de naționalitate, lucru care ar fi fost practic imposibil în condițiile în care dreptului internațional umanitar nu i s-ar fi acordat atenția necesară.<sup>7</sup>

O bună aplicare a dreptului internațional umanitar în timp de pace, la fel ca și în timp de conflict armat, rămâne a fi o prioritate permanentă a Comitetului Internațional al Crucii Roșii (CICR). În raportul său în cadrul celei de-a XXVIII-a Conferință internațională, lucrările căreia s-au desfășurat la Geneva între 26-30 noiembrie 2007, CICR a atras atenția asupra metodelor și mijloacelor de prevenire în scopul respectării dreptului umanitar în timp de conflict armat, punând în special accentul pe importanța și obligația statelor „de a respecta și [...] a face să fie respectat” dreptul umanitar în orice circumstanțe. Comitetul a organizat cinci seminare regionale cu participarea experților, care au examinat printre altele chestiuni, mecanismele existente, dar și cele potențiale de control și de respectare ale dreptului internațional umanitar. Patru ani mai târziu, după ce raportul a fost prezentat în cadrul unei conferințe internaționale, obiectivele propuse – de a atinge o mai bună respectare, o punere în aplicare și o executare mai eficace a dreptului umanitar a demarat în mod constant. Responsabilitatea aparține în primul rând părților la conflictele armate, statelor, dar în egală măsură și entităților non-statale.<sup>8</sup>

Obligația generală de a întreprinde „măsuri de executare” este expusă în art. 80 al Protocolului adițional I, care stabilește că părțile „vor lua neîntârziat toate măsurile necesare pentru a îndeplini obligațiile care le revin în virtutea convențiilor și a prezentului protocol”. Printre măsurile enumerate în Convențiile de la Geneva și Protocoalele adiționale un rol deosebit îl au două tipuri de măsuri care trebuie să fie adoptate la nivel național – adoptarea de către state a legislației naționale pentru asigurarea aplicării tratatelor și a măsurilor ce țin de răspândirea informației.

Referindu-ne la legislația națională ce reflectă implementarea, menționăm că ea este necesară pentru acele prevederi ale tratatelor care nu posedă putere de executare directă, deaceia, pentru a fi aplicabile, ele necesită adoptarea unui act legislativ. Pe lângă obligația generală de a asigura aplicarea tratatelor prin intermediul legislației primare și derivate (art. 48 CG I; art. 49 CG II; art. 128 CG III; art. 145 CG IV; art. 84 PA I), cele patru Convenții de la Geneva și Protocolul I adițional propun statelor să adopte măsuri de ordin legislativ necesare pentru stabilirea sancțiunilor penale pentru încălcările grave ale dreptului internațional umanitar (art. 50 CG I; art. 51 CG II; art. 130 CG III; art. 147 CG IV; art. 11 (4) și art. 85 PA I). Și-n final, legislația este necesară pentru a preveni la orice etapă folosirea ilegală a emblemei și a semnelor distinctive, inclusiv pentru a sancționa o asemenea utilizare (art. 53-54 CG I; art. 43-45 CG II). Însă multiplele eforturi pentru consolidarea obligațiilor de a preveni încălcările dreptului internațional umanitar, ce reiese din tratate, nu au dus la rezultatele dorite. De exemplu, propunerea de a obliga statele să prezinte

---

7 Idem, p. 284.

8 Idem, p. 286.

rapoarte Comisiei internaționale privind aplicabilitatea măsurilor la nivel național, a fost respinsă.<sup>9</sup>

Pentru ca dreptul să fie eficient și să ofere protecție efectivă victimelor conflictelor armate, este necesar ca acest drept să fie cunoscut pe larg și ca acei care v-or trebui să-l aplice să beneficieze de o instruire adecvată. Activitatea de informatizare trebuie să fie intensificată în timp de război, însă inițierea ei trebuie să fie făcută în timp de pace. Statele și-au asumat angajamentul să difuzeze în cea mai largă măsură posibilă, în timp de pace, ca și în perioadă de conflict armat, convențiile și protocoalele în țările lor respective și, îndeosebi, să introducă studiul lor în programele de instrucție militară, să încurajeze studiul acestora de către populația civilă, astfel încât aceste instrumente să fie cunoscute de forțele armate și de populația civilă (art.47 CG I; art. 48 CG II; art. 127 CG III; art. 144 CG IV; art. 19 și art. 83 PA I; art. 19 PA II). Dreptul internațional umanitar constă, în principiu, din obligații, pe care forțele armate și alți participanți la conflict armat trebuie să le îndeplinească, astfel, acestea trebuie să facă parte componentă din instruirea personalului respectiv, inclusiv din punct de vedere teoretic și practic. Totuși, în pofida importanței acestuia, normele „dreptului de război” deseori sunt prezente într-un volum restrâns în programele de instruire militară a mai multor state.

Printre măsurile de implementare care trebuie să fie adoptate în timp de pace în contextul obligațiilor de a răspândi informația despre Convențiile de la Geneva și Protocoalele adiționale pe larg, se enumeră pregătirea personalului calificat (art. 6 (1) PA I), numirea consilierilor juridici în forțele armate (art. 82 PA I), atragerea atenției asupra obligațiilor comandanților (art.87 (1) PA I) și instruirea specială a militarilor și a autorităților, care, se presupune că își v-or asuma obligațiile respective (art. 83 PA I).

### ***Reglementarea juridică a accesului umanitar în timp de conflict armat***

Accesul umanitar la populația aflată în zonele de conflict, devine o inițiativă din ce în ce mai dificilă în ultimii ani, astfel, mai multe organizații umanitare consideră că această dificultate este cea mai problematică dintre acele pe care le-ar trebui să le depășească în viitor. V-om încerca să venim cu o explicație în acest sens, aducând argumente convingătoare.

Pe de o parte, multe din conflictele armate contemporane constituie un conglomerat, dat fiind că diverse grupuri armate, de regulă, luptă între ele.<sup>10</sup> Dificultățile se

9 Toni Pfanner. Various mechanisms and approaches for implementing international humanitarian law and protecting and assisting war victims. In: International Review of the Red Cross. Volume 91. Number 874. June 2009, p. 283 <https://www.icrc.org/en/international-review/article/various-mechanisms-and-approaches-implementing-international> (consultat la 12.11.2017).

10 Keynote address by Dr. Kellenberger, the President of the ICRC, during the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 28 November 2011, p. 2f [www.icrc.org/conf/2011/28-nov-2011-keynote-address-by-dr-kellenberger-the-president-of-the-icrc](http://www.icrc.org/conf/2011/28-nov-2011-keynote-address-by-dr-kellenberger-the-president-of-the-icrc) (consultat la 12.11.2017).

ivesc și atunci când crizele îndelungate coincid cu conflictele și/sau țara se confruntă cu diverse cataclisme naturale. Majoritatea conflictelor armate contemporane sunt non-intenaționale, deseori nu este admisă activitatea umanitară, deoarece aceasta este privită ca un pericol pentru suveranitatea statului.

Pe de altă parte, a crescut esențial numărul organizațiilor umanitare. Aceasta presupune eforturi sporite în procesul de coordonare și creșterea numărului de runde de negocieri pentru a avea acces umanitar. În plus, treptat se șterg frontierele dintre operațiunile militare, politice și umanitare. În cazul în care unele părți la conflict sau o parte a populației încep să perceapă organizațiile umanitare ca instrumente ale unui joc politic, accesul la victime poate fi împiedicat sau chiar blocat. Mai mult, însăși colaboratorii organizațiilor umanitare tot mai des devin obiectul atacurilor din cauza lipsei acestei delimitări.<sup>11</sup>

Dificultățile care creează aceste obstacole pentru organizațiile umanitare deseori sunt alimentate de lipsa informației privind reglementările juridice pentru state, grupările armate non-statale, dar și pentru organizațiile ce oferă ajutor umanitar.

Este foarte important cunoașterea elementelor fundamentale ale dreptului internațional, altfel spus, a dreptului internațional general, a dreptului internațional umanitar, a dreptului internațional al drepturilor omului și a dreptului internațional penal, deoarece accesul deseori este blocat în situații de criză, iar deblocarea situației impune argumente juridice. Elementele principale ale dreptului internațional constituie instrument de asigurare a accesului umanitar,<sup>12</sup> iar pentru cei ce duc negocieri din numele organizațiilor umanitare, ea reprezintă un fundament important pentru dobândirea acordului la acces.<sup>13</sup> Baza juridică concretizează drepturile și obligațiile părților la conflict armat, pentru statele ce nu participă la conflict, dar și pentru actorii umanitari. Ele, în egală măsură, identifică condițiile în care actorii umanitari posedă sau nu capacitatea să aibă acces la persoanele ce necesită ajutor. Astfel, este argumentat un ansamblu obiectiv de norme, la care pot face referință actorii, în mod separat sau colectiv, solicitând accesul și menținându-l.

Conform dreptului internațional, responsabilitatea principală pentru satisfacerea necesităților primare ale populației în situații de criză o poartă statele. Această

---

11 A se vedea: Antonio Donini. Between a rock and a hard place: integration or independence of humanitarian action? In: International Review of the Red Cross. Volume 93. Number 881. March 2011, pp. 141-157 <https://www.icrc.org/eng/assets/files/review/2011/irrc-881-donini.pdf> (consultat la 12.11.2017).

12 ICRC. International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts. Report prepared for the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent. Geneva. 2011, p. 24 <https://www.icrc.org/eng/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-en.pdf> (consultat la 12.11.2017).

13 Феликс Швендиман. Правовые основания для гуманитарного доступа во время вооруженного конфликта. В: Международный журнал Красного Креста. Дискуссия по гуманитарным вопросам: право, политика, деятельность. Гуманитарные вызовы современности. Избранные статьи из номеров 874-889, с. 148.

regulă reiese din principiul suveranității, fapt confirmat și de practica internațională.<sup>14</sup> Astfel, de exemplu, rezoluția Adunării Generale a ONU 46/182 (1991) privind consolidarea coordonării în domeniul ajutorului umanitar excepțional din partea ONU, confirmă cele spuse:

„Orice stat poartă responsabilitatea de bază pentru acordarea ajutorului victimelor cataclismelor naturale și a altor situații excepționale, ce au avut loc pe teritoriul său. De aceea statul lovit are rolul principal în inițierea organizării, coordonării și acordării ajutorului umanitar în limitele teritoriului său” (*traducerea noastră*).<sup>15</sup>

Chestiunea accesului actorilor umanitari devine actuală atunci când statul nu dorește sau nu poate să-și îndeplinească obligațiile în conformitate cu reglementările juridice pentru satisfacerea necesităților primare ale populației în timp de conflict armat. Întrebarea este – ce ar putea face actorii umanitari pentru satisfacerea acestor necesități? Ei ar putea să-și ofere serviciile în conformitate cu dreptul internațional umanitar, care conține norme ce reflectă ajutorul umanitar și accesul la populația civilă ce a avut de suferit în timpul conflictului armat (art. 3 (2), comun celor 4 Convenții de la Geneva; art. 10 și art. 59 (2) CG IV; art. 70 (1) PA I; art. 18 (1) și (2) PA II).

Oferta de acordare a ajutorului umanitar nu poate fi privită ca un amestec străin în afacerile interne ale statului respectiv, în condițiile în care, sunt respectate principiile umanității, imparțialității și nediscriminării. Curtea Internațională de Justiție menționa:

„Nu există dubii că acordarea ajutorului umanitar persoanelor sau forțelor din alte state, indiferent de viziunile politice și obiectivele acestora, nu poate fi privită ca o implicare ilegală sau ca acțiune, care într-o formă sau alta, ar contravine dreptului internațional” (*traducerea noastră*).<sup>16</sup>

Or, actorii umanitari pot să-și ofere serviciile, însă nu sunt obligați să facă acest lucru. Pentru ca ajutorul umanitar să nu fie considerat ca implicare în afacerile interne ale statului, acțiunea respectivă trebuie să fie desfășurată strict în conformitate cu principiile umanitare.

Este bine cunoscut că aplicabilitatea dreptului internațional umanitar *rationae temporis* depinde în mare parte de caracterul conflictului – fie este vorba despre conflict armat internațional, fie non-internațional. Or, pe teritoriile, cu excepția celor aflate sub regim de ocupație, operațiunile umanitare pot fi desfășurate cu acordul părților cointeresate în conformitate cu prevederile articolului 70 (1) al Protocolului adițional I. Această condiție prealabilă echilibrează interesele populației civile și cele ale statului respectiv. Chiar dacă în jurul acestui concept au existat dezbateri,

---

14 Idem, p. 149.

15 United Nations. General Assembly. A/RES/46/182. Strengthening of the coordination of humanitarian emergency assistance of the United Nations <http://www.un.org/documents/ga/res/46/a46r182.htm> (consultat la 12.11.2017).

16 International Court of Justice. Military and Paramilitary Activities in and Nicaragua (Nicaragua v. USA). Judgment. 1986, para. 242 <http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (consultat la 12.11.2017).

în special în raport cu motivarea obligației statului să accepte ajutorul, refuzul nu poate fi invocat, cel puțin în baza unor cauze derivate, acest punct de vedere fiind găsit în instrumentele *soft law*. Principiile privind deplasarea persoanelor în interiorul țării, confirmă că oferta ajutorului, parvenită din partea organizațiilor umanitare sau a altor actori similari, „nu poate fi respinsă nemotivat, în special în condițiile în care, organele respective ale puterii nu sunt capabile sau nu doresc să acorde ajutorul umanitar necesar” (Principiul 25).<sup>17</sup> În anul 1998 Secretarul general al ONU declara, că accesul umanitar este, pe lângă celelalte criterii, un drept firesc al refugiaților, al persoanelor deplasate și al altor persoane civile, ce se află în condiții de conflict și nicidecum nu poate fi privit ca o cedare nemotivată în fața organizațiilor umanitare.<sup>18</sup> Atenționăm, că unii experți susțin că așa concepte cum sunt – suveranitatea de stat, ordinea de drept națională, interesele naționale, orientarea politică și interesele regimului în menținerea puterii, nu trebuie să prevaleze, în cazul în care, ajutorul este necesar pentru salvarea vieților.<sup>19</sup> Refuzul trebuie să aibă o argumentare legală. Astfel, pentru a constata dacă decizia de a nu accepta ajutorul este sau nu este motivată, trebuie de examinat circumstanțele fiecărui caz în parte. Așa, de exemplu, Institutul de drept internațional, a ajuns la concluzia, că statele ce au fost afectate, au obligația de a nu respinge nemotivat oferta *bona fide*, ce are drept obiectiv exclusiv acordarea ajutorului umanitar. În special, acestea nu pot respinge oferta sau împiedica accesul, în cazul în care, un asemenea refuz poate constitui pericol pentru realizarea drepturilor fundamentale ale victimelor sau încălcarea interdicției de a folosi înfometarea în rândurile populației civile ca metodă de război.<sup>20</sup> În situațiile extremale, atunci când lipsa ajutorului umanitar poate fi echivalată cu înfometarea, nu există cauze legale pentru a-și argumenta refuzul.<sup>21</sup> Articolul 54 (1) al Protocolului adițional I prevede că „este interzisă înfometarea civililor ca metodă de război”.

Conform articolul 70 (2) al Protocolului adițional I „părțile la conflict și fiecare înaltă parte contractantă vor autoriza și vor facilita trecerea rapidă și fără piedici a tuturor trimerilor, a echipamentelor și a personalului de ajutor oferite în conformitate cu prevederile acestei secțiuni, chiar dacă acest ajutor este destinat populației civile a părții adverse”. Această prevedere este aplicabilă în raport cu întreaga populație

17 UNHCR. Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays <http://www.unhcr.org/fr/protection/idps/4b163f436/principes-directeurs-relatifs-deplacement-personnes-linterieur-propre-pays.html> (consultat la 12.11.2017).

18 UN Doc. S/1998/883 (1998) <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Civilians%20S1998883.pdf> (consultat la 12.11.2017).

19 A se vedea: Robert Kolb. De l'assistance humanitaire: le réalisation sur l'assistance humanitaire adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Bruges en 2003. In: International Review of the Red Cross. Volume 86. Number 856. December 2004, pp. 853-878.

20 Resolution of the Institute of International Law on Humanitarian Assistance. Bruges session 2003. Art. VIII. 1 <http://www.ifrc.org/Docs/idrl/I318EN.pdf> (consultat la 12.11.2017).

21 Rebecca Barber. Facilitating humanitarian assistance in international humanitarian and human rights law. In: International Review of the Red Cross. Volume 91. Number 874. 2009, p. 391 <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-874-barber.pdf> (consultat la 12.11.2017).

civilă, iar livrarea ajutorului presupune toate produsele necesare pentru supraviețuirea populației. Mai mult, Protocolul adițional I interzice statelor să împiedice transportarea ajutorului și redecționarea acestuia contrar destinației. Excepție sunt doar situațiile de necesitate urgentă, în interesul populației civile vizate (art. 70 (3) (c)). Aceasta ar însemna că reținerea ar putea fi îndreptățită, dacă din criterii de securitate, este posibil de a avea acces la teritoriul părții care permite tranzitul, în special dacă aceasta este parte la conflict. Conform Comentariului la Protocoalele adiționale I și II, redecționarea ajutorului poate fi admisă:

„... dacă are loc reținerea la transportarea produselor alterabile, cu condiția, că ele pot fi acoperite prin livrări noi, odată cu restabilirea condițiilor normale. Aceasta poate fi îndreptățit și-n caz de cataclisme naturale pe teritoriul părții, prin care traversează ajutorul umanitar, în cazul în care, produsele alimentare sunt mai necesare pentru victimele acestui dezastru, în comparație cu cei cărora le erau destinate inițial. Totuși, în acest caz, marfa poate fi redecționată doar cu acordul donatorului” (*traducerea noastră*).<sup>22</sup>

Părțile la conflict sunt obligate să i-a măsuri pentru protejarea ajutorului umanitar și să contribuie la repartizarea cât mai rapidă a acestuia, precum și sunt obligate să contribuie la asigurarea protecției trimerilor de ajutoare și să faciliteze distribuirea rapidă a acestora (art. 70 (4) și (5) PA I). Însă, părțile la conflict, precum și alte state semnatare a Protocolului adițional I, au dreptul să prevadă anumite reglementări tehnice, cum ar fi timpul și itinerarul (art. 70 (3) (a) PA I; art. 23 CG IV). Acestea au dreptul să verifice marfa sau să solicite Puterii protectoare sau unei organizații umanitare neutre să monitorizeze activitatea de acordare a ajutorului umanitar în teren.

Personalul antrenat în operațiunile de acordare a ajutorului umanitar, beneficiază de respectare și protecție, acesta trebuie ajutat în exercitarea misiunii sale (art. 71 PA I). Totodată, personalul organizațiilor umanitare nu poate depăși nici într-un caz limitele misiunii sale, acesta trebuie să respecte regulile de securitate impuse statelor pe teritoriul cărora își desfășoară activitatea. În cazul în care personalul în cauză nu respectă aceste condiții, activitatea sa poate fi stopată (art. 71 (4) PA I).

Dacă asistența umanitară în cadrul conflictelor armate internaționale, cel puțin din punct de vedere teoretic, în mare parte este reglementată, atunci, această activitate în cadrul conflictelor armate non-internaționale are anumite lacune, deseori fiind aplicată regula analogiei. Între timp, numărul conflictelor armate non-internaționale este în permanentă creștere, iar după nivelul de intensitate și numărul de victime, acestea deseori depășesc conflictele armate internaționale. În asemenea condiții rolul asistenței umanitare devine unul crucial pentru populația civilă, care de regulă este cea mai afectată categorie de persoane.

Atenționăm, că chestiunea ajutorului umanitar, inclusiv accesul umanitar, nu este expres prevăzută de articolul 3 comun celor 4 Convenții de la Geneva. Totuși,

---

22 Ives Sandoz et al. (eds). Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. ICRC. Geneva. 1987, paras. 2845-2847.



articolul 18 (2) al Protocolului adițional II prevede, că activitatea de acordare a ajutorului trebuie desfășurată cu acordul părții interesate. La fel ca și în cazul conflictelor armate internaționale, unde lipsa ajutorului umanitar poate duce la înfometare, nu există careva cauze legale pentru motivarea refuzului. Articolul 14 al Protocolului adițional II interzice înfometarea în rândurile populației civile în calitate de metodă de război.

Din punct de vedere practic acordul grupurilor armate non-statale ce dețin controlul asupra teritoriului sau care activează în acest teritoriu, este necesar pentru declanșarea operațiunilor de acordare a ajutorului umanitar.<sup>23</sup> Totodată, adresarea către un grup armat non-statal cu solicitarea acordului privind desfășurarea operațiunilor umanitare nu înseamnă și recunoașterea acestuia, la fel cum nu-i oferă acestui actor careva statut juridic. Convenția Uniunii Africane privind protecția persoanelor deplasate în interiorul statului în Africa și acordarea ajutorului acestora, semnată la Kampala în 2002, este una novatorie, dat fiind că indică în mod direct grupurile armate. Tratatul prevede că membrilor grupurilor armate le este interzis să împiedice acordarea ajutorului umanitar și transportarea mărfurilor de ajutor, precum și accesul personalului către persoanele deplasate în interiorul țării.<sup>24</sup>

Conform normei dreptului cutumiar, părțile la conflictele armate non-internaționale trebuie să contribuie la traversarea liberă și rapidă a ajutorului umanitar pentru persoanele civile ce au nevoie de ea.<sup>25</sup> Mai mult, personalul implicat în operațiuni de acordare a ajutorului, dar și obiectele ajutorului, trebuie să fie protejate și respectate, trebuie asigurată libertatea de circulație a personalului împuternicit cu acordarea ajutorului umanitar. Or, circulația acestuia poate fi limitată temporar doar în caz de necesitate militară expresă.<sup>26</sup>

### *Încheiere*

Concluzionând cele expuse, constatăm că activitatea de asistență umanitară, în pofida tuturor piedicilor de ordin juridic sau de alt gen, este una din cele ce trezește tot mai multe discuții, inclusiv la nivel internațional și regional. Crizele umanitare declanșate de o serie de conflicte, inclusiv internaționale și non-internaționale, cum

---

23 A se vedea: Denise Plattner. Assistance to the civilian population: the development and present state of international humanitarian law. In: International Review of the Red Cross. Volume 32. Number 288. 1992, pp. 249-263 <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jmar.htm> (consultat la 12.11.2017).

24 African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa (Kampala Convention), 23.10.2009 [https://au.int/sites/default/files/treaties/7796-treaty-0039\\_-\\_kampala\\_convention\\_african\\_union\\_convention\\_for\\_the\\_protection\\_and\\_assistance\\_of\\_internally\\_displaced\\_persons\\_in\\_africa\\_e.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/7796-treaty-0039_-_kampala_convention_african_union_convention_for_the_protection_and_assistance_of_internally_displaced_persons_in_africa_e.pdf) (consultat la 12.11.2017).

25 Хенкергс Жан-Мари и Луиза Досвальд-Бек. Обычное международное гуманитарное право. Нормы. МККК, 2006, normele 31, 35 și 56.

26 Idem, norma 55.

ar fi cele din Afganistan, Siria sau Ucraina, au provocat mai multe probleme, dar au și permis să privim problematica asistenței umanitare nu doar prin prisma cadrului normativ, dar și al caracterului cutumiar al unei bune părți de norme. Astfel, are loc procesul de unificare treptată a normelor aplicabile conflictelor armate internaționale și non-internaționale.

Putem vorbi, în egală măsură și despre o aplicabilitate prin analogie a domeniului asistenței umanitare după modelul practicii judiciare a tribunalelor penale internaționale. În plus, trebuie reamintit conceptul promovat de CICR – de a nu se limita doar la interpretarea textului convențiilor, dar, în special, interpretarea să aibă loc în baza examinării spiritului documentului. Or, interpretarea conceptului de asistență umanitară nu trebuie să se bazeze doar pe cadrul normativ exclusiv, dar trebuie să i-a în considerație tendințele contemporane, atunci când sistemul normativ internațional este analizat mult mai larg, în lumina totalității acestuia, format din norme politice, juridice, morale, religioase etc. În ultimii ani o importanță sporită o are co-raportul dintre normele juridice și normele morale, dat fiind caracterul conflictelor armate la etapa contemporană. În lipsa unei analize a acestui aspect, asistența umanitară poate întâlni anumite dificultăți în activitatea sa cotidiană.

Lucrarea a fost prezentată la 20.10.2017

# PUNCTE DE REPER CU PRIVIRE LA PROBLE- MATICĂ EXPULZĂRII COLECTIVE A STRĂI- NILOR REFLECTATĂ ÎN JURISPRUDENȚA CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI

**Olga BENEȘ**, master în drept, lector catedra Drept public

*Le contexte de crise économique ainsi que les récentes mutations sociales et politiques ayant touché tout particulièrement certaines régions d'Afrique et du Moyen Orient placent les Etats européens face à de nouveaux défis dans le domaine de la gestion de l'immigration. Le but de l'article 4 du Protocole n° 4 à la CEDH est d'éviter que les Etats puissent éloigner un certain nombre d'étrangers sans examiner leur situation personnelle et, par conséquent, sans leur permettre d'exposer leurs arguments s'opposant à la mesure prise par l'autorité compétente. A cet égard, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a développé une jurisprudence constante statuant tant sur l'applicabilité territoriale de l'article 4 du Protocole n° 4 à la CEDH que sur les principes de son applicabilité extraterritoriale.*

**Mots clés:** expulsion collective, applicabilité territoriale, applicabilité extraterritoriale.

*Contextul crizelor economice precum și schimbările sociale și politice recente care au afectat în mod deosebit anumite regiuni din Africa și Orientul Mijlociu pun în fața statelor europene noi provocări în domeniul gestionării imigrației. Scopul articolului 4 al Protocolului nr. 4 este de a evita ca statele să poată expulza un anumit număr de străini fără să examineze situația lor personală, și prin urmare, fără a le permite să-și expună argumentele contrare măsurii luate de autoritatea competentă. În acest scop, Curtea Europeană Drepturilor Omului a dezvoltat o jurisprudență constantă statuând atât cu privire la aplicabilitatea teritorială a articolului 4 al Protocolului nr.4 cât și referitor la principiile aplicabilității sale extrateritoriale.*

**Cuvinte-cheie:** expulzare colectivă, aplicabilitate teritorială, aplicabilitate extrateritorială.

Contextul crizelor economice precum și schimbările sociale și politice recente care au afectat în mod deosebit anumite regiuni din Africa și Orientul Mijlociu pun în fața statelor europene noi provocări în domeniul gestionării imigrației.

Convenția cu privire la statutul refugiaților din 28.09.1951 în articolul 3 enunță regula că "Nici un stat contractant nu va expulza sau returna, în nici un fel un refugiat peste frontierele teritoriilor unde viața sau libertatea sa ar fi amenințate pe motiv de rasă, religie, naționalitate, apartenență la un anumit grup social sau opinii politice"<sup>1</sup>.

Chiar dacă statele dispun de dreptul lor suveran de a-și stabili politicile de imigrare, este totodată important de subliniat că dificultățile de gestionare a fluxurilor de imigranți nu pot justifica recurgerea de către stat la practici care ar fi incompatibile

1 Convenția cu privire la statutul refugiaților din 28.07.1951. <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=312612>

cu obligațiile lor convenționale. Curtea Europeană a Drepturilor Omului reiterează în această privință că ”interpretarea normelor convenționale trebuie să se facă în lumina principiului bunei credințe și a obiectului și scopului tratatului cât și a regulii efectului util”<sup>2</sup>.

Articolul 4 al Protocolului nr. 4 CEDO intitulat ”Interzicerea expulzărilor colective de străini” enunță regula că ”Expulzările colective de străini sunt interzise”<sup>3</sup>.

Protocolul nr. 4 la CEDO a fost elaborat în cadrul Consiliului Europei de către Comitetul de experți în materie de drepturile omului, în preocuparea de a extinde și de a asigura garanțiile colective ale Convenției la alte drepturi și libertăți decât cele figurând în Titlul I al CEDO, acesta fiind deschis spre semnarea statelor membre la 16 septembrie 1963.

Comitetul de experți a decis inserarea în articolul 4 al acestui protocol interdicția cu privire la expulzările colective considerând că această dispoziție va interzice formal expulzările colective ale străinilor similare celor produse în trecut. Dispoziția în cauză făcea referință doar la expulzarea străinilor și apatrizilor pe când expulzarea cetățenilor proprii se regăsea în articolul 3 al aceluiași protocol prin dispoziția ”Nimeni nu poate fi expulzat, printr-o măsură individuală sau colectivă, de pe teritoriul statului al cărui cetățean este”. Astfel, ”s-a convenit că adoptarea articolului 4 și a articolului 3 paragraful 1 ale acestui protocol n-ar putea nici într-un caz sa fie interpretată ca fiind de natură să justifice expulzarea colectivă din trecut”<sup>4</sup>. În afară de aceasta, garanția oferită de dispoziția articolului din Protocolul 4 se raportează doar la ”persoanele care se găsesc pe teritoriul unui stat sau au trecut frontiera statului în mod ilegal”<sup>5</sup>. Din aceste considerente, cauzele examinate de Curtea Europeană n-au abordat problema aplicabilității lor teritoriale.

Scopul articolului 4 a fost deci de a evita ca statele să poată îndepărta un număr oarecare de străini fără să examineze situația lor personală, și prin urmare, fără să le permită să-și expună argumentele contrare măsurii luate de autoritatea competentă<sup>6</sup>.

Problematika articolului 4 al Protocolului nr.4 este analizată de Curtea Europeană atrăgând atenția asupra mai multor aspecte cu referință la: definirea noțiunii de ”expulzare colectivă”, definirea noțiunii de ”străin” precum și noțiunile de ”aplicare teritorială” și ”jurisdicție”. Vom încerca în continuare să elucidăm principiile cheie expuse de Curtea Europeană a Drepturilor Omului în jurisprudența sa cu privire la acest articol.

În cauza *Becker c. Danemark*, Comisia a definit pentru prima dată noțiunea de expulzare colectivă în felul următor ”orice măsură a autorității competente care

---

2 CEDO, cauza *Mamatkoulov și Askarov c. Turciei*, nr. 46827/99 și 46951/99 din 04.02.2005. <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cedh-4-fevrier-2005-mamatkoulov-et-askarov-c-turquie-affaire-numero-4682799-et-4695199/>

3 Protocolul nr. 4 la CEDO din 16.09.1963. <https://jurisprudentacedo.com/Conventia-CEDO/Protocolul-4.html> Ibidem., art. 3.

4 Rapport explicatif – STE 46– Droits de l’Homme (Protocole n° 4). <https://rm.coe.int/16800c9330>

5 CEDO, cauza *Hirsi Jamaa și alții c. Italiei*, nr. 27765/09 din 23.02.2012. <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:%22003-3856356-4434181%22>}}

6 Ibidem

constrânge un grup de străini, să părăsească țara exceptând situația în care o atare măsură este luată în urma și în baza unei examinări rezonabile și obiective a situației particulare a fiecărui dintre străinii care formează acest grup.<sup>7</sup> ”

Acest principiu nu interzice organizarea în practică a îndepărtării grupurilor organizate, doar că decizia de îndepărtare trebuie să fie fondată pe circumstanțele proprii ale fiecărei persoane chiar dacă membrii acestui grup se află într-o situație administrativă similară sau prezintă caracteristici comune.

Adoptarea deciziilor individuale de îndepărtare de pe teritoriu nu constituie întotdeauna o garanție suficientă, dacă de exemplu, motivele care au fost expuse pentru motivarea deciziei de îndepărtare, sau pentru arestarea persoanelor în cauză cu scopul de a se asigura de respectarea acestei deciziei sunt formule stereotip sau alți factori fac să se creadă că decizia dată a fost luată fără o examinare prealabilă a fiecărui membru al grupului în parte<sup>8</sup>. În continuare această definiție a fost utilizată de organele Convenției în alte cauze cu privire la articolul 4 Protocolul nr.4 al Convenției, majoritatea dintre ele cu referință doar la persoanele aflându-se pe teritoriul statului.

Pentru prima dată Curtea Europeană a Drepturilor Omului a analizat problema expulzării colective către un stat terț a persoanelor aflându-se în afara teritoriului național în cauza *Hirsi Jamaa și alții c. Italiei* nr. 27765/09. Examinând întrebarea dacă transferul unui grup de persoane către Libia reprezintă o ”expulzare colectivă a străinilor” în sensul articolului 4 al Protocolului 4 al Convenției Europene a Drepturilor Omului, Curtea se inspiră din articolele 31 și 34 ale Convenției de la Viena cu privire la dreptul tratatelor din 1969. Aplicând Convenția de la Viena cu privire la dreptul tratatelor, Curtea trebuie să stabilească conținutul ordinar atribuit termenilor în contextul lor și în lumina obiectului și scopului dispoziției din care fac parte. În afară de aceasta, trebuie să se țină seama de faptul că dispoziția în cauză face parte dintr-un tratat pentru protecția eficientă a drepturilor omului și că Convenția trebuie interpretată ca un tot întreg astfel încât să promoveze coerența ei internă și armonia între diferitele ei dispoziții<sup>9</sup>.

Pentru elucidarea problemei este de asemenea necesar să se ia în considerare orice regulă și principiu de drept internațional public aplicabile relațiilor dintre Părțile contractante cât și mijloacele complementare de interpretare, cu privire la lucrările pregătitoare ale Convenției, fie pentru a confirma sensul, fie pentru a determina sensul atunci când interpretarea lasă sensul ambiguu sau obscur sau duce la un rezultat vădit absurd sau nerațional<sup>10</sup>.

7 CEDO, cauza *Becker c. Danemark*, nr. 7011/75 din 03.10. 1975. [https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/1975-10-03\\_7011.75\\_becker\\_v.\\_denmark\\_0.pdf](https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/1975-10-03_7011.75_becker_v._denmark_0.pdf)

8 CEDO, cauza *Čonka c. Belgiei*, nr. 51564/99 din 05.02.2002. [https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/AFFAIRE\\_CONKA\\_c.\\_BELGIQUE.pdf](https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/AFFAIRE_CONKA_c._BELGIQUE.pdf)

9 CEDO, *Stec și alții c.Regatului Unit*, nr. 65900/01. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-70088%22%5D%7D>

10 Convenția de la Viena cu privire la Dreptul tratatelor din 23.05.1969. <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=357022>



de efectul util în privința acestor fenomene care continuă să se multiplice. Aceasta ar face ca imigranții care au ales calea maritimă și n-au ajuns până la frontierele unui stat, n-ar avea dreptul la o examinare a situației lor personale înainte de a fi expulzați, contrar celor care au ales calea terestră.

Din aceste considerente, odată ce a fost acceptat că noțiunea de ”jurisdicție” este în principal teritorială și ca este prezumată exercitându-se pe teritoriul național al statelor, noțiunea de expulzare are și ea caracter teritorial, în sensul că expulzările se fac în general de pe teritoriul statelor. Astfel, odată ce a fost recunoscut în speța dată că statul contractant și-a exercitat în mod excepțional jurisdicția în afara teritoriului național, Curtea nu vede nici un obstacol în a accepta că exercitarea jurisdicției teritoriale a acestui stat a luat forma unei expulzări colective. Abordând problema altfel și acordând acestei noțiuni o aplicare strict teritorială s-ar ajunge la o denaturare a domeniului de aplicare a Convenției ca atare și a articolului 4 al Protocolului nr.4, ceea ce ar contraveni principiului interpretării Convenției ca un tot întreg. În afară de aceasta, Curtea s-a mai pronunțat cu privire la exercitarea jurisdicției în marea liberă, statuând că specificitatea contextului maritim nu poate conduce la instituirea unui spațiu de ilegalitate în care persoanele n-ar fi supuse unui regim juridic care le-ar permite să beneficieze de drepturile și garanțiile prevăzute de Convenție și pe care statele au convenit să le acorde persoanelor plasate sub jurisdicția lor<sup>15</sup>.

Astfel, Curtea decide că expulzarea străinilor interceptați în marea liberă de către autoritățile statului în exercitarea prerogativelor puterii de stat, care au drept consecință împiedicarea imigranților să ajungă la frontierele statului sau de a-i conduce spre alt stat, reprezintă exercitarea jurisdicției în sensul articolului 1 al Convenției și implică responsabilitatea statului în cauză conform articolului 4 al Protocolului nr. 4<sup>16</sup>.

În același timp, nu se poate de spus că dacă mai mulți străini au primit decizii similare suntem în prezența unei expulzări colective atunci când fiecare persoană interesată a putut să-și valorifice în fața unei autorități competente argumentele sale împotriva expulzării. Exemplu în acest sens poate servi cauza *Andric c. Suediei*<sup>17</sup>. *În speța respectivă fiecare persoană a avut posibilitatea de a prezenta în fața autorităților respective argumentele sale împotriva expulzării iar autoritățile au decis asupra caracterului lor neîntemeiat.*

*Contrar argumentului expus mai sus, nu se poate de considerat că chiar dacă cererile persoanelor au fost supuse fiecare în parte unei examinări rezonabile și obiec-*

---

15 CEDO, cauza Medvedyev și alții c. Franței, nr.3394/03 din 29.03.2010. [https://www.google.com/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewjIw\\_TXzc\\_ZAhWFKVAKHRGFBukQFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-97988%26filename%3D001-97988.pdf&usg=AOvVaw2xGUDqp35imX5ju86C20nQ](https://www.google.com/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewjIw_TXzc_ZAhWFKVAKHRGFBukQFggoMAA&url=http%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-97988%26filename%3D001-97988.pdf&usg=AOvVaw2xGUDqp35imX5ju86C20nQ)

16 CEDO, cauza Hirsi Jamaa și alții c. Italiei, nr.27765/09 din 23.02. 2012. [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-3856356-4434181%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-3856356-4434181%22]})

17 CEDO, cauza *Andric c. Suediei*, nr. 45917/99 din 23.11.1999. <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/CLINF/CLIN/1999/CEDH002-4590>

tive, atunci ”circumstanțele de punere în aplicare a deciziilor de expulzare nu joacă nici un rol în aprecierea respectării articolului 4 din Protocolul nr. 4”<sup>18</sup>.

Deci, jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la articolul 4 al Protocolului nr. 4, clarificând noțiunile respective, subliniază pe de o parte obligațiile statelor Părți la Convenție decurgând din conținutul acestui articol iar pe de altă parte, situația personală a fiecărui interesat în parte în vederea excluderii încălcării dreptului enunțat. Astfel, jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la acest articol relevă atât exemple de expulzare colectivă cât și numeroase cazuri de măsuri neconstitutive ale unei expulzări colective, în dependență de circumstanțele specifice ale situației fiecărui solicitant în parte.

---

18 CEDO, cauza Čonka c. Belgiei, nr. 51564/99 din 05.02.2002. [https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/AFFAIRE\\_CONKA\\_c.\\_BELGIQUE.pdf](https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/AFFAIRE_CONKA_c._BELGIQUE.pdf)



# ОСНОВНЫЕ КРИТЕРИИ ОПРЕДЕЛЕНИЯ НАЛИЧИЯ ПРИНЦИПА МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

**Светлана Михайловна ЗАДОРЖНАЯ**, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права, Черновицкого национального университета имени Юрия Федьковича

## ***THE BASIC CRITERIA OF ESTABLISHING THE PRESENCE OF THE PRINCIPLE OF INTERNATIONAL LAW***

*The article is devoted to the urgent problem of determining the existence of the principle of international law on the basis of four main criteria, namely normality, as a criterion of the legal nature of a special rule-the principle of international law; ordinary, as a criterion of origin principle; universality, as a criterion of the legal force of the principle of international law; fundamentality, as a system-forming criterion.*

*The problem of the dependence of the availability of criteria for the determination of the principle of international law from various sources in which the principles find their reflection is investigated.*

*The tendency of convergence of the fundamental principles of international law and the constitutional principles of internal law within the framework of the contemporary problem of the existence of international constitutive (constitutional) law is analyzed.*

**Keywords:** *the principle of international law, the customary norm of international law, the interpretation of the norms of international law, the procedure for determining the principle of international law, international constitutional law.*

*Статья посвящена актуальной проблеме определения наличия принципа международного права на основании четырех основных критериев, а именно нормативность, как критерий правовой природы особой нормы-принципа международного права; обычность, как критерий происхождения принципу; общеобязательность, как критерий юридической силы принципа международного права; основоположность, как системообразующий критерий.*

*Исследуется проблема зависимости наличия критериев определения принципа международного права от различных источников, в которых принципы находят свое отображение.*

*Анализируется тенденция сближения основополагающих принципов международного права и конституционных принципов внутреннего права в рамках современной проблемы существования международного конститутивного (конституционного) права.*

**Ключевые слова:** *принцип международного права, обычная норма международного права, толкование норм международного права, процедура определения принципа международного права, международное конститутивное право.*

Современное состояние проблемы доктринального определения понятия принципа международного права, а именно множественность в результате субъективной формулировки дефиниции, является причиной неотложности решения проблемы выработки критериев определения наличия принципа международного права. Именно отсутствие этих критериев приводит к тому, что разные авторы выдвигают различные дефиниции и соответственно разное количество основных, среди всей совокупности, принципов международного права. Отсутствие доктринального единства в данном вопросе заставляет обратиться к поиску нормативного определения понятия принцип международного права. Однако, ни Декларация о принципах международного права 1970 г., Ни Устав ООН, не дают нормативного определения ни основных принципов, ни принципов международного права в целом. Отсутствие единого законодательного международного органа отводит главную роль в выявлении принципов международного права органам международного правосудия (далее - ОМП), тогда как доктрине принадлежит неоспоримое право разработать лучшие методики и критерии для данного процесса. Конечно, далеко не всегда доктрина совпадает с практикой, однако категоричны различия между ними крайне негативно влияют на целостность системы международного права.

Рассмотрим три основных критерия установления наличия основного принципа международного права, предложенные украинскими учеными-международниками. В частности, для того «чтобы принципы международного права не конструировались произвольно, их необходимо проверить минимум по трем основным критериям: а) юридическое содержание принципа; б) сфера применения; в) механизм применения. Отсутствие показателей хотя бы по одному из критериев является свидетельством того, что принципа не существует или он доктринальное происхождения»<sup>1</sup>.

Как известно, принципы могут существовать в форме идей, лозунгов, моральных правил, однако юридическое содержание они приобретают только как нормы международного права. Принцип - норма международного права имеет специфический характер, что отличает ее от других норм в международно-правовом массиве, а именно их основоположность, что становится критерием правомерности практики правотворчества и правоприменения и законности для других международно-правовых норм. Принцип норма международного права содержит конкретные права и обязанности субъектов международного права, иначе она теряет свой юридический характер и существует в виде идеи, функции или задачи. Итак, принципы международного права - это нормы, а не идеи или моральные постулаты, хотя как подтверждает история международного права достаточно часто принципы идеи трансформировались в принципы-нормы. В частности, в своих выводах МКТБЮ, моральные принципы

---

1 Буткевич В. Г., Мищик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. - К.: Либідь, 2002. - С.191.

человечества и общественного сознания были уточнены и конкретизированы в контексте конкретных дел, руководствуясь лучшими суждениями суд сформулировал их в качестве юридических принципов (дело Купрескич 2000 г.).

Принцип норма международного права находит свое выражение в различных источниках международного права. В соответствии со ст. 38 МС ООН следующими основными источниками являются международный договор, международный обычай и общие принципы права. «Принципы, - пишет Ф. И. Кожевников - которые не получили отражения ни в договорах, ни в обычаях, не могут считаться общими принципами»<sup>2</sup>. Нормы-принципы находят свое закрепление в международной судебной практике. В частности, Д. Самхарадзе подтверждает, что «суд может использовать свои решения как вспомогательное средство для определения правовых норм. Решение Суда является доказательством, для определения наличия или отсутствия тех или иных принципов и норм международного права»<sup>3</sup>. Вспомогательным средством исследования может быть доктрина. Хотя сама по себе она не является источником международного права, однако она служит «теперь одним из средств установления наличия или отсутствия тех или иных норм международного права, а также их толкованием»<sup>4</sup>.

Закрепление принципа международного права в международных договорах разных уровней устраняет проблему установления наличия принципа. Распространенной является практика закрепления общепризнанных принципов международного права и в региональных международных договорах. Однако, если речь идет о основополагающем принципе международного права, тогда требуется анализ на международно-обычное подтверждение согласно консультативного заключения Международного Суда ООН: «Основополагающие нормы должны соблюдаться всеми государствами независимо от того, ратифицировали они Конвенции, их определяют, потому что это неоспоримые принципы международного обычного права (ICJ Reports, 1996, § 79). Это положение Международный Суд ООН еще раз подчеркнул, когда установил, что принципы международного права остаются обязательными как обычные, несмотря на то что они были также включены в договорно-правовые постановления» (ICJ Reports, 1990, § 43)»<sup>5</sup>. Или наоборот универсальные международные договоры могут закреплять основные принципы международного права, но в силу проблемы ратификации не получают юридической

---

2 Международное право: Учебник/ Под ред. Ф.И. Кожевникова. – М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1957 –С.8.

3 Самхарадзе Д.Г. Взаимодействие источников современного международного права. Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 - М., 2005. – С.23.

4 Тункин Г.И. Теория международного права. – М.: «Международные отношения». – 1970. – С.145.

5 Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. - К.: Либідь, 2002. - С.191.

силы. Такая ситуация тоже не влияет на наличие и действенность основного принципа международного права, который может действовать как обычная норма международного права. В частности, МКТБЮ наделил юридической силой до вступления в силу (2002 г.) Римским уставом на основании того, что он был одобрен подавляющим большинством государств, было признано *opinion juris*, основываясь на соответствии принципа законности. Стоит заметить, что нередко ОМП не проводят разграничение между обычными и общими нормами и принципами международного права. Нормативная фиксация принципа международного права в международных договорах, или иначе их опозитивирование не влияет на наличие и действенность принципа международного права в других источниках международного права. В частности, современной является тенденция к снижению роли международного договора как основного источника международного права, поскольку последний не обеспечивает надлежащее правовое регулирование быстротечных реалий международной жизни, то есть не всегда соответствует требованиям международного права как «живого».

Такого же мнения придерживается и А.В. Дарда, который доказывает, что при выявлении принципов «объектами выступают договоры, вступившие либо не вступили в силу. Так, в преамбуле Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров 1978. речь идет о нормах обычного международного права, воплощенные в Венской конвенции о праве международных договоров 1969г. В таких случаях следует использовать специально юридическое толкование для выяснения круга субъектов, для которых соответствующие нормы действуют как договорные, а для каких - как обычные. Если обычная норма зафиксирована в договоре, то применяются правила толкования договора, но нередко возникает необходимость подтверждения обычной природы нормы путем толкования, характерного для обычного права»<sup>6</sup>.

Следовательно, именно обычный характер придает принципам международного права действенности, которая отвечает современным потребностям международного сообщества. Здесь стоит заметить о тесной связи рассматриваемой нами проблемы с дискуссией в международной доктрине относительно критериев наличия международного обычая. Классическое международное право выдвигает два универсальных критерия для выявления обычной нормы международного права, а именно *opinion juris* (как субъективный критерий) и международная практика (как объективный критерий). Согласно классическому определению, международная обычная норма существует там, «где прослеживается фактическая практика (*consuetude, repetitio facti*), основанная на осознании юридической обязанности (*opinion juris sive necessitatis*)<sup>7</sup>.

6 Дарда А.В. Проблемы толкования национальными судами общепризнанных принципов международного права: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. - Москва, 2003. - С. 20.

7 Верле Г. Принципы международного уголовного права: учебник/ Герхард Верле; пер. с англ. С.В. Саянина. - О: Феникс, М.: Транслит, 2011. - С.69.

Классическое видение международного обычая как источника, требует длительного формирования и подтверждения на практике, сегодня подвергается критике. В частности, подтверждение обычной нормы общепризнанной международной практикой в современной международной доктрине рассматривается как методологически неоднозначный фактор, и недостаточно убедительный по своему результату в силу осложнения всей системы международного права, ускорения развития международного права и обострение противоречий между государствами, их конкуренции и ряда других факторов. В результате отсутствия международного правотворческого органа особое место в системе источников международного права занимает обычная норма. Иногда трудно разграничить международное обычное право и общие принципы права, поскольку государства находится в постоянном развитии. Достаточно интересно видение данной проблемы А.С. Смбалян. Автор считает, что все обычные нормы можно условно разделить на три группы. «В первую входят нормы, касающиеся таких системообразующих для международного права понятий как «суверенитет», «юрисдикция», «иммунитет» и ряд других. ... Ко второй можно включить также фундаментальные для международного права нормы, касающиеся нарушений международного права. ... К третьей можно включить нормы относительно недавно сформированных отраслей и институтов международного права»<sup>8</sup>. В зависимости от того, к какой из упомянутых групп принадлежит обычная норма, автор определяет соответствующую процедуру установления её наличия. Соответственно, классическая методология без каких-либо упрощений; возможность ОМП отходить от строгой практики государств; более гибкий подход, который в большей степени основывается или на практике государств или на фактическом наличии *opinion juris*, в зависимости от конкретных обстоятельств дела. В частности, уголовные суды достаточно часто, даже при отсутствии соответствующей практики, могут формулировать стандарты в области защиты прав человека в статусе принципов. Например, МКТБЮ по делу Тадич<sup>9</sup> сформулировал ряд обычных норм и принципов не обосновывая их ни практикой государств, ни подкреплением *opinion juris*. Итак, как подтверждает практика международного правосудия, провозглашение обычно-правовой нормы-принципа как достаточно аргументированной и убедительной, даже без широкого индивидуальной практики государств или ее признание имеет место. Несмотря на обычное характер принципов международного права и поддерживая точку зрения автора, можно в каждой из названных групп обычаев выделить особые нормы-принципы, соответственно: основные принципы международного права (принципы *jus cogens*), принципы права международного права (*erga omnes*), отраслевые принципы международного

8 Смбалян А.С. Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. – М.: Статут, 2012. – С. 217.

9 Смбалян А.С. Обычные нормы международного права и общие принципы как источник судебного правотворчества // Право и политика. – 2012 – № 4 (148) . - С. 747.

права. По аналогии можно использовать авторскую методику по установлению наличия соответствующих принципов. Итак, принципы как нормы-обычаи могут проявляться по разным методикам в зависимости от места, которое конкретный принцип занимает в системе принципов международного права, чем выше ступень занимает принцип, тем сложнее процедура его определения устанавливается для ОМП.

Такая особенность или характерность методик, является следствием общего и особенного в выявлении принципов международного права и общих принципов права (согласно п. С ст. 38 Устава МС ООН). Во-первых, при установлении принципа международного права первоочередной задачей является выявление нормы международного права особого характера, основополагающей, тогда как при установлении общего принципа права, ОМП должны проявить способность к трансформации принципа в международном праве уже существующей нормы-принципа. Во-вторых, процесс установления первых двух групп принципов предусматривает установление наличия практики государств и *opinion juris*, что является общим для принципов международного права и общих принципов права. Поскольку Устав МС ООН не содержит никаких объяснений относительно методики выявления общего принципа права, они должны проявляться из конкретных правовых норм международного и национального права. Главная роль в решении этого вопроса несомненно принадлежит ОМП. Итак, по аналогии именно ОМП выводят на основании лучшего суждения при рассмотрении конкретных дел и принципы международного права, отыскивая их в различных источниках международного права. Основное значение прецедентов ОМП заключается не в решениях суда, а в аргументации, которая непосредственно влияет на развитие принципов международного права. В классической доктрине решение ОМП не считаются источниками международного права, однако последовательность решения споров на основании сформулированных ОМП принципов международного права обеспечивают стабильность международно-правового регулирования и повышают авторитет принципов как основополагающих норм международного права. Как утверждает судья Зоричич «если прецедент твердо основан на принципе, Суд не может решить аналогичный спор иным образом до тех пор, пока принцип сохраняет свое значение»<sup>10</sup>. По мнению Смбалян А.С., при выявлении принципов международного права «судьи привлекают не только общепризнанные источники права. Такое представление далеко от реальности, поскольку не учитывает сложности и многогранности правовой аргументации как многоуровневого процесса, который невозможно ограничить пределами формальных источников права. ... Более того, нормы и принципы, закрепленные в формальных источниках, не являются раз и навсегда определенными - они могут объектом толкования независимо от степени их определенности

---

10 ICJ Reports 1950. – P. 104.

и четкости формулировок»<sup>11</sup>. Автор считает правосудие непрерывным процессом «кристаллизации» принципов в качестве постоянного переосмысления того, что есть право.

В доктрине и практике как правило, не различают понятия основных принципов и принципов международного права и чаще всего имеется в виду понятие именно основных принципов международного права и рассматриваются их основные характерные черты. Единого мнения относительно этих признаков в доктрине международного права также нет. Наиболее дискуссионными являются императивность и универсальность основных принципов. Дискуссионность именно общих принципов международного права получила широкое доктринальное исследование, поскольку именно они имеют основополагающее значение для правового регулирования отношений между субъектами международного права, т.е. отношений совсем другого уровня правового регулирования, которое выходит за пределы национальных правовых систем. Если рассмотреть систему международного права, то основные доктринальные исследования посвящаются именно основным принципам международного права, то есть принципам общего международного права. По нашему мнению, общим международным правом является система норм, регулирующих отношения по взаимодействию, взаимовлиянию национальных правовых систем на основе общих принципов международного права. В национальной правовой системе доктринально выделяют общие принципы права, а нормативное закрепление основных принципов национально-правовой системы происходит на уровне конституционного права, где закрепляются основные принципы права, основные принципы национальных отраслей права и в большинстве случаев основные принципы международного права. Анализируя системы принципов на национальном и международном уровнях, можно проследить преимущественное совпадение по основным их составляющим. Обе системы принципов базируются на общечеловеческих принципах права и их ядром является основополагающие принципы международного права, как координаторы взаимодействия национальных правовых систем в целом. Особыми для каждой из систем принципов является наличие специальных (отраслевых) принципов. В отличие от национальной системы права, где основополагающие принципы как правило кодифицируются в конституционных актах государства, международное право не имеет такой отрасли или кодификации в силу отсутствия единого законодательного международного органа.

По мнению Сафроновой А.В.<sup>12</sup>, основные принципы международного права образуют отдельную отрасль науки - конститутивное международное право, или привычное для нас общее международное право. Автор обосновывает

11 Смбалян А.С. Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. – М.: Статут, 2012. – С. 258.

12 Сафронова Е.В. Международное публичное право: теоретические проблемы: Монография. – М.: РИОР: ИНФРА-М, 2013. – С. 117-118

данный тезис наличием особых предмета и метода, функций данной отрасли. Такое мнение не является одиночной в современной доктрине международного права, и даже больше, существуют сторонники существования отдельной учебной дисциплины международного конституционного права. Так, по мнению Обердорфера Л. «факт насыщения международного права национального конституционного законодательства (права человека, демократия, верховенство права и федерализм)»<sup>13</sup> подтверждает, что конституционные принципы как бы взламывают исключительную сферу государства. По мнению автора международного конституционного права - это вертикальный срез (сравнительное конституционное право - горизонтальный), который соединяет конституционное право региональное, интеграционное и международное.

По нашему мнению, выделение общих принципов международного права в отдельную отрасль сужает их влияние по отраслевым отношениям и лишает их основной черты - обращение к системности международного права. В частности, сомнительным выглядит императивный метод данной отрасли, поскольку императивность всех основных принципов является также дискуссионным моментом (в частности, принцип нерушимости государственных границ), императивность как признак основных принципов приводит к сужению количества основных принципов международного права. Кроме того, императивный метод присущ и другим отраслям международно-правового регулирования. Сомнительным выглядит и предмет предложенной отрасли - «основополагающие межгосударственные отношения, направленные на обеспечение международного мира, безопасности и стабильности». Такие отношения являются предметом права международной безопасности, международного гуманитарного права, а стабильности отношений требуется во всех отраслях международного права. Каждая норма международного права (а принцип здесь не является исключением) имеет свою конкретную сферу применения, свой конкретный объект правового регулирования - конкретные международные, точнее, межгосударственные отношения. Принцип не может регулировать отношения в общем или систему отношений. Для урегулирования системы международных отношений мало возможностей системы принципов международного права.

Что касается кодификации основных принципов международного права, то как видно, положительная фиксация принципов никоим образом не умаляет роли тех принципов, которые не имеют нормативной фиксации в международных договорах. Принципы, как явление «живого» международного права нуждаются в «мягкой» фиксации, которая предоставляла бы международно-правовому регулированию гибкости и соответствия современным реалиям

---

13 Обердорф Л. Транснационализация права, переходный конституционализм и международное право. Реферат // Международное публичное право: Современные исследования: Сб. обзоров и реф. / РАН. ИНИОН. Центр социал. науч.-информ. исслед.; Отд. правопедения; Отв. ред. Алферова Е.В. - М., 2012. - С. 109



международного сосуществования. Именно поэтому обычная форма более соответствует природе принципов международного права.

Важно, наоборот выделять отдельную систему принципов, которая бы включала и основные принципы международного права и отраслевые, институциональные и общепризнанные принципы права, которые в целостном единстве кристаллизовали базис и надстройку, скелет международного права, как системного явления.

Если национальное конституционное право - это основополагающие нормы и принципы конкретной национально-правовой системы, то по аналогии конститутивное международное право должно закреплять и основные принципы отраслей международного права. Однако, стоит обратить внимание на прогрессивное развитие и фрагментацию международного права, которые вряд ли положительно повлияют на так называемое конститутивное международное право. По нашему мнению, особым заданием основных принципов международного права является обеспечение международной правомерности всех норм международного права и взаимодействия национально-правовых систем на международном уровне. В любом случае безоговорочным остается факт сближения на современном этапе основополагающих принципов международного права и конституционных принципов внутреннего права на основе общечеловеческих принципов. Основоположность принципов международного права предусматривает также особую их роль и в формировании отраслей и всей системы международного права. Исторически именно принципы международного права стали центром и первоосновой для формирования целой системы современного международного права, начиная от основополагающего принципа, как первоосновы для формирования института (принцип территориальной целостности в институте государственной территории), далее области международного права (принципы иммунитетов в дипломатическом праве), и в конечном счете именно принципы стали основополагающими для формирования целостной системы, базисом которой стали основополагающие ее принципы.

Поскольку определение принципа, как особой нормы, изобретенное человечеством, в целом не требует каких доктринальных новшеств, то международникам отводится роль формулировки понятия основных принципов международного права, как регуляторов межсистемных (национально-правовых систем) отношений, которое будет повторяться и при определении специальных принципов международного права с замечанием на сферу их действия (отрасль, институт, региональный или наднациональный характер).

Итак, на основании проведенного исследования можно предложить четыре основных критерия определения наличия принципа международного права, а именно нормативность, как критерий правовой природы особой нормы-принципа международного права; обычность, как критерий происхождения принципу; общеобязательность, как критерий юридической силы принципа

международного права; основоположность, как системообразующий критерий. Только при наличии всех четырех критериев норма может быть признана как принцип международного публичного права.

Такие критерии, хотя и являются авторским видением, однако могут быть обоснованы и доказаны учитывая эволюцию самого международного права, если разместить их в определенной исторической последовательности. У самых истоков международного права стоит именно обычай, поэтому основополагающие принципы имеют обычно-правовую природу, поскольку также берут свои истоки еще в догосударственном периоде становления международного права в виде основополагающих идей регулирования первобытных международных отношений, а вся история международного права является непрерывным процессом кристаллизации его принципов, как постоянное переосмысление того, что есть международное право. Итак, на первом этапе принципам становится присущим критерий происхождения. Общественная необходимость таких идей требует их нормативного оформления в виде прав и обязанностей субъектов и их фиксации в виде нормы права, соответственно на втором этапе эволюции принципы подпадают под критерий нормативности, который служит основой для разграничения нормы-принципа от идей, морали, лозунгов. Целесообразность и эффективность норм-принципов становится причиной распространения и признания таких норм широким кругом субъектов международного права, а соответственно получения ими обязательного характера, являющиеся основой критерия юридической силы. В период становления общего международного права такие критерии стали основой для получения нормами-принципами признаков основоположности и формулирование системообразующего критерия. Четыре этапа - критерии определения существования принципа можно проследить на примере эволюции принципа *pacta sunt servanda* как древнейшего основополагающего принципа международного права. На первом этапе *pacta sunt servanda* существует в виде идеи мирного сосуществования тогдашних сообществ, который трансформируется в норму, которая фиксируется в двусторонних международных отношениях. На третьем этапе принцип *pacta sunt servanda* получает повсеместное признание в различных регионах мира, а признак основоположности предаёт ему системообразующий критерий, вследствие признания его основополагающим принципом современного международного права.

# УЧАСТИЕ ОРГАНОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВОСУДИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВОТВОРЧЕСТВЕ СОГЛАСНО КОНЦЕПЦИИ «ЖИВОГО» ПРАВА

**Алёна Захаровна МАНЫК**, ассистент кафедры Европейского права и сравнительного правоведения Черновицкого национального университета имени Юрия Федьковича

## *THE PARTICIPATION OF INTERNATIONAL JUDICIAL BODIES IN INTERNATIONAL LAW-MAKING PROCESS UNDER THE CONCEPT OF “LIVING” LAW*

*The article is devoted to the urgent problem of international law-making. The problem of law-making of international “living” law is closely linked to the actual problem of the subject’s composition of modern international relations. Today on the international scene more and more active participants become international justice authorities which are directly involved in law-making and law-enforcement during the implementation of their own international legal personality instead states as the primary subject of international law. Moving of the main function in law-making of the international law from the states to international justice authorities is caused by the needs of the subjects in specific international relationships that require from modern international law rapid adoption of laws, quality of response on urgent needs and effectiveness of their enforcement. According to the changes in the subject’s composition of law-making, there are also changes in the enforcement process, which are characterized in a “living” international law by a higher percent of efficiency compared with the classic law-enforcement on the basis of positive law.*

**Keywords:** law-making, decision, international justice authorities, interpretation, “living” law, international law.

*Статья посвящена актуальной проблеме международного правотворчества. Проблема правотворчества международного «живого» права тесно связана с актуальной проблемой субъектного состава современных международных отношений. Сегодня на международной арене все более активными участниками становятся не государства, как первичный субъект международного права, а органы международного правосудия, которые непосредственно участвуют в правотворчестве и правоприменении при реализации своей международной правосубъектности. Переход основной функции в правотворчестве норм международного права от государств к органам международного правосудия вызвано потребностями самих субъектов конкретных международных правоотношений, которые требуют от современных норм международного права скорости принятия, качества реагирования на неотложные нужды, и эффективности их правоприменения.*

**Ключевые слова:** правотворчество, решение, органы международного правосудия, толкование, «живое» право, международное право.

Одной из теоретических проблем современного международного права, которому присущи много споров и нерешенных вопросов как теоретического, так и практического характера, является неопределенность условий и составляющих процесса международного правотворчества. Международное право в соответствии концепции «живого» права создается и реализуется в реальных международно-правовых отношениях их же участниками. Проблема правотворчества международного «живого» права тесно связана с актуальной проблемой субъектного состава современных международных отношений. Как известно, сегодня на международной арене все более активными участниками становятся не государства, как первичный субъект международного права, а международные организации, транснациональные компании, органы международного правосудия и ряд других, которые непосредственно участвуют в правотворчестве и правоприменении при реализации своей международной правосубъектности. Расширение круга субъектов международных правоотношений объективно становится причиной расширения круга субъектов международного правотворчества и в соответствии приобретения качественно новых признаков – «живого» права классическими источниками международного права и появления новых форм выражения норм международно-правового регулирования. Государства больше не стоят «в центре всей регулирующей системы международных отношений»<sup>1</sup>, поскольку у них уже нет исключительного права нормотворчества. В связи с этим, необходима переоценка привычных и, казалось бы, незыблемых основ международного правотворчества.

Сегодня в международно-правовой науке и практике перечень источников международного права остается дискуссионным, что объясняется тем, что международному нормативно-правовому полю, к сожалению, не хватает документа, который четко определил бы источники международного права, а закрепленный в ст. 38 Статута МС ООН – единственный нормативный перечень источников – давно уже нуждается в перезагрузке, в том числе и переоценке, переосмыслении иерархии источников международного права. По мнению И.И. Лукашука, нет ничего удивительного в том, что ст. 38 Устава подвергается критике. Это связано с тем, что «положения данной статьи были сформулированы еще после Первой мировой войны для Постоянной палаты международного правосудия»<sup>2</sup>, когда международное право развивалось исключительно как позитивное право, ведь позитивистские взгляды в то время преобладали в доктрине международного права.

Учитывая динамику развития международного права, в международно-правовой практике нередко возникает вопрос и о других источниках: резолю-

---

1 Лукашук И.И. Суверенная власть государства в механизме международно-правового регулирования / И.И. Лукашук // Советский ежегодник международного права, 1977. – М.: Наука, 1979. – С. 135

2 Лукашук И.И. Международное право : Учебник : Общая часть / И.И. Лукашук. – М. : БЕК, 1996. – С. 8.

ции международных организаций и конференций; решения международных судебных учреждений; нормы «мягкого» права, односторонние акты и другие акты. Говоря о перечне источников международного права, хотелось бы отметить, что несмотря на классический научный подход, согласно которому основными источниками международного права признаются международный договор и международный обычай, современная международно-правовая научная доктрина уже давно вышла за пределы существования двух основных источников международного права и наделяет чертами источники права самые внешние формы его выражения. Выход за пределы классического международного правотворчества в рамках «международный договор – международный обычай», классическими субъектами создания которых признавались государства, свидетельствует о новом этапе в международном правотворчестве с участием большого количества негосударственных субъектов.

Переход основной функции в правотворчестве норм международного права от государств к другим субъектам вызван потребностями самих субъектов конкретных международных правоотношений, которые требуют от современных норм международного права скорости принятия, качества реагирования на неотложные нужды, и эффективности их правоприменения. Именно такими признаками, как будет доказано ниже, наделены нормы «живого» международного права.

Бесспорно, что именно органам международного правосудия принадлежит главная роль в наделении чертами «живого» права классических источников международного права. Решение органов международного правосудия, постепенно становятся неизменным инструментом регулирования международных отношений и развития права. Такое видение есть почти абсолютным в доктрине международного права, в частности, И. Тункин указывает, что «решение Международного Суда входят в процесс нормотворчества как часть международной практики в том, что касается констатации наличия норм международного права или их толкования»<sup>3</sup>. Исследователь Д. Претап относительно международного права приходит к выводу, что международный суд занимается правотворчеством даже в случае детализации и конкретизации правовых норм и принципов международного права. С этим также связана специфика принятия международных договоров и внесения изменений в них, поскольку «специфическая законодательная деятельность с обязывающим эффектом вряд ли возможна в международном праве, судебное провозглашение наличия одной или другой ситуации составляет важный метод, благодаря которому право получает свою конкретизацию и развитие».

При оценке роли органов международного правосудия в процессе международного правотворчества следует учитывать, что обоснование правотворческой функции органов международного правосудия достаточно сложное, тем не

---

3 Тункин Г.И. Теория международного права / Г.И. Тункин. – М. : Зерцало, 2000. – С. 163.

менее, последствия принятия судьями новаторских решений с их последующим широким признанием со стороны субъектов международного права, указывают на то, что правотворческая функция является неотъемлемым признаком и обязательным условием осуществления международного правосудия. Решения органов международного правосудия не только отражают практику государств в рассматриваемых сферах, не просто являются «актом подтверждения существования правовой нормы»<sup>4</sup>, но и принимают непосредственное участие в процессе ее формирования.

Судья Международного суда Х. Лаутерпахт, вклад которого в развитие доктрины международного судебного правотворчества<sup>5</sup> трудно переоценить, четко обосновывает, что «при толковании и применении конкретных норм права Суд не действует в качестве механической машины, которая полностью оторвана от социальных и политических реалий международного сообщества. В любом случае он применяет творческий подход, опираясь на всю полноту международного права и потребностей международного сообщества ... поскольку судебная деятельность является ничем иным, как законотворчество *in concreto*...»<sup>6</sup>.

Судебное правотворчество всегда осуществлялось в рамках международного правосудия и возможно только в связи с рассмотрением конкретных споров. Последнее является принципиальным отличием от правотворчества законодательных органов, для которых правотворчество является основным видом деятельности. Соответственно, органы международного правосудия не занимаются правотворчеством при рассмотрении каждого дела. Необходимость в правотворчестве возникает только после оценки объективной необходимости в правовом регулировании. Органы международного правосудия прибегают к правотворчеству в ситуациях, когда, например, действующие правовые нормы устарели и существует необходимость их адаптации к изменившимся условиям международной жизни, или когда с целью урегулирования спора необходимо заполнить пробел в праве, или же когда правовая норма или принцип носят слишком абстрактный характер и в целях урегулирования спора необходима их конкретизация для применения в соответствующих фактических обстоятельствах, которые рассматриваются.

Правотворчество органов международного правосудия может проявляться в изменении существующих и создании новых правовых норм, принципов, доктрин, презумпции. Оно вносит в действующее международное право но-

---

4 Каламкарян Р.А. Роль доктрин наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в формировании современного международного права / Р.А. Каламкарян // Государство и право. 2006. – № 6. – С. 75

5 Lauterpacht H. The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice (Longmans, Green and Co. London, 1934); Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court (Stevens and sons Limited, 1958)

6 Lauterpacht H. The Function of Law in the International Community / Lauterpacht H. // Oxford: Clarendon Press, 1933. – P. 319-320

визну, которая соответствует реалиям международных отношений и отвечает интересам его субъектов. Органы международного правосудия своими решениями или дают импульс для формирования, или вообще завершают процесс формирования обычно-правовых норм и общих принципов права.

Судебное правотворчество является ярким примером тесной взаимосвязи создания и применения международного права, ведь учитывая то, что «большинство многосторонних договоров – и почти все те, которые признаны как «правопорождающие», - вместо ясных поведенческих указаний устанавливают широкие стандарты и процедуры, обеспечивая возможность продолжения переговоров даже в период после вступления договора в силу. Такие стандарты передают полномочия принятия решения от законодателей («Государств») к органам и лицам, которые играют главную роль в соответствующем правоприменительном институте»<sup>7</sup>. Итак, в процессе применения уже существующих норм международных договоров органы международного правосудия в процессе эволюционного их толкования надают своим решением им признаков «живого» международного права.

Сегодня наблюдается рост авторитета решений и консультативных заключений МС ООН как средств толкования не только устава ООН, но и общих норм международного права, включая и основные принципы международного права. В качестве подтверждения можно назвать существенное уточнение положения Устава об индивидуальной и коллективной самообороне и как результат – уточнение содержания принципа неприменения силы<sup>8</sup>.

Кроме того, решения международных судебных учреждений приобретают характер правотворческих в процессе заполнения пробелов в праве, это объясняется тем, что при осуществлении такой деятельности суды очень часто прибегают к применению динамической интерпретации международного права, главной задачей которой признается «общее развитие права и общества»<sup>9</sup>. Именно при применении такого вида интерпретации право понимается как «живой» инструмент, толкуется в динамике развития, иначе говоря, при таком виде толкования допускается более широкое, отличное от начальных предписаний, разъяснение международных норм для установления фактического содержания нормы, которое бы соответствовало потребностям конкретного момента развития международных отношений. Как подтверждение, можно привести мнение одного из западных ученых, который говорит о том, что «судьи и судебные решения ... образуют право ... Они образуют право в пол-

7 Koskeniemi M. International Legislation Today: Limits and Possibilities. [Электронный ресурс] Wisconsin International Law Journal. – Vol. 23. – № 1 (61-92). – P. 79. – Режим доступа: <http://hosted.law.wisc.edu/wordpress/wilj/files/2012/02/allot.pdf>).

8 Решение 1986 г. по делу «Никарагуа против США» [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/en/case/70>

9 Лукашук И. И. Современное право международных договоров. Т. 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук. – М. : Wolters Kluwer Russia, 2004. – С. 468.

ном смысле этого слова ... изменяя и формируя право. Суды образуют право по очень простой причине: правовая система должна отвечать двум, иногда конкурирующим, параметрам: правовой определенности и возможности реагировать на социальные изменения. Как таковые, суды должны одновременно гарантировать правовую определенность, предоставляя постоянную систему результатов за их решение, то есть приходиться к тем же выводам благодаря тому же набору фактов, но и в то же время быть открытыми к социальным обстоятельствам, которые могут делать их судебную практику устаревшей. Как следствие, суды должны формировать и изменять право, поскольку среда, в которой они действуют, также претерпевает изменения»<sup>10</sup>.

Потребность в судебном правотворчестве особенно велика в случаях, когда органы международного правосудия образуются в сферах, где раньше не было механизма урегулирования споров, или такой орган создается одновременно с согласованием государствами нового договорно-правового режима. Именно эту роль выполняли третейские группы, которые рассматривали споры в рамках ГАТТ. Судебное правотворчество в рамках ГАТТ/ВТО выражается в выработке и применении процессуальных принципов, а также создании предпосылок для развития нового направления в правовом регулировании международной торговли, подтверждает все многообразие методов судебного правотворчества. Члены третейских групп и арбитры Апелляционного органа при осуществлении международного правосудия вносят большой вклад в развитие права ВТО, а нередко и международного публичного права. С помощью правотворчества они уточняют и раскрывают содержание норм и принципов международной торговли, предлагают новые концепции и доктрины, с помощью эволюционного толкования адаптируют нормы ВТО к изменившимся условиям международной жизни. Изложенная в решениях аргументация со временем становится неотъемлемой частью права ВТО. И именно в мотивировочной части принимаемых решений, формируются концепции и доктрины, предоставляют ранее принятым договоренностям нюансов нового значения. По своей роли и масштабе судебное правотворчество в рамках ГАТТ/ВТО приравнивается к правотворчеству международных уголовных трибуналов, значение правотворчества которых трудно переоценить (особенно это касается Международного трибунала по бывшей Югославии (далее – МТБЮ)). Основное значение решений уголовных трибуналов состоит в том, что они способствуют беспрецедентному развитию международного уголовного права. Благодаря деятельности трибуналов много ключевых понятий Женевских конвенций были адаптированы к изменившимся условиям международной жизни и потребностям международного сообщества.

---

10 Ajevski M. Judicial Law-making in International Criminal law – The Legitimacy Conundrum [Text] / Marjan Ajevski // Select Proceedings of the European Society of International Law. – 2010. – Vol. 3. – P. 127-141. – Oxford: Hart Publishing, 2012. –418 p.



Правотворчество стало одной из основных или, по меньшей мере, неотъемлемой характеристикой деятельности МТБЮ. Фактически суд своей деятельностью дал столь необходимый импульс для развития международного уголовного права. В эту сферу МТБЮ сделал уникальный вклад, несмотря на то, насколько противоречивыми ни были политические оценки его деятельности.

Так, МТБЮ предоставил высокое юридическое значение Римскому уставу еще до вступления его в силу на том основании, что он был одобрен «большим количеством государств и может рассматриваться как выражение правовой позиции, то есть *opinion juris*»<sup>11</sup>, подтвердив тем самым аналогичный вывод, сделанный по делу Прокурор против Анто Фурундзия, который, как и решение по делу Тадича, содержит ряд важных выводов в контексте развития международного гуманитарного права.

Хочется указать и на тот момент, что решения, которые наделены правотворческим характером, присущи и другим органам международного правосудия, среди которых можно назвать Суд ЕС, Экономический Суд СНГ, решение которых могут включать правовые позиции, носящие общий характер и даже могут стать толчком для формирования целых отраслей.

Попытки ограничения правотворческих функций органов международного правосудия, если не обречены с самого начала, то во всяком случае весьма условны по своей эффективности. Это прежде всего связано с тем, что правотворчество неотделимо от правоприменения в процессе осуществления международного правосудия. Какими бы жесткими ни были формулировки определяющие, какие нормы необходимо применять международным судам, буквальное следование таким правилам свело бы правосудие на нет, превратив судей в «автоматические машины правосудия». Р. Паунд придерживался точки зрения, согласно которой «задача суда – обеспечить жизнеспособность любого принципа не с помощью выводов на основе его норм, не прикидываясь неким «бессмертным» героем, а путем тщательного выполнения менее амбициозной, но более полезной задачи, которая отвечает требованиям реального времени, осмысленного применения данного принципа в конкретном деле, достигая реального и справедливого результата»<sup>12</sup>. И, как показывает практика, большинство органов международного правосудия разделяют такой подход.

Фактически органы международного правосудия являются платформами прогрессивного развития международного публичного права. Органы международного правосудия получили и постепенно увеличивают авторитет интеллектуальных центров, которые генерируют новаторские идеи и подходы. Через призму решений органов международного правосудия подходы, которые

11 Смбалян А.С. Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. / А.С. Смбалян – М.: Статут, 2012. – С. 249 : див. першоджерело : Prosecutor v. Dusko Tadic. IT-94-1 (Judgment of July 1999). Para 223.

12 Pound R. Mechanical jurisprudence / R. Pound // Columbia Law Review (1908) 8 (605-623). – P. 622.

считаются классическими, представленные в совершенно новом свете. Объединенные органами международного правосудия в плодотворных дискуссиях, усилия ученых, практиков, представителей судейского сообщества и международных организаций способствуют отказе от стереотипов и, в конечном итоге, развитию международного права. Нормотворческая деятельность сформировала важную функцию органов международного правосудия по сверке действующих норм международного права с реалиями международных отношений.

Обобщая все вышеизложенное, можно сделать вывод и о том, что на сегодняшний день в процессе международного нормотворчества с позиции понимания международного права как «живого» права, рядом с государствами активными участниками нормотворческого процесса в международном праве выступают также международные судебные учреждения, осуществляющие непосредственное влияние на развитие и формирование норм международного права. Причем такое воздействие осуществляется не в силу самого факта существования таких учреждений, а благодаря их деятельности, то есть речь идет о создании новых норм международного права в процессе принятия решений, запретов, постановлений и т.п., то есть через их правоприменительную деятельность. Практика международных судов иногда может иметь даже решающее влияние на понимание, возникновение и толкование международно-правовых норм, именно это влечет за собой признание за такой практикой характера действенного источника международного права. Как справедливо отмечал Л. Оппенгейм<sup>13</sup>, решения международных судей хотя и не являются прямым источником права, однако именно международные суды эффективно выполняют большую часть задачи развития международного права. Именно поэтому, мы солидарны с мнением П. Маланчука, который указывает, что «верным будет утверждение, что международные суды способны творить новое право»<sup>14</sup>.

Особенности международного правотворчества международными судебными учреждениями дают основания утверждать о необходимости перезагрузки нормативного содержания ст. 38 Статута МС ООН относительно качественного наполнения современных источников международного права, в том числе и их иерархии в процессе правоприменения. Современные тенденции в правотворчестве все больше подтверждают, что международное право глобального сообщества является «живым», а естественно-правовое видение международно-правового регулирования, которое является доминирующим в современном международном праве, должно соответствовать или хотя бы не отрицаться положительным международным правом.

---

13 Оппенгейм Л. Международное право. Т. 1: Полут. 1: Пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом / Л. Оппенгейм / Под ред. и с предисл. С.Б. Крылова. – М.: Издательство иностранной литературы, 1948. – С. 38.

14 P. Malanczuk. Akehurst's modern introduction to international law / P. Malanczuk, M.B. Akehurst – New York : Routledge, 1997. – P. 51.

DREPT PUBLIC

PUBLIC LAW



# REGLEMENTAREA CONSTITUȚIONALĂ A RAPOARTELOR STATELOR MEMBRE CU UNIUNEA EUROPEANĂ

Serghei ȚURCAN, doctor în drept, conferențiar universitar, ULIM

## ***THE CONSTITUTIONAL REGULATION OF THE MEMBER STATES RELATIONS WITH THE EUROPEAN UNION***

*The constitutional provisions of the member states of the European Union regulating the relations on: accession, delegation of powers, the establishment and activity of European institutions, application of the European Union law in the national legislation, and the rights of citizens of the member states deriving from the possession of European citizenship have been analyzed.*

**Keywords:** *Constitution, European Union, sovereignty, state, delegation of competencies, Parliament, Government, international treaty.*

*Sunt analizate prevederile constituționale ale statelor membre ale Uniunii Europene care reglementează relațiile privind: aderarea, delegarea de competențe, formarea și funcționarea instituțiilor europene, aplicarea dreptului Uniunii Europene în legislația națională, drepturile cetățenilor statelor membre care decurg din deținerea cetățeniei europene.*

**Cuvinte cheie:** *Constituție, Uniunea Europeană, suveranitate, stat, delegare de competență, Parlament, Guvern, tratat internațional.*

Orientarea Republicii Moldova spre spațiul valoric democratic european este un element definitoriu al identității constituționale a Republicii Moldova, bazându-se pe valorile constituționale fundamentale, unanim recunoscute și protejate, cum ar fi democrația, statul de drept, respectarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului<sup>1</sup>.

Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene, semnat la 13.12.2007<sup>2</sup>, recunoaște

1 A se vedea: Hotărârea Curții Constituționale nr. 24 din 09.10.2014 privind controlul constituționalității 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, și a Legii nr. 122 din 02.07.2014 pentru ratificarea Acordului de Asociere. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 333-338 din 07.11.2014, § 121, 122, 163, 164. <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=355322>

2 Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene din 13.12.2007 (2007/C 306/01). [www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/ro\\_lisbon\\_treaty.pdf](http://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/ro_lisbon_treaty.pdf)

că din moștenirea culturală, religioasă și umanistă a Europei s-au dezvoltat valorile universale care constituie drepturile inviolabile și inalienabile ale persoanei, precum și libertatea, democrația, egalitatea și statul de drept. Tratatul a introdus un nou articol „1 a” care proclamă că Uniunea se întemeiază pe valorile respectării demnității umane, libertății, democrației, egalității, statului drept, precum și pe respectarea drepturilor omului, inclusiv a drepturilor persoanelor care aparțin de minorităților. Aceste valori sunt comune statelor membre într-o societate caracterizată prin pluralism, nediscriminare, toleranță, justiție, solidaritate și egalitate între femei și bărbați<sup>3</sup>.

Curtea Constituțională în hotărârea nr. 24 din 09.10.2014 a constatat că Acordul de Asociere promovează asocierea politică și integrarea economică între Republica Moldova și Uniunea Europeană pe baza unor valori comune, astfel scopul și obiectivele Acordului fiind în deplină armonie cu prevederile art. 1 alin. (3) din Constituție, conform căruia Republica Moldova este un stat de drept, democratic, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile lui, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme și sînt garantate<sup>4</sup>.

Reieșind din obiectivul strategic al Republicii Moldova de integrare europeană, prezintă un interes deosebit analiza prevederilor constituționale ale statelor membre ale Uniunii Europene ce consacră procedura de aderare la această uniune, modul de delegare a competențelor, modul de aplicare a dreptului Uniunii Europene în legislația națională și alte aspecte ce reglementează relațiile dintre Uniunea Europeană și statele membre.

Analizând prevederile constituționale ale statelor membre privind raporturile cu Uniunea Europeană, putem constata următoarele:

1. Dacă Constituțiile unor state membre cuprind titluri sau articole distincte dedicate raporturilor cu Uniunea Europeană (spre exemplu, Franța, Croația, România, Slovenia) **Constituțiile altor state membre nu conțin prevederi privind Uniunea Europeană**. Astfel, spre exemplu, în **Estonia** procedura privind organizarea relațiilor cu alte state precum și cu organizațiile internaționale este prevăzută de lege<sup>5</sup>.

2. **Prevederile constituționale ale statelor membre privind procedura de aderare la Uniunea Europeană**. Din punct de vedere juridic, aderarea la Uniunea Europeană presupune ratificarea mai multor tratate internaționale, generic denumite tratatele constitutive ale Uniunii Europene, iar din punct de vedere tehnic, aderarea la o organizație internațională este operațiunea juridică prin care un stat negociază cu celelalte state membre ale organizației condițiile în care se poate manifesta ca

---

3 A se vedea în acest sens: Țurcan S. Valorile constituționale ale Republicii Moldova în raport cu valorile Uniunii Europene. În: Materialele conferinței științifice „Știința juridică autohtonă prin prisma valorilor și tradițiilor europene”, Chișinău: ULIM, 2015, p. 25-32.

4 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>

5 Art. 120 din Constituția Republicii Estoniene din 28 iunie 1992.

membru al respectivei organizații<sup>6</sup>. Astfel, în **Croația** Constituția reglementează procedura de asociere a Republicii Croația în diverse alianțe cu alte state, inclusiv de aderare la Uniunea Europeană<sup>7</sup>. Inițiativa aderării poate veni de la cel puțin o treime dintre deputați, de la Președintele Republicii și de la Guvern. Orice asociere trebuie hotărâtă în primul rând de către Parlament cu o majoritate de două treimi din numărul total al deputaților. Ulterior, în termen de 30 de zile, se convoacă un referendum național, în cadrul căruia decizia de aderare se adoptă cu majoritatea voturilor cetățenilor cu drept de vot. Menționăm faptul că aceste prevederi sunt valabile și pentru procedura părăsirii asocierii de către Republica Croația.

Remarcăm faptul că art. 142, alin. (2) al Constituției Croației *interzice* inițierea oricărei proceduri de asociere în cadrul unor alianțe cu alte state, dacă o astfel de asociere duce sau ar putea duce la o reînnoire a unei comunități a statelor slave din sud sau la orice altă formă de stat balcanic.

Aderarea **Letoniei** la Uniunea Europeană este posibilă doar printr-o hotărâre adoptată în cadrul unui referendum național inițiat de către Parlament. Respectivul referendum este valabil dacă numărul votanților reprezintă cel puțin jumătate din numărul alegătorilor care au participat la alegerile parlamentare anterioare. Decizia va fi adoptată dacă majoritatea participanților la referendum au votat în favoarea aderării<sup>8</sup>.

Remarcăm faptul că în **Muntelegru**, stat care de asemenea a proclamat dorința de integrare europeană, în conformitate cu prevederile constituționale, *Parlamentul va stabili procedura aderării la Uniunea Europeană*<sup>9</sup>.

**3. Reglementarea modului de delegare a competențelor.** De la bun început remarcăm faptul că delegarea anumitor competențe ale autorităților publice instituțiilor internaționale sau exercitarea în comun cu alte state a unor competențe specifice suveranității de stat, nu presupune renunțarea la suveranitate sau limitarea acesteia, dar constituie garanții instituționale pentru îndeplinirea obligațiilor ce decurg din statutul de stat membru al Uniunii Europene. Contează că această delegare să corespundă prevederilor constituționale și în acest proces să fie antrenat poporul ca deținător al suveranității și/sau Parlamentul ca organ reprezentativ suprem al poporului, în ultimul caz fiind necesar un vot calificat al autorității legislative (2/3, 3/5 sau chiar 5/6 din numărul deputaților aleși).

Astfel, în scopul instituirii unei Europe unite, care promovează principiile democratice, sociale și federale, statul de drept, principiului subsidiarității și protecția drepturilor fundamentale, **Republica Federală Germania** participă la dezvoltarea Uniunii Europene și poate transfera prin lege atribuții suverane cu votul a două treimi din membrii Bundestagului și cu votul a două treimi din membrii Bundesratului<sup>10</sup>.

6 A se vedea: Muraru I., Tănăsescu E. S. Constituția României. Comentariu pe articole. București: C. H. Beck, 2008, p. 1430-1431.

7 A se vedea art. 142, 143 din Constituția Republicii Croația din 22 decembrie 1990.

8 Art. 68, alin. (3), art. 79 din Constituția Republicii Letonia din 15 februarie 1922.

9 Art. 15, alin. (3) din Constituția Muntelegru din 19 octombrie 2007.

10 Art. 23, alin. (1), art. 79, alin. (2) din Legea Fundamentală a RFG din 23 mai 1949.

Aderarea **României** la tratatele constitutive ale Uniunii Europene, în scopul transferării unor atribuții către instituțiile comunitare, precum și al exercitării în comun cu celelalte state membre a competențelor prevăzute în aceste tratate, se face prin lege adoptată în ședința comună a Camerei Deputaților și Senatului, cu o majoritate de *două treimi* din numărul deputaților și senatorilor<sup>11</sup>. În doctrină s-a remarcat că în ordinea juridică internă, actul juridic prin care România aderă la Uniunea Europeană (legea de ratificare) are forță juridică inferioară Constituției și legilor constituționale, dar superioară legilor organice și ordinare<sup>12</sup>.

În **Olanda** competențe legislative, executive și judecătorești pot fi conferite instituțiilor internaționale prin tratat, care poate fi ratificat de Camerele Parlamentului cu votul a cel puțin *două treimi* din membrii<sup>13</sup>.

În **Finlanda** tratatele internaționale care prevăd transfer de autoritate către Uniunea Europeană, cu o importanță deosebită în privința suveranității Finlandei, vor fi ratificate cu cel puțin *două treimi* din numărul voturilor deputaților aleși<sup>14</sup>.

Conform prevederilor constituționale, **Croația** poate conferi instituțiilor Uniunii Europene competențele necesare în vederea exercitării drepturilor și a îndeplinirii obligațiilor care decurg din calitatea de membru<sup>15</sup>. Ratificarea unor asemenea tratate internaționale, care acordă organizațiilor sau alianțelor internaționale competențe derivate din Constituție, se va face de către Parlamentul cu o majoritate de *două treimi* din numărul total al deputaților.

În vederea participării la Uniunea Europeană în calitate de stat membru, **Un-garia** poate exercita împreună cu alte state membre, prin intermediul instituțiilor Uniunii Europene, unele dintre competențele sale prevăzute în Constituție, în baza unui tratat internațional, în măsura necesară în vederea exercitării drepturilor și a îndeplinirii obligațiilor apărute în baza tratatelor de instituire. Ratificarea unui asemenea tratat internațional se va face cu votul a cel puțin *două treimi* din membrii Adunării Naționale<sup>16</sup>.

În baza unui tratat ratificat de Adunarea Națională cu votul a *două treimi* din deputați, **Slovenia** poate transfera exercitarea unei părți a drepturilor sale suverane unor organizații internaționale care are la bază respectarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, a democrației și a principiilor statului de drept și poate încheia o alianță defensivă cu diferite state care au ca fundament respectarea acestor valori. Înaintea ratificării unui asemenea tratat, Adunarea Națională poate convoca un *referendum*, hotărârea adoptată fiind obligatorie pentru Parlament. Decizia este adoptată în cadrul unui referendum dacă votul valabil al *majorității alegătorilor* a fost exprimat în favoarea acesteia. Dacă acest

11 Art. 148, alin. (1) din Constituția României din 08 decembrie 1991.

12 A se vedea: Muraru I., Tănăsescu E. S. Constituția României. Comentariu pe articole. p. 1433.

13 Art. 91, alin. (3), art. 92 din Constituția Regatului Țărilor de Jos din 17 februarie 1983.

14 Art. 94, alin. (2) al Constituției Republicii Finlanda din 11 iunie 1999.

15 A se vedea art. 140, 141, 143 din Constituția Republicii Croația din 22 decembrie 1990.

16 Art. E, alin. (2), (4) din Constituția Ungariei din 25 aprilie 2011.



referendum a avut loc, nu poate fi convocat un referendum privind legea de ratificare a tratatului respectiv<sup>17</sup>.

În **Letonia** Parlamentul poate ratifica acordurile internaționale prin care unele competențe ale autorităților publice sunt delegate instituțiilor internaționale în cadrul ședinței la care *participă cel puțin două treimi* din membrii Parlamentului, pentru aprobarea ratificării fiind necesar votul a cel puțin *două treimi din deputații prezenți*<sup>18</sup>.

În **Bulgaria** atunci când statul decide încredințarea unor atribuții constituționale Uniunii Europene, Adunarea Națională trebuie să adopte o lege de ratificare a tratatului internațional care prevede această delegare, legea fiind adoptată cu o majoritate de *două treimi* din numărul total al membrilor Parlamentului<sup>19</sup>.

În **Austria** în baza legii sau a unui tratat statal se pot transfera competențe federale specifice către organizații interguvernamentale, reglementându-se și activitatea agenților austrieci în străinătate, putându-se prevedea că agenții austrieci se vor supune autorității agenților organizațiilor interguvernamentale. Consiliul Național și Consiliul Federal (camerele Adunării Federale) vor fi informate neîntârziat cu privire la începerea negocierilor unui asemenea tratat. Încheierea unor asemenea categorii de tratate poate avea loc doar cu aprobarea Consiliului Național și a Consiliului Federal, decizia adoptându-se cu o majoritate de *două treimi* din voturile exprimate, în *prezența a cel puțin jumătate dintre membrii camerelor*<sup>20</sup>.

În baza tratatelor internaționale, **Republica Polonă** poate transfera unei organizații internaționale competențe ale autorităților publice în anumite domenii. Legile speciale prin care se ratifică astfel de tratate vor fi adoptate de Sejm cu o majoritate de *două treimi din voturi*, în *prezența a cel puțin jumătate din numărul deputaților*, și de Senat, cu o majoritate de *două treimi* din voturi, în *prezența a cel puțin jumătate din numărul senatorilor*. Ratificarea unui asemenea tratat poate fi aprobată prin *referendum național* la decizia Sejmului, adoptată cu votul majorității deputaților, sau la inițiativa Președintelui Republicii, aprobată de Senat prin votul majorității membrilor săi, în *prezența a cel puțin jumătate din numărul senatorilor*<sup>21</sup>.

Art. 28 al Constituției **Greciei** constituie fundamentul constituțional pentru participarea statului la procesul de integrare europeană. Astfel, Grecia poate decide, printr-o lege adoptată cu majoritatea absolută a membrilor Parlamentului, asupra limitării exercitării suveranității naționale în măsura în care aceasta se impune pentru promovarea unui interes național important, nu încalcă drepturile omului și fundamentele guvernământului democratic și se realizează în baza principiilor de egalitate și a condițiilor de reciprocitate. În același timp, competențele prevăzute de Constituție pot fi, prin tratat, conferite instituțiilor unor organizații internaționale atunci când aceasta servește unui interes național important și promovează cooperarea cu alte

17 Art. 3a, alin. (1), (2) din Constituția Republicii Slovenia din 23 iunie 1991.

18 Art. 68, alin. (2) din Constituția Republicii Letonia din 15 februarie 1922.

19 Art. 85, alin. (1), p. 9, alin. (2) din Constituția Republicii Bulgaria din 12 iulie 1991.

20 Art. 9, alin. (2), art. 50 din Legea Constituțională Federală a Austriei din 01 octombrie 1920.

21 Art. 90, art. 125 din Constituția Republicii Polone din 02 aprilie 1997.

state. O majoritate de *trei cincimi* din numărul total al membrilor Parlamentului este necesară pentru a vota legea de ratificare a tratatului internațional<sup>22</sup>.

În **Cehia** anumite competențe ale autorităților publice pot fi transferate prin tratat unei organizații sau instituții internaționale. Un asemenea tratat va fi ratificat de Parlament cu votul a *trei cincimi* din numărul deputaților și cu votul a *trei cincimi* din numărul senatorilor, cu excepția cazului în care o lege constituțională prevede că tratatul va fi ratificat prin referendum<sup>23</sup>. Remarcăm faptul că asemenea tratate nu pot fi ratificate până la verificarea constituționalității acestora de către Curtea Constituțională.

Competențele atribuite autorităților statului, conform Constituției **Danemarcei**, pot fi delegate către autorități internaționale prin adoptarea unei legi cu o majoritate de *cinci șesimi* din numărul membrilor Parlamentului. În cazul în care legea a întrunit o majoritate simplă de voturi și Guvernul insistă asupra adoptării acestei legi, poate fi organizat un referendum<sup>24</sup>.

În cadrul cooperării la nivelul Uniunii Europene, Parlamentul poate transfera autoritatea de decizie care nu afectează principiile de guvernare fundamentale ale **Suediei** cu votul a cel puțin *trei pătrimi* din membrii Riksdagului (Parlamentului) care au participat la votare, condiția fiind că *mai mult de jumătate din parlamentari* să voteze în favoarea deciziei. O asemenea hotărâre poate fi adoptată de către Riksdag și conform procedurii prevăzute pentru adoptarea Constituției (adoptarea cu votul a cinci șesimi din membrii Parlamentului în cadrul a două proceduri de vot identice)<sup>25</sup>.

În conformitate cu prevederile art. 150 al Constituției **Lituaniiei** Actul constituțional cu privire la „Aderarea Republicii Lituania la Uniunea Europeană” din 13 iulie 2004, adoptat de Parlament în baza rezultatelor referendumului cu privire la aderarea Republicii Lituania la Uniunea Europeană din 10-11 mai 2003, este parte integrantă a Constituției<sup>26</sup>. Art. 1 al Actului menționat stipulează că Republica Lituania va împărți cu Uniunea Europeană sau va conferi Uniunii Europene competențele instituțiilor de stat în domeniile prevăzute de tratatele fondatoare ale Uniunii Europene, în măsura în care aceasta ar conduce la îndeplinirea, alături de celelalte state membre ale Uniunii Europene, a angajamentelor sale în acele domenii, precum și la exercitarea drepturilor conferite ca urmare a dobândirii calității de stat membru.

Constituția **Belgiei** cuprinde o prevedere destul de generală în această materie: exercitarea atribuțiilor specifice poate fi alocată printr-un tratat sau printr-o lege instituțiilor de drept internațional public<sup>27</sup>, fără a concretiza domeniile și procedura delegării. Art. 49bis din Constituția **Luxemburgului** din 17 octombrie 1868 stipulează

22 Art. 28, alin. (2), (3) din Constituția Republicii Elene din 11 iunie 1975.

23 Art. 10a, art. 39, alin. (4) din Constituția Republicii Cehie din 16 decembrie 1992.

24 Art. 20 al Constituției Regatului Danemarcei din 05 iunie 1953.

25 Art. 6 din Capitolul 10, art. 14 din Capitolul 8 din Actul de Guvernare a Regatului Suediei din 27 februarie 1974.

26 Art. 150 din Constituția Republicii Lituania din 25 octombrie 1992.

27 Art. 34 al Constituției Regatului Belgiei din 07 februarie 1831.

că exercitarea atribuțiilor rezervate prin Constituție puterii legislative, executive și judecătorești poate fi atribuită temporar, prin tratat, instituțiilor de drept internațional, avându-se în vedere instituțiile Uniunii Europene.

**4. Reglementarea coraportului dintre dreptul Uniunii Europene și dreptul național.** Cu privire la acest subiect în doctrină s-au cristalizat două curente, unul specific jurisdicțiilor constituționale naționale, care susțin supremația Constituției inclusiv față de dreptul european, chiar dacă acceptă prioritatea de aplicare a acestuia față de celelalte norme din dreptul intern, și unul propriu jurisdicției europene, care, cu unele fluctuații, susține prioritatea (nu supremația) de aplicare sistematică și necondiționată a tuturor dispozițiilor din dreptul european față de toate normele din dreptul intern, inclusiv față de Constituțiile statelor membre<sup>28</sup>.

În **Lituania** art. 2 al Actul constituțional cu privire la „Aderarea Republicii Lituania la Uniunea Europeană” stabilește că dreptul Uniunii Europene reprezintă parte integrantă al sistemului normativ al Republicii Lituania. În cazul tratatelor fondatoare ale Uniunii Europene, normele juridice ale Uniunii Europene se aplică direct, în timp ce, în eventualitatea unui conflict de norme juridice, acestea vor prevala asupra legilor și a altor acte ale Republicii Lituania.

În **Croația** toate tratatele internaționale încheiate cu respectarea prevederilor constituționale fac parte din dreptul intern și au prioritate în raport cu legea din punctul de vedere al efectelor juridice. Dreptul Uniunii Europene are aplicare directă în dreptul intern. Astfel, exercitarea drepturilor rezultate în baza acquis-ului comunitar al Uniunii Europene are același statut ca și exercitarea drepturilor rezultate în baza legislației naționale. Toate actele juridice acceptate în cadrul instituțiilor Uniunii Europene sunt aplicate potrivit acquis-ului comunitar al Uniunii Europene. Agențiile guvernamentale, organele cu autonomie locală și regională și persoanele juridice investite cu autoritate publică aplică direct dreptul Uniunii Europene<sup>29</sup>.

În **România**, în conformitate cu prevederile art. 148, alin. (2) din Constituție, ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare.

Remarcăm faptul că această prevedere vizează toate cele trei ramuri ale puterii, în măsura în care participarea României la Uniunea Europeană nu implică doar transpunerea în drept intern a normelor din ordinea juridică europeană prin acte de reglementare primară sau secundară, dar, în deosebi, aplicarea în concret a acestor norme, realizată prin intermediul organelor administrative și judecătorești. Prin urmare, toate autoritățile publice au misiunea de a contribui, în limita atribuțiilor constituționale, la respectarea eficientă și punerea în aplicare a prevederilor din sistemul normativ european<sup>30</sup>.

28 A se vedea în acest sens: Muraru I., Tănăsescu E. S. Constituția României. Comentariu pe articole. p. 1437-1439.

29 Art. 145 din Constituția Republicii Croația din 22 decembrie 1990.

30 A se vedea: Muraru I., Tănăsescu E. S. Constituția României. Comentariu pe articole. p. 1435.

În **Slovacia** normele juridice obligatorii ale Uniunii Europene au prioritate asupra legilor naționale. Transpunerea reglementărilor juridice obligatorii care trebuie implementate se face prin lege sau printr-o ordonanță guvernamentală<sup>31</sup>.

În **Portugalia** prevederile tratatelor care guvernează Uniunea Europeană și normele emise de instituțiile acesteia în exercitarea responsabilităților care le revin se aplică în cadrul legislației interne în conformitate cu dreptul Uniunii și cu respectarea principiilor fundamentale ale statului democratic bazat pe domnia legii<sup>32</sup>.

În **Cipru** supremația dreptului Uniunii Europene asupra sistem normativ național este asigurată de prevederile Constituției<sup>33</sup>. Astfel, prevederile constituționale nu pot împiedica producerii efectelor juridice ale regulamentelor, directivelor sau ale altor acte sau măsuri obligatorii cu caracter legislativ, adoptate de Uniunea Europeană în baza Tratatului privind Uniunea Europeană. Mai mult decât atât, Curtea Supremă Constituțională a Ciprului verifică corespunderea legii nu doar Constituției, dar și Dreptului Uniunii Europene.

În **Austria** rezoluțiile Consiliului Uniunii Europene prin care vor fi stabilite noi categorii de mijloace de aplicare a actelor normative ale Uniunii Europene au nevoie de o autorizație din partea Consiliului Național și permisiunea Consiliului Federal. Aceste decizii pot fi adoptate cu o majoritate de două treimi din voturile exprimate, în prezența a cel puțin jumătate dintre membrii camerelor. Alte rezoluții ale Consiliului Uniunii Europene care determină modificări ale sistemului de mijloace proprii de aducere la îndeplinire a regulilor Uniunii Europene au nevoie de aprobarea obligatorie din partea Consiliului Național<sup>34</sup>.

Constituția **Estoniei** nu conține reglementări speciale referitoare la raportul dintre dreptul național și cel al Uniunii Europene, aplicându-se reglementările generale referitoare la raportul dintre dreptul național și dreptul internațional. Prin urmare, principiile și normele de drept internațional general recunoscute reprezintă o parte inseparabilă a sistemului juridic estonian și statul nu poate încheia tratate internaționale care contravin Constituției. Atunci când legile interne sunt în conflict cu un tratat internațional ratificat de Parlament, se aplică prevederile tratatului internațional<sup>35</sup>.

În **Belgia** s-a stabilit doctrinar că normele care fac parte din dreptul european derivat (ale instituțiilor europene) sunt direct aplicabile în dreptul intern<sup>36</sup>.

---

31 Art. 7, alin. (2) din Constituția Republicii Slovace din 01 septembrie 1992.

32 Art. 8, alin. (4) din Constituția Republicii Portugheze din 02 aprilie 1976.

33 A se vedea: art. 1a, art. 140, art. 179, alin. (2) din Constituția Republicii Cipru din 16 august 1960.

34 A se vedea: art. 23i, art. 50, alin. (4) din Legea Constituțională Federală a Austriei din 01 octombrie 1920.

35 A se vedea: art. 3, art. 123 din Constituția Republicii Estoniene din 28 iunie 1992.

36 A se vedea în acest sens: Deaconu Ș., Muraru I., Tănăsescu E. S., Barbu S. G. Codex Constituțional. Constituțiile statelor membre ale Uniunii Europene. Vol. 1, București: Monitorul Oficial, 2015, p. 148.

În conformitate cu prevederile art. 65 alin. (1) din Constituția **Republicii Malta** din 21 septembrie 1964, dreptul european beneficiază de o poziție supraordonată în ordinea juridică internă, indiferent dacă legile malteze sunt anterioare sau ulterioare adoptării actelor normative europene pertinente<sup>37</sup>.

**Irlanda** își afirmă angajamentul față de Uniunea Europeană, în sensul respectării legislației acesteia, dar menționează obligația de a se obține aprobarea celor două Camere ale Parlamentului în cazul aplicării unor prevederi derogatorii din cadrul tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, revizuite prin Tratatul de la Lisabona, ce ar putea afecta drepturile suverane ale statului irlandez<sup>38</sup>.

Remarcăm faptul că în **Finlanda** prevederile de natură legislativă ale unui tratat internațional sau ale oricărei alte obligații internaționale *sunt puse în aplicare prin lege*. În cazul în care propunerea vizează prevederi constituționale sau un transfer de autoritate către Uniunea Europeană, cu o importanță deosebită în privința suveranității Finlandei, Parlamentul o va adopta cu cel puțin două treimi din voturile exprimate<sup>39</sup>.

**5. Prevederile constituționale privind participarea la formarea instituțiilor Uniunii Europene.** Constituția **Austriei** în capitolul I, Secțiunea B „Uniunea Europeană” reglementează destul de detaliat modul de participarea la instituirea și funcționarea instituțiilor europene. Astfel, membrii Parlamentului European sunt aleși în conformitate cu principiile reprezentării proporționale, într-o singură circumscripție electorală, în baza votului egal, direct, liber exprimat și secret, de către persoanele care la data alegerilor au împlinit vârsta de 16 ani și care, fie dețin cetățenia austriacă, fie dețin cetățenia unui alt stat membru al Uniunii Europene și pot vota în baza prevederilor dreptului Uniunii Europene. De dreptul de a fi ales beneficiază persoanele cu drept de vot care, la data alegerilor, au împlinit vârsta de 18 ani<sup>40</sup>.

Guvernului Federal, în coordonare cu Comitetul Principal al Consiliului Național, îi revin atribuții privind nominalizarea membrilor Comisiei Europene, ai Curții de Justiție, ai Tribunalului, ai Curții de Conturi, ai Comitetului Băncii Europene de Investiții, ai Comitetului Economic și Social și ai Comitetului Regiunilor din cadrul Uniunii Europene. Guvernul Federal are obligația de a informa Comitetul Principal al Consiliului Național și Președintele Federal cu privire la decizia luată<sup>41</sup>.

În **Croația** cetățenii sunt reprezentați în mod direct în Parlamentul European, unde, prin reprezentanții aleși, iau decizii ce privesc subiectele care intră în sfera lor de competență. Statul este reprezentată în Consiliu Uniunii Europene de către Guvern și de către Președintele Republicii Croația potrivit competențelor constituționale ale acestora<sup>42</sup>.

37 Ibidem, p. 124.

38 Ibidem, p. 758.

39 Art. 95 al Constituției Republicii Finlanda din 11 iunie 1999

40 A se vedea: art. 23a din Legea Constituțională Federală a Austriei din 01 octombrie 1920.

41 A se vedea: art. 23c din Legea Constituțională Federală a Austriei din 01 octombrie 1920.

42 Art. 144, alin. (1), (4) din Constituția Republicii Croația din 22 decembrie 1990.

În **Finlanda** Prim-ministrul reprezintă statul în Consiliul European. Cu excepția cazului în care, în mod excepțional, Guvernul decide altfel, Prim-ministrul reprezintă Finlanda și în alte activități ale Uniunii Europene, unde participarea celor mai înalte structuri ale statului este necesară<sup>43</sup>.

**6. Prevederile constituționale privind participarea la funcționarea instituțiilor Uniunii Europene.** În **Austria** fiecare ministru federal raportează Consiliului Național și Consiliului Federal, la începutul fiecărui an, cu privire la proiectele Consiliului și ale Comisiei Europene din anul în curs și, de asemenea, cu privire la presupusa poziție austriacă referitor la astfel de proiecte. Camerele Parlamentului își vor prezenta punctul de vedere într-un document motivat cu privire la un proiect de act juridic redactat în cadrul Uniunii Europene, precum și eventuale motive pentru care consideră că proiectul este incompatibil cu principiul subsidiarității. Consiliul Național și Consiliul Federal pot înainta plângeri împotriva unui act juridic din cadrul Uniunii Europene la Curtea de Justiție a Uniunii Europene pentru încălcarea principiului subsidiarității.

Federația are obligația de a informa fără întârziere subiectele federației (landurile) cu privire la toate proiectele derulate la nivelul Uniunii Europene care afectează sfera autonomă de competență a landurilor sau care ar putea prezenta interes pentru acestea și le va da posibilitate să formuleze avize într-un termen stabilit de Federație. În cazul în care landurile vor formula o asemenea recomandare în domeniul în care acestea dețin competențe legislative, Federația va fi obligată să țină seama de aceasta recomandare în cadrul negocierilor și luării deciziei la nivelul Uniunii Europene<sup>44</sup>.

În **Franța** Guvernul prezintă Adunării Naționale și Senatului proiectele de acte legislative europene încă de la transmiterea lor către Consiliul Uniunii Europene. Camerele Parlamentului pot adopta rezoluții cu privire la orice proiecte de acte legislative europene și orice document emis de o instituție a Uniunii Europene, în cadrul fiecărei Camere a Parlamentului activând o comisie împuternicită cu afaceri europene. Adunarea Națională sau Senatul poate emite un aviz motivat adresat Președintelui Parlamentului European, celui al Consiliului și celui al Comisiei Europene și Guvernului cu privire la conformitatea unui proiect de act legislativ european cu principiul subsidiarității. Camerele Parlamentului, prin intermediul Guvernului, pot introduce în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene o acțiune împotriva unui act legislativ european pentru încălcarea principiului subsidiarității<sup>45</sup>.

În **Germania** Guvernul Federal informează neîntârziat și detaliat Bundestagul și Bundesratul despre toate problemele legate de Uniunea Europeană. Pe parcursul negocierii adoptării actelor normative ale Uniunii Europene, Guvernul Federal ține cont de poziția Bundestagului solicitată în prealabil. Camerele Parlamentului pot înainta o acțiune la Curtea de Justiție a Uniunii Europene pentru contestarea unui act

---

43 Art. 66 al Constituției Republicii Finlanda din 11 iunie 1999.

44 A se vedea: art. 23d din Legea Constituțională Federală a Austriei din 01 octombrie 1920.

45 Art. 88-4, art. 88-6 din Constituția Republicii Franceze din 04 octombrie 1958.

legislativ al Uniunii Europene care încalcă principiul subsidiarității. Bundestagul este obligat să înainteze o asemenea acțiune la cererea unei părți dintre membrii săi<sup>46</sup>.

În **Lituania**, în conformitate cu prevederile art. 3 al Actul constituțional cu privire la „Aderarea Republicii Lituania la Uniunea Europeană”, Guvernul are obligația de a informa Parlamentul cu privire la propunerile de adoptare a unor acte juridice ale Uniunii Europene. În cazul în care acestea privesc domenii ce țin de competențele constituționale ale Parlamentului, Guvernul se va consulta cu Parlamentul, legislativul având dreptul de a recomanda Guvernului adoptarea unei poziții a Republicii Lituania în legătură cu aceste propuneri.

În **Croația** Guvernul înștiințează Parlamentul despre proiectele de acte normative la adoptarea cărora participă în cadrul instituțiilor Uniunii Europene. Referitor la astfel de proiecte, Parlamentul poate adopta recomandări care stau la baza măsurilor luate de către Guvern în cadrul instituțiilor Uniunii Europene<sup>47</sup>.

În **Finlanda** Guvernul are obligația constituțională de a aduce la cunoștința comisiilor competente ale Parlamentului despre examinarea unei chestiuni de interes național în cadrul Uniunii Europene. Premergător reuniunilor Consiliului European și fără întârziere după aceste reuniuni, Prim-ministrul aduce la cunoștința Parlamentului sau a comisiilor acestuia chestiunile examinate în timpul acestor reuniuni<sup>48</sup>.

Guvernul, principala autoritate publică aflată în legătură permanentă cu instituțiile Uniunii Europene, are obligația de a aduce la cunoștință Parlamentului toate chestiunile referitoare la obligațiile statului rezultate din apartenența acesteia la Uniunea Europeană și în **Suedia**<sup>49</sup>, **Cehia**<sup>50</sup>, **România**<sup>51</sup>, **Slovenia**<sup>52</sup>, **Bulgaria**<sup>53</sup>.

**7. Reglementarea constituțională a drepturilor cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene obținute drept consecință a aderării.** Art. 146 al Constituției **Croației** preia dispozițiile Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene<sup>54</sup> și stipulează că cetățenii Republicii Croația sunt cetățeni ai Uniunii Europene și se bucură în special de următoarele drepturi:

- libertatea de circulație și de rezidență pe teritoriul tuturor statelor membre ale Uniunii Europene;
- drepturi de a alege și de a fi ales la alegerile parlamentare europene și la alegerile locale dintr-un alt stat membru, în conformitate cu legislația statului

---

46 Art. 23, alin. (1a), (2), (3) din Legea Fundamentală a Republicii Federale Germania din 23 mai 1949.

47 Art. 144, alin. (2) din Constituția Republicii Croația din 22 decembrie 1990.

48 A se vedea: art. 96, art. 97 din Constituția Republicii Finlanda din 11 iunie 1999.

49 Art. 10 din Capitolul 10 din Actul de Guvernare a Regatului Suediei din 27 februarie 1974.

50 Art. 10b din Constituția Republicii Cehia din 16 decembrie 1992.

51 Art. 148, alin. (5) din Constituția României din 08 decembrie 1991.

52 Art. 3a, alin. (4) din Constituția Republicii Slovenia din 23 iunie 1991.

53 Art. 105, alin. (3) din Constituția Republicii Bulgaria din 12 iulie 1991

54 Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene din 12.12.2007 (2007/C 303/01), [www.academia.edu/9394974/RO\\_Jurnalul\\_Oficial\\_al\\_Uniunii\\_Europene\\_IV\\_Informari](http://www.academia.edu/9394974/RO_Jurnalul_Oficial_al_Uniunii_Europene_IV_Informari)

- membru respectiv;
- dreptul la protecția diplomatică și consulară a oricărui stat membru, care este egală cu protecția oferită propriilor cetățeni, atunci când aceștia se află într-o terță țară unde Republica Croația nu are niciun reprezentant consular sau diplomatic;
  - dreptul de a depune petiții către Parlamentul European, reclamații către Avocatul European al Poporului și dreptul de a depune cereri către instituțiile Uniunii Europene și către organele de consiliere în limba croată, precum și în toate celelalte limbi oficiale ale Uniunii Europene și dreptul de a primi răspuns în aceeași limbă.

În baza celor menționate și reieșind din faptul că orientarea spre spațiul valoric democratic european constituie un principiu cu valoare constituțională, înaintăm următoarele **recomandări în vederea reglementării constituționale a relațiilor Republicii Moldova cu Uniunea Europeană**:

1. Expunerea **art. 1, alin. (3)** din Constituția Republicii Moldova în următoarea formulare: Republica Moldova este un stat de drept, **orientat spre spațiul valoric democratic european**, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile lui, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme și sunt garantate;
2. Reglementarea **procedurii de aderare** a Republicii Moldova la Uniunea Europeană prin completarea Constituției cu **art. 8<sup>1</sup> „Integrarea europeană”** cu următorul conținut:
  - (1) În procesul de integrare europeană Republica Moldova poate delega unele atribuții ale autorităților publice instituțiilor Uniunii Europene.
  - (2) Parlamentul, prin lege organică, va stabili procedura aderării Republicii Moldova la Uniunea Europeană.



# MENIREA SOCIALĂ A ORDINII JURIDICE

Dumitru BALTAG, doctor habilitat, profesor universitar, ULIM

Mariana ROBEA, doctorandă ULIM

## **THE SOCIAL MENTION OF THE LEGAL ORDER**

*The juridical order is in a strong connection with the concept of social order. More than that, the juridical order itself has a social objective, a social meaning that underline and strengthen its juridical reason of being. In the paper below, the author brings to our attention the social elements that are vital to juridical essence of juridical order.*

**Keywords:** *juridical order, social order, social meaning, juridical nature.*

*Ordinea juridică este în strânsă conexiune cu ordine socială. Mai mult decât atât, aceasta are o menire socială, o semnificație socială enormă, care consolidează și evidențiază motivele juridice ale existenței acesteia. Cercetarea de mai jos vine să accentueze elementele sociale ce motivează și fundamentează existența și natura juridică a ordinii juridice.*

**Cuvinte-cheie:** *ordine juridică, ordine socială, menire socială, natură juridică.*

Definirea ordinii juridice și contrapunerea acesteia cu alte fenomene similare ne dovedesc în rezultat că aceasta joacă un rol social extreme de important. Or, dacă din denumirea propriu-zisă a fenomenului, rezultanta principală ne duce la ideea de fenomen exclusivamente juridic, atunci însușirile de esență pe care le dezvăluie acest fenomen stau drept dovadă a faptului că juridicitatea lui nu este unicul caracter relevant ce-I este specific. Apare aici inevitabilul: caracterul social, dar nu un simplu caracter social specific sau rezultat din tot ce este juridic, ci un caracter social cu o pondere extraordinar de mare, cu o relevanță ce nu poate fi ignorată. Așa ajungem să vedem necesară abordarea fenomenului de ordine juridică printr-o prismă mai puțin juridică, dacă putem să ne permitem să facem o atare afirmație; este vorba de prisma socialului, și în special a menirii sociale a acestui fenomen juridic.

Bineînțeles că orice fenomen juridic transpune o latură socială, dreptul în măreția sa tot reprezentând un scop social bine pus la punct, dar aici abordarea necesită includerea ideii de menire socială, întrucât anume aceasta este în măsură să ne pună corect accentele sociale pentru înțelegerea laturii sociale (dar și juridice) a ordinii juridice.

Ordinea juridică este în măsură să promoveze unitatea la nivel global, să fortifice pacea și coeziunea socială. Deși aparent ordinea juridică este un concept de natură juridică, acestuia nu-i pot fi excluse aferențele sociale. Așa cum autorul pretinde a-i conferi ordinii juridice o dimensiune socială ce caracterizează dreptul, reiterăm că

deși esența juridică iese în prim plan mereu, impactul social al acestei ordini este unul incomensurabil.

La nivelul fiecărui stat impactul social la care ne referim este unul evident, ordinea juridică aducând doar valențe juridice ordinii sociale preexistente sau prestabilite, dar care nu este altfel posibil a fi asigurată.

La nivelul ce depășește limitele statului, iar în cazul ordinii juridice nu se poate evita acest lucru, aceasta este în măsură a crea raporturi pașnice între state, a unifica eforturile entităților suprastatale astfel încât toate să aibă aceeași finalitate: coexistența pașnică și colaborarea la nivel internațional în vederea excluderii fenomenelor ce tulbură liniștea la nivel global sau regional.

În ceea ce privește interiorul statului, ordinea juridică este în strânsă legătură cu mecanismul de funcționare a statului, cu exercitarea puterii în stat, cu colaborarea dintre puterile statului etc. Or, chiar din interiorul raporturilor juridice se prefigurează o ordonare a comportamentului uman în conformitate cu ordinea legală existentă. Însă dincolo de această dimensiune socială, vine să se afirme una similară specifică raporturilor dintre alte subiecte de drept decât simplul individ.

Bineînțeles că abordarea propusă nu poate abstractiza ordinea socială, care reprezintă condiția necesară dar nu și suficientă pentru stabilitatea și funcționalitatea societății. Raportându-se la ea, indivizii nu au garanția că ceea ce ei întreprind va fi acceptat ori recunoscut de ceilalți. Această temere, că participanții la viața socială nu își vor îndeplini îndatoririle sau obligațiile, este accentuată și de faptul că de multe ori vor fi găsite justificări pentru încălcarea, nerespectarea sau neîndeplinirea acestor obligații. Chiar în prezența unei ordini sociale determinate este dificil să ne închipuim că toți indivizii vor accepta și respecta necondiționat normele și regulile de conduită impuse de societate în absența unor mecanisme coercitive și de constrângere mai mult sau mai puțin organizate și instituționalizate. Acesta este motivul pentru care, în orice societate, ordinea socială este dublată de o ordine juridică sau de drept, alcătuită dintr-un sistem ierarhizat de norme, reguli și prescripții care reglementează acțiunile indivizilor pe baze normative și sunt elaborate de autoritatea legală și legitimă<sup>1</sup>.

Cât privește nivelul suprastatal, aici este destul de complicat să se catalogheze în vreun fel o oarecare guvernare, însă raporturile dintre subiectele dreptului internațional cu siguranță se desfășoară în conformitate cu ordinea juridică existentă la nivel internațional.

Totuși, în opinia autorului Robert N. Wilkin, o sintagmă precum *guvernarea lumii* trezește frică și opoziție din partea tehnicienilor constituționali și a izolaționiștilor, dându-i catalogând semnificația unui atare fenomen cu noțiuni precum: super-stat, tiranie, imposibilitate etc<sup>2</sup>. Totuși, menționăm că utilizarea sintagmei *ordine juridică* în locul celei de *guvernare a lumii* ar dizolva aceste temeri sau reacții negative,

---

1 [https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2014/05/teza\\_Bancila\\_A.pdf](https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2014/05/teza_Bancila_A.pdf)

2 Robert N. Wilkin. Juridical order – the real issue. ABA Journal, February, 1951. Vol. 37, p. 111.

Întrucât ideea de ordine juridică este una ce comportă neutralitate, care nicidecum nu conferă prioritate nici unui actor dintre cei ai raporturilor de drept internațional. Aici, evidențiem dimensiunea socială a dreptului, acesta fiind un fenomen agreat și promovat de către toate statele și alte entități internaționale. Acesta este de fapt acel fenomen care reglementează raporturile internaționale și care nu impune un control al câtorva subiecte de către altele, ci dimpotrivă, promovează raporturile pe criterii de egalitate între subiectele dreptului internațional și domnia legii în sfera de raporturi care nu este inclusă în cadrul juridic de reglementare a nici unui stat.

Or, ordinea juridică este un concept ce promovează și face să existe o corelație pozitivă dintre natura socială a individului și necesitățile sale politice<sup>3</sup>.

Această împletire frumoasă dintre natura socială a individului și necesitățile sale de altă natură este accentuată și favorizată de ordinea juridică internă a statului în egală măsură.

În plan intern, individul nu își poate asigura exercițiul drepturilor sale de diferită natură decât prin intermediul elementelor de bază ale ordinii juridice interne. Astfel, conexiunea dintre natura socială și necesitățile de diversă natură ale omului se exprimă și prin intermediul instituției drepturilor omului, care este un element indispensabil al ordinii juridice a unui stat democratic și de drept.

Pe de altă parte, aici intervine și așa-numita ordine practică, care reprezintă în exprimarea lui Petre Țuțea *un fel de a vorbi*. Noi menționăm că așa-numita ordine practică nominalizată anterior nu reprezintă altceva decât conexiunea dintre necesitățile sociale ale individului și realizarea lor, satisfacerea lor în ordinea priorităților stabilite de însăși individ. Bineînțeles că realizarea și satisfacerea necesităților sociale trebuie organizată în vreun fel concret, întrucât conform lui Petre Țuțea, *viața nu curge din întâmplare, ca un fluviu fără margini. Dacă așa ar sta lucrurile, atunci ne-am putea permite să ne tăiem lemne pe cap și să mergem în mâini. Oamenii practici, al căror instinct nu-i servește pentru o justă orientare, sunt o sursă necesară de neajunsuri colective. Mă simt dator să iau atitudine împotriva lor, atunci când lipsa oricărui principiu tinde să devină dogmă în conduita semenilor*. Sunt curente cazurile de practicitate suspectă și este ușor de înțeles de ce majoritatea oamenilor practici fug de luminile spiritului: au întotdeauna interese inavuabile de apărut<sup>4</sup>. Devine imperativă, în această ordine de idei, stabilirea regulilor de lucru în vederea atingerii intereselor fiecăruia și apărării lor. Iar interesele fiecăruia sunt indisolubil legate de drepturile și necesitățile firești ale fiecăruia. Ba chiar mai mult am putea spune, deseori aceste interese fiind reglementate juriic coincid cu drepturile individului, ceea ce indică asupra conexiunii ordinii juridice cu latura socială a personalității omului. De altfel, considerăm că prima și cea mai importantă menire a ordinii juridice este anume cea socială. Fără societate și fără idealuri sociale, existența unei ordini juridice este

3 Ibidem.

4 M. Voicu. Ordinea juridică și ordinea social-economică a lui Petre Țuțea din februarie 1938 // <https://www.juridice.ro/368794/ordinea-juridica-si-ordinea-social-economica-a-lui-petre-tutea-din-februarie-1938.html>

absolut inutilă și nu și-ar găsi în niciun caz o altă menire mai importantă. De aceea conexiunea dintre ordinea practică de realizare a intereselor oricărei categorii de subiecte de drept și și aceste interese legitime este regăsită anume în ordinea juridică a statului sau a altei entități (așa cum vom putea vedea ulterior, ordinea juridică caracterizează diferite categorii de subiecte, nicidecum exclusive statul).

Din cele de mai sus deducem că unul dintre componentele fundamentale ale oricărei ordini juridice democratice este reprezentat de drepturile și libertățile omului, bineînțeles și de îndatoririle fundamentale ale acestuia.

Astfel, conform actelor juridice interne, dintre care primul și cel mai relevant în materia drepturilor omului, este Constituția statului, și conform actelor juridice internaționale, printre care cele mai importante și relevante sunt Declarația Internațională a Drepturilor Omului, Convenția Europeană a Drepturilor Omului etc., identificăm acel element indispensabil al ordinii juridice interne și internaționale: drepturile omului. Chiar actele normative amintite mai sus detașează mai multe categorii de drepturi ale omului, ele derivând din mai multe categorii de necesități ale acestuia. Reiterăm ca multiplele categorii de necesități, derivă la rândul lor din natura socială a omului. Anume natura socială a omului face absolut necesară socializarea lui în diferite medii: economic, politic, cultural etc., adică racordarea comportamentului acestuia la toate ordinele existente: ordinea economică, politică, culturală, morală etc.

Declarația Universală a Drepturilor Omului stipulează chiar în preambul importanța instituției drepturilor omului pentru conviețuirea pașnică între națiuni, indicând următoarele premise ale adoptării acesteia: considerând că recunoașterea demnității inerente tuturor membrilor familiei umane și a drepturilor lor egale și inalienabile constituie fundamentul libertății, dreptății și păcii în lume; considerând că ignorarea și disprețuirea drepturilor omului au dus la acte de barbarie care revoltă conștiința omenirii și că făurirea unei lumi în care ființele umane se vor bucura de libertatea cuvântului și a convingerilor și vor fi eliberate de teama și mizerie a fost proclamată drept cea mai înalta aspirație a oamenilor; considerând că este esențial ca drepturile omului să fie ocrotite de autoritatea legii pentru ca omul să nu fie silit să recurgă, ca soluție extremă, la revolta împotriva tiraniei și asupririi; considerând că este esențial a se încuraja dezvoltarea relațiilor prietenești între națiuni...<sup>5</sup>

Astfel, una dintre instituțiile fundamentale ce ar trebui să se regăsească în actele normative ce constituie în ansamblu ordinea juridică, este cea a drepturilor omului, statul semnatar sau aderent al Declarației, asumându-și obligația de corelare a propriei sale ordini juridice cu această exigență.

Corelarea ordinii juridice a Republicii Moldova cu DUDO, este dovedită de textul art. 4 al Constituției statului nostrum, care stipulează că dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile omului se interpretează și se aplică în concordanță cu

---

5 Preambul DUDO // [http://www.anr.gov.ro/docs/legislatie/internationala/Declaratia\\_Universala\\_a\\_Drepturilor\\_Omului.pdf](http://www.anr.gov.ro/docs/legislatie/internationala/Declaratia_Universala_a_Drepturilor_Omului.pdf)

Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care Republica Moldova este parte, ar dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care Republica Moldova este parte și legile ei interne, prioritate au reglementările internaționale<sup>6</sup>.

Menționăm că tot în conformitate cu actele normative menționate mai sus, individului îi sunt imputate și un șir de îndatoriri fundamentale., tot ca parte componență și inseparabilă a ordinii juridice a statului. Acestea sunt absolut necesare anume în virtutea naturii sociale a individului și a naturii sociale a raporturilor prin intermediul cărora acesta își realizează propriile necesități. Astfel, conform art. 55 al Constituției R. Moldova, orice persoană își exercită drepturile și libertățile constituționale cu bună-credință, fără să încalce drepturile și libertățile altora<sup>7</sup>.

Or, ordinea juridică a statului, prin intermediul actelor normative ce o compun, stabilește exact drepturile și îndatoririle fundamentale ale cetățeanului, astfel încât necesitățile sale sociale (la general vorbind) să fie satisfăcute într-o ordine legal stabilită, dar și să fie garantate.

Dintre instituțiile fundamentale ce în mod obligatoriu se vor regăsi în elementele componente ale ordinii juridice, și care se referă la îndatoririle subiecților de drept, menționăm pe cea a răspunderii juridice, care prin natura sa tot are o menire socială importantă – cea de a consolida instituția dreptului.

Așa cum ordinea juridică este într-o corelație indisolubilă cu ordinea socială, exact la fel este și cea dintre răspunderea juridică și răspunderea socială. Aici menționăm că sfera răspunderii sociale este deosebit de largă și de cuprinzătoare. Ea include răspunderea morală, răspunderea politică, răspunderea juridică, precum și diferite alte modalități sub care, într-o formă sau alta, membrii societății sunt chemați să dea seama pentru modul în care se comportă în viața socială<sup>8</sup>.

Între diferitele forme ale răspunderii sociale pot exista interferențe sau suprapuneri, fără ca acestea să înlăture individualitatea fiecăreia. De menționat este și faptul că fiecare formă de răspundere este un element indispensabil fiecărui tip de ordine corespunzătoare.

În contextul în care menționăm ordinea juridică ca un fenomen ce include răspunderea juridică, menționăm că aceasta din urmă reprezintă un subiect ce provoacă dificultăți, în special la nivelul teoriei generale a dreptului. Acest subiect interesează toate disciplinele juridice de ramură, având o deosebită importanță practică, deoarece cu răspunderea se finalizează orice problemă juridică. Iar acest lucru face ca și științele sociale să abordeze problema răspunderii în așa fel încât să se stabilească conexiunile dintre răspunderea juridică și alte forme de răspundere socială. Noi abordăm problema prin prisma determinării naturii sociale a răspunderii juridice și a menirii sociale a acesteia, fiind vorba de aceeași menire socială pe care o identifică

6 Art. 4 Constituția RM. [http://lex.justice.md/document\\_rom.php?id=44B9F30E:7AC17731](http://lex.justice.md/document_rom.php?id=44B9F30E:7AC17731)

7 Ibidem. Art. 55

8 C. Stătescu, C. Bârsan. Drept Civil. Teoria Generală a Obligațiilor. București: Lumina Lex, 1993. p. 116.

în cazul ordinii juridice. Se ivește în mod firesc întrebarea: cum anume răspunderea este o instituție ce împarte atât menirea socială cât și menirea juridică, rezultată din răspunderea juridică propriu-zisă? Răspunsul îl găsim dacă ne imaginăm ce s-ar întâmpla în situația inexistenței nici a unui fel de răspundere pentru încălcarea normelor de drept. Rezultatul este, bineînțeles, dezordinea socială, nemaivorbind de neatingerea menirii celei mai importante a dreptului chiar – de a ordona raporturile sociale. Logic, s-ar instaura un haos ce nu ar mai putea fi controlat în nici un fel. Iar, în consecință, dreptul nu și-ar mai avea rostul. Aceasta în condițiile în care doar un respect, de multe ori cultivat și prin insuflarea unei frici de pedeapsă, față de norma juridică i-ar conferi valoare. Astfel, fiind prezentă în toate ramurile de drept, instituția răspunderii asigură eficacitatea ordinii de drept, stimulează atitudinea de respectare a legii, stabilirea și menținerea ordinii sociale<sup>9</sup>. Aici devine evidentă și legătura dintre ordinea juridică și ordinea de drept. *Dacă în cazul ordinii de drept ne referim la gradul de respectare a legii, la eficiența legii, atunci când vorbim despre ordinea juridică ne referim în primul rând la așezarea actelor normative într-o ordine ce asigură climatul necesar instaurării ordinii de drept la care se tinde într-un stat de drept și în lumea contemporană în general.*

Impactul unei ilegalități, ca regulă, se răsfrânge asupra a două categorii de subiecte de drept-persoana care comite ilegalitatea și ceilalți membri ai societății. Or, *pe cât de mult nu ne-am dori ca impactul social al unei ilegalități să fie inexistent, pe atât de mult ne convingem de imposibilitatea realizării acestui deziderat. Acest lucru se datorează dimensiunii sociale a dreptului, care derivă inclusiv din existența ordine juridică.* Prin impactul asupra societății se realizează și impactul asupra făptuitorului într-o manieră cu totul și cu totul deosebită. Este vorba anume de reacția manifestată de societate față de ilegalitate și față de autorul ei. Ca rezultat și survine răspunderea juridică. Totuși, menționăm pentru a evita orice confuzie: nu reacția societății reprezintă răspunderea juridică, ci reacția statului este forma în care se manifestă răspunderea juridică. Deci, exclusivă reacție a statului ne îndreptățește să vorbim despre răspunderea juridică a subiectului pentru ilegalitatea comisă.

Gh. Avornic, citând mai mulți autori în una dintre lucrările sale, prezintă abordările acestora pentru conceptul de răspundere juridică. Astfel, dânsul menționează că „răspunderea juridică este o măsură de constrângere aplicată de către stat pentru comiterea unei fapte ilicite și exprimată prin aplicarea unor sancțiuni cu caracter material, organizațional sau de ordin patrimonial”<sup>10</sup>. Tot aici se invocă și faptul că răspunderea juridică reprezintă „un raport statornicit de lege, de norma juridică, între autorul încălcării normelor juridice, reprezentat prin agenții, autorități, care pot fi instanțele de judecată, funcționarii de stat sau alți agenți ai puterii publice. Conținutul acestui raport este complex, fiind format în esență din dreptul statului, ca reprezentant al societății, de a aplica sancțiunile prevăzute de normele juridice

---

9 G. Vrabie. S. Popescu. Teoria Generală a Dreptului. Iași: ed. „Ștefan Procopiu”, 1993. p. 140.

10 Gh. Avornic și col. Teoria generală a dreptului. Chișinău: Cartier juridic, 2004. p. 490.

persoanelor care încalcă prevederile legale și obligația acestor persoane de a se supune sancțiunilor legale în vederea restabilirii ordinii de drept<sup>11</sup>.

De aici deducem importanța instituției răspunderii juridice pentru drept în general, pentru realizarea menirii acestuia, dar și pentru realizarea menirii ordinii juridice.

*Astfel, menirea socială a ordinii juridice derivă inclusiv din regăsirea socialului în orice instituție a dreptului. De fapt toate instituțiile juridice nu ar exista fără temelia socială. Respectiv, această temelie și reprezintă punctul de pornire a instituțiilor dreptului, inclusiv a ordinii juridice.*

Or, pentru conviețuirea pașnică a subiecților de drept este absolut necesară redimensionarea socialului în așa fel încât, conferindu-i haina juridică corespunzătoare, acesta să devină exact ceea ce s-a intenționat la origini. Avem în vedere că simpla existență a socialului nu asigură în nici un fel ordinea socială. Aceasta ar fi asigurată într-o societate în care respectul reciproc este unul dintre principiile fundamentale de conviețuire socială, iar nesocotirea normelor sociale ar fi un fenomen inexistent. Totuși, experiența de peste ani a popoarelor demonstrează inversul, chiar dacă respectul reciproc este important, chiar dacă prioritățile societății țin de dezvoltarea acesteia în ansamblu și la nivel de individ, totuși alte principii, precum egoismul, lăcomia sau altele, fac ca respectul reciproc să fie asigurat prin redimensionarea socialului prin conferirea unei haine juridice acestuia.

Această haină juridică, la rândul său, își are propria dimensiune socială, întrucât de la ea pornește. Exact același lucru poate fi dedus atunci când se face referire la ordinea juridică și dimensiunea socială a dreptului pe care o reflectă.

Revenind la ideea că ordinea juridică este capabilă să ordoneze raporturile în interiorul statului, același lucru poate fi realizat și în exteriorul acestuia, tot prin intermediul ordinii juridice corespunzătoare.

În context, suveranitatea statului, care pe plan intern sau internațional urmează a se manifesta în conformitate cu reglementările existente, are o strânsă conexiune cu fenomenul ordinii juridice, ceea ce vom accentua într-un compartiment distinct al prezentei lucrări de doctorat. În exprimarea regăsită în unul din articolele judecătorului american Robert N. Wilkin, suveranitatea există în drept, conform teoriei ordinii juridice și filosofiei dreptului natural. Anume aici se regăsește semnificația dată suveranității drept *domnia legii și nu a individului*<sup>12</sup>.

Este important totuși să înțelegem că ordinea juridică la nivel internațional nu garantează democrația în univers, exact ca și pe plan intern. Totul depinde de conținutul actelor normative ce formează această ordine juridică. Însă în contextul actual în care se prefigurează tot mai mult dorința de pace și înțelegere la nivel global, inclusiv globalizarea în multiple domenii, este firesc să presupunem că o ordine juridică internațională sau universală ar fi unul dintre precursorii acestei

---

11 Ibidem

12 Robert N. Wilkin. Juridical order – the real issue. ABA Journal, February, 1951. Vol. 37, p. 111.

păci și bune înțelegeri universale. Pe de altă parte, nici ordinea juridică internă nu este ea în sine o garanție a statului de drept și a democrației. Iarăși, totul depinde de conținutul intern al elementelor acestei ordini. Și revenim la ideea că un stat ce delcară că se dorește a fi de drept și care promovează democrația și principiile democratice în actele sale interne, cu siguranță are o ordine juridică corespunzătoare acestor aspirații, sau cel puțin ar trebui să o aibă.

Toate cele enunțate atât referitor la ordinea juridică internă, cât și la ordinea juridică internațională emană conexiunea inerentă dintre natura socială a individului, natura socială a raporturilor dintre subiectele de drept și modalitățile legale de realizare a necesităților de diversă natură a tuturor subiectelor de drept.

Cât privește ordinea juridică bine organizată la nivel internațional, aceasta reprezintă un apărător de neînlocuit împotriva agresiunii militare și revoluțiilor internaționale. În sfera de influență a ordinii juridice internaționale legate de activitatea ONU, spre exemplu, aceasta facilitează corectarea și controlul dizordinii sociale prin intermediul mijloacelor civile. Astfel, se favorizează evoluția și nu revoluția<sup>13</sup>.

Așa cum se menționa anterior, ordinea juridică este în măsură să promoveze și consolideze pacea la nivel global. Acest lucru derivă din faptul că între aceste două concepte: pace și ordine juridică există o conexiune reciprocă. Astfel, ordinea juridică este o premisă și condiție indispensabilă pentru pace, iar pacea la rândul său, este o confirmare a unei ordini juridice eficiente. Papa Pius al XII-lea a menționat că unul dintre elementele esențiale ale pacificării umanității este ordinea juridică<sup>14</sup>.

Constituția Republicii Moldova, prin art. 4 recunoaște în aceeași măsură existența unei ordini juridice internaționale, ba mai mult decât atât, se proclamă prioritatea ordinii juridice internaționale asupra celei interne în ceea ce ține de domeniu drepturilor omului. Astfel, Constituția stipulează că dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile omului se interpretează și se aplică în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care Republica Moldova este parte. Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care Republica Moldova este parte și legile ei interne, prioritate au reglementările internaționale<sup>15</sup>.

Această îmbinare dintre social și juridic, așa cum a mai menționat autorul și după cum rezultă din chiar denumirea prezentei lucrări, este regăsită și în diverse lucrări ale savanților renumiți atât în domeniul dreptului, cât și al sociologiei.

Astfel, așa cum se va putea vedea în cele ce urmează, Santi Romano, unul dintre părinții dreptului public italian, prin teoria instituționalistă echivalează societatea organizată cu fenomenul dreptului, cu o ordine juridică. De menționat că această abordare nu trebuie confundată cu ceea ce regăsim la Durkheim, Gurvitch și Ehrlich, care încearcă să explice dreptul exclusiv prin intermediul sociologiei dreptului,

---

13 Ibidem, p. 113.

14 Pope Pius XII: Christmas Eve Broadcast, Cleveland Press, December 24, 1942.

15 Art. 4 al Constituției R. Moldova // [http://lex.justice.md/document\\_rom.php?id=44B9F30E:7AC17731](http://lex.justice.md/document_rom.php?id=44B9F30E:7AC17731)



accentul fiind deplasat de pe ceea ce este juridicul pe ceea ce este social, sociologic. Aceștia din urmă tratează dreptul ca un aspect al unei structuri organizate din punct de vedere social, ceea ce diferă esențial de perspectivele tratamentului ordinii juridice regăsite în lucrările juridice.

Hauriou și Romano tratează dreptul totalmente distinct, nicidecum nu îl reduc la o simplă emanație a societății, ba dimpotrivă, dreptul și ordinea juridică reprezintă, conform teoriei instituționaliste, o altfel de societate (instituție), ceea ce și întruchiează caracterul fundamental al dreptului<sup>16</sup>.

Considerat de către mulți juriști și sociologi ca fiind fondatorul sociologiei juridice, E. Ehrlich a evidențiat în mod sociologic că “întreaga dezvoltare și evoluție a dreptului nu rezidă nici în legislație, nici în jurisprudență sau doctrina, ci în însăși societate”. Pentru el, dreptul nu se rezumă la prescripțiile existente în coduri sau la deciziile tribunalelor, ci reprezintă, mai degrabă, un mod de conduită care se referă la acțiunile indivizilor, fiind o normă de comportament ce se extrage din activitatea indivizilor. Pentru acest motiv, regulile de conduită transpuse în normele dreptului pot fi sesizate și explicate nu numai prin deducție, ci și prin *inducție*, plecând de la observarea, descrierea și explicarea comportamentului și acțiunilor sociale ale indivizilor și grupurilor care alcătuiesc societatea<sup>17</sup>.

Referindu-se la diversele semnificații și sensuri ale ordinii normative, E. Ehrlich a evidențiat faptul că, în orice societate, alături de ordinea juridică oficială a statului, există și funcționează și o “ordine socială pacifistă”, spontană și adesea non-contentioasă alcătuită prin libera organizare a voințelor individuale și colective. Chiar dacă în interiorul acestei ordini pot apare și anumite conflicte sau tensiuni sociale, ele se pot rezolva nu prin intervenția dreptului oficial, ci prin aplicarea justiției echitabile, care este capabilă să aplaneze, prin conciliere, dialog și negociere, diversele cazuri în care sunt implicați actorii sociali, recurgând la forme cvasi-jurisdicționale (arbitri, martori, consilii de împăcare etc.)<sup>18</sup>.

Vom menționa că atât timp cât autorul nu depășește limitele socialului și nu intră în esența juridicului ca o dimensiunea socială specifică, acesta bineînțeles că nu va cataloga dreptul ca un fenomen relevant și în măsură să ordoneze raporturile sociale și chiar să aplaneze diverse conflicte sociale. *Juriștii adevărați însă vor insista întotdeauna asupra importanței dreptului pentru societate, importanță rezultată anume din natura socială a acestuia și în puterile ”suprasociale” ale acestuia. Iar de aici deducem și menirea socială a ordinii juridice, care se împletește perfect cu menirea socială a dreptului și care duc în mod inevitabil la ceea ce numim noi stat de drept și societate democratică.*

L. Duguit susținea că „dreptul fără forță e neputincios dar forța fără drept este o barbarie” și, raportat la cele de mai sus, atunci când discutăm despre stat de

16 Filippo Fontanelli. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations. (2011) 2(1) Transnational Legal Theory 67-117. p. 72.

17 <http://www.stiucum.com/drept/sociologie-juridica/Principalele-momente-in-aparit65298.php>

18 Ibidem.

drept trebuie să luăm în considerare constanta echilibrare a raporturilor celor două componente. Această perpetuă echilibrare a fost denumită în literatura de specialitate „domnia legii”, cu alte cuvinte supremația absolută a legii în scopul menținerii nealterat a conținutului drepturilor și libertăților individuale, altfel spus statul de drept amintit mai sus.

*Pornind de la importanța dreptului pentru societate, rezultată anume din natura socială a acestuia și din puterile ”supra-sociale” ale acestuia, deducem și menirea socială a ordinii juridice, care se împletește perfect cu menirea socială a dreptului și care duc în mod inevitabil la ceea ce numim noi stat de drept și societate democratică.*

**DREPT PRIVAT**

**PRIVATE LAW**



# КОЛЛИЗИОННАЯ ПРИВЯЗКА «ЗАКОН ФЛАГА» В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА: ЗНАЧЕНИЕ, ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Наталья ОСОЯНУ, доктор права, конференциар

## CONNECTING FACTOR “THE LAW OF THE FLAG” IN THE INTERNATIONAL PRIVATE LAW OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA: SIGNIFICANCE, ISSUES AND PROSPECTS

*The article deals with the conflict-of-laws rule “the law of the flag” from the point of view of conflict-of-laws regulation in the international private law of RM and in comparison with Russia and Romania. Attention is also paid to the problems related to the registration of vessels under the flag of Republic of Moldova in the context of European standards in the field of ship recycling.*

**Key words:** *international private law, rule of conflicts of law, the law of the flag, lex flagi, lex banderae, international shipping, flags of convenience.*

*В статье рассматривается коллизионная привязка «закон флага» с точки зрения коллизионного регулирования в МЧП РМ и в сравнении с МЧП России и Румынии. Также уделяется внимание проблемам, связанным с регистрацией судов под флагом РМ в контексте европейских стандартов в области утилизации кораблей.*

**Ключевые слова:** *международное частное право, коллизионная норма, закон флага, lex flagi, lex banderae, международные морские перевозки, удобный флаг.*

Коллизионная привязка закон флага (*lex flagi, lex banderae*), по общему правилу, применяется в международном частном праве для определения того, в рамках какой правовой системы будет регулироваться статус судна, используемого при осуществлении международных морских, речных и воздушных перевозок. В некоторых случаях закон флага регулирует и другие отношения, так или иначе связанные с судном: правовое положение членов экипажа; отношения между судовладельцами и членами экипажа; право на имущество, находящееся на затонувшем судне в открытом море; отношения, возникающие из столкновения судов, плавающих под флагом одного государства; распределение вознаграждения при осуществлении спасательных операций и т.д.

Что касается доктрины международного частного права, то приведем в качестве примера мнение профессора И.В. Гетьман-Павловой, которая указывает, что закон флага применяется для решения следующих вопросов:

- полномочия, компетенция, права и обязанности капитана или командира судна;

- договор найма членов экипажа;
- ответственность судовладельца или авиапредприятия за действия командира (капитана) и экипажа;
- обязанности членов экипажа и внутренний судовой распорядок;
- вещные и обеспечительные права на суда;
- морская ипотека, привилегии и гарантии вещного характера;
- формы регистрации актов, на основании которых возникают, передаются или прекращаются вещные и обеспечительные права на суда;
- права кредиторов после продажи судна и погашение этих прав<sup>1</sup>.

Закон флага упоминается в п. а) части (1) статьи 1603 Гражданского кодекса Республики Молдова<sup>2</sup>, согласно которому «установление, передача и прекращение вещных прав на транспортные средства определяются по закону государства, под флагом которого зарегистрировано судно или летательный аппарат». Помимо ГК РМ, закон флага фигурирует также в Кодексе торгового мореплавания Республики Молдова (Закон №599 от 30.09.1999<sup>3</sup>) и Правилах регистрации морских судов в Республике Молдова (Постановление Правительства №855 от 30.07.2007<sup>4</sup>).

Для сравнения, в Гражданском Кодексе Российской Федерации закон флага закреплён в статье 1207, которая сформулирована следующим образом: «Право собственности и иные вещные права на воздушные суда, морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты, подлежащие государственной регистрации, определяются по праву страны, где эти суда и объекты зарегистрированы»<sup>5</sup>. В КТМ РФ, как отмечает профессор И.В. Гетьман-Павлова, большое количество норм построено на основе применения закона флага: правовое положение членов экипажа, отношения между судовладельцами и членами экипажа (ст. 416), право на имущество, находящееся на затонувшем судне в открытом море (ст. 417), отношения, возникающие из столкновения судов, плавающих под флагом одного государства (ст. 420), распределение вознаграждения при осуществлении спасательных операций (ст. 423)<sup>6</sup>.

В Книге VII нового Гражданского кодекса Румынии *lex flagi*, с одной стороны, регулируется схожим с ГК РМ образом в статье 2.620: «(1) Установление,

1 Гетьман-Павлова, И.В. Международное частное право: учебник для магистров / И.В. Гетьман-Павлова. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Издательство Юрайт, 2013. — 959 с. — С.172.

2 Кодекс Nr. 1107 от 06.06.2002. Опубликован: 22.06.2002 в Monitorul Oficial Nr. 82-86. [online] <http://lex.justice.md/ru/325085/> (дата посещения 11.02.2018)

3 Опубликован: 11.01.2001 в Monitorul Oficial Nr. 1-4. [online] <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=311697&lang=2> (дата посещения 11.02.2018)

4 Опубликован: 10.08.2007 в Monitorul Oficial Nr. 117-126. [online] <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=324837> (дата посещения 11.02.2018)

5 «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья)» от 26.11.2001 N 146-ФЗ (ред. от 28.03.2017). [online] [www.consultant.ru](http://www.consultant.ru) (дата посещения 11.02.2018)

6 Гетьман-Павлова, И.В. Цит. соч.

передача или прекращение вещных прав на транспортное средство подчиняются: а) закону флага, который несёт морское или речное судно, или закону государства, в котором зарегистрировано воздушное судно». С другой стороны, в статье 2.621 ГК Румынии предусмотрены специальные нормы относительно того, что именно регулирует закон флага:

- «а) полномочия, компетенцию и обязанности капитана морского или речного судна либо командира воздушного судна;
- б) договор найма экипажа судна, если стороны не избрали другой закон;
- с) ответственность судовладельца или предприятия воздушного транспорта за действия и поступки командира или капитана и экипажа;
- д) вещные и обеспечительные права на морское, речное или воздушное судно, а также формы регистрации актов, на основании которых эти права возникают, передаются или прекращаются»<sup>7</sup>.

Отметим, что статья 2.621 ГК Румынии текстуально совпадает со статьёй 140 Закона Румынской Республики 1992 г. № 105 применительно к регулированию отношений международного частного права, который утратил силу в связи с принятием нового Гражданского кодекса<sup>8</sup>.

В ГК РМ аналогичной статьи нет, но, тем не менее, в КТМ РМ урегулировано множество правоотношений, так или иначе связанных с законом флага. Рассмотрим их подробнее.

Согласно статье 30 КТМ РМ право плавания под флагом Республики Молдова предоставляется судам, зарегистрированным в судовом реестре и:

- а) находящимся в собственности у физических и юридических лиц Республики Молдова;
- б) находящимся в собственности иностранных физических и юридических лиц;
- с) эксплуатируемым на основании бербоут-чартера<sup>9</sup> или договора о лизинге.

Часть (1) статьи 31 гласит, что судно получает право плавания под флагом Республики Молдова с момента его регистрации в судовом реестре или в судовой книге, а часть (5) — что судно, которое пользуется правом плавания под флагом Республики Молдова, имеет национальность государства и обязано плавать под национальным флагом Республики Молдова. Особо отметим тот факт, что эта норма является императивной. Согласно статье 34, регистрация судна в судовом реестре удостоверяется **судовым патентом** — свидетельством о праве плавания под флагом Республики Молдова, а регистрация в судовой книге — **судовым билетом**.

7 Noul Cod Civil al României, republicat (2011). [online] [http://www.dreptonline.ro/legislatie/codul\\_civil\\_republicat\\_2011\\_noul\\_cod\\_civil.php#cartea7](http://www.dreptonline.ro/legislatie/codul_civil_republicat_2011_noul_cod_civil.php#cartea7) (дата посещения 11.02.2018)

8 Закон Румынской Республики 1992 г. № 105 применительно к регулированию отношений международного частного права. [online] <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/041301> (дата посещения 11.02.2018)

9 Бербоут-чартер — договор фрахтования судна без экипажа.

Согласно ч.(4) статьи 6<sup>1</sup> контрольные функции в области соблюдения «государства флага» и «государства порта» возлагаются на **Агентство водного транспорта**.

Статья 10 КТМ РМ предусматривает, что если судно причинило в открытом море вред, не подпадающий под действие статей 302 и 320, ущерб возмещается в соответствии с законодательством государства, под флагом которого оно следовало. Следует также отметить, что п. d) части (1) статьи 16 устанавливает, что судовладельцы кораблей, которые ходят под флагом Республики Молдова, несут ответственность за свои действия согласно КТМ РМ (то есть, в частности, согласно статье 354).

Часть (1) статьи 24 КТМ РМ гласит, что право собственности и другие реальные права на судно, а также возникновение, изменение и прекращение этих прав определяются законодательством государства, под флагом которого плавает судно.

Согласно статье 44 КТМ РМ, как иностранные суда, так и суда, плавающие под флагом РМ, подвергаются обязательному освидетельствованию при входе в порты Республики Молдова, если у них отсутствуют свидетельство о годности к плаванию, мерительное свидетельство, свидетельство о грузовой марке, пассажирское свидетельство или лицензия на право пользования судовой радиостанцией. Отметим, что проверка в порядке технического надзора может быть проведена относительно обеих категорий судов при входе в порт при наличии сомнений в том, что они удовлетворяют требованиям безопасности мореплавания (ч.(3) ст.44).

Согласно статье 54 КТМ РМ правовое положение экипажа судна, в том числе отношения между членами экипажа, связанные с эксплуатацией судна, определяются законодательством государства, под флагом которого плавает судно (ч.(1)). Отношения между членами экипажа и судовладельцем регулируются законодательством государства, под флагом которого плавает судно, если договором, регламентирующим эти отношения, не предусмотрено иное (ч.(2)).

Статья 57 КТМ РМ предусматривает, что членами экипажа судна, плавающего под флагом РМ, могут быть граждане любого государства, но капитаном — только гражданин РМ.

Согласно ч.(2) ст.71 КТМ РМ капитан вправе задержать лицо, подозреваемое в совершении уголовно наказуемого деяния, до передачи его компетентным органам в ближайшем порту. В случае необходимости капитан может направить задержанное лицо и материалы уголовного преследования в Республику Молдова на другом судне, плавающем под ее флагом.

Часть (2) ст.126 КТМ РМ предусматривает, что в отношении судна, затонувшего в открытом море, а также в отношении находившихся на нем грузов и иного имущества применяется законодательство государства, под флагом которого плавало судно. Если судно затонуло в порту или вблизи от порта и представляет собой угрозу для судоходства, то применяется ст.128 КТМ РМ:



согласно части (3), если флаг затонувшего судна известен, портовая инспекция направляет соответствующее уведомление центральному отраслевому органу, который по дипломатическим каналам объявляет о случившемся государству, под чьим флагом плавало затонувшее судно. Такие меры предпринимаются в том случае, если невозможно установить собственника затонувшего судна.

Согласно ч.(1) ст.136 КТМ РМ на судах, плавающих под флагом РМ и совершающих регулярные рейсы, можно перевозить почту.

П. а) ч.(1) ст.187 КТМ РМ устанавливает, что положения Кодекса о договоре морской перевозки пассажиров применяются к судам, плавающим под флагом РМ. Таким образом, на судах, плавающих под другим флагом, перевозка пассажиров будет регулироваться законодательством соответствующего государства. Аналогичным образом буксировка, выполняемая судами под флагом РМ, регулируется согласно КТМ РМ, если она выполняется между портами РМ, из иностранных портов или в иностранные порты (статья 238).

Статья 302 КТМ РМ регулирует применение права при столкновении судов. В частности, согласно части (1), если столкновение произошло во внутренних или территориальных водах, применяется право соответствующего государства; согласно части (3), если столкнувшиеся суда плавают под флагом одного государства, применяется законодательство этого государства независимо от места столкновения.

Часть (1) статьи 320 КТМ РМ предусматривает, что положения главы 5 Кодекса применяются как в случае нанесения ядерного ущерба ядерным судном, находящимся во внутренних водах Республики Молдова, так и в случае причинения ядерного ущерба ядерным судном, плавающим под флагом Республики Молдова, независимо от того, где причинен ущерб. Согласно части (1) статьи 321 КТМ РМ оператором ядерного судна является лицо, организующее эксплуатацию такого судна на основании разрешения, выданного компетентным органом государства, под флагом которого плавает судно. Согласно п. б) части (1) статьи 323 КТМ РМ оператор ядерного судна, возместивший ядерный ущерб, вправе предъявить регрессный иск лицу, осуществившему подъем затонувшего ядерного судна без согласия на это оператора или разрешения государства, под флагом которого плавало судно, если ущерб стал следствием подъема судна.

Статья 333 КТМ РМ предусматривает, что если спасавшее и спасенное суда плавают под флагом одного государства, независимо от места происшествия, вызвавшего необходимость спасания, применяется законодательство этого государства (ч.(1)). При распределении вознаграждения за спасание между владельцем и экипажем, а также между членами экипажа спасавшего судна применяется законодательство государства, под флагом которого плавает это судно (ч.(2)).

В Правилах регистрации морских судов в Республике Молдова, утвержденных Постановлением Правительства №855 от 30 июля 2007 года, закон флага также упоминается достаточно часто.

Согласно п.3 Правил, регистрация судна представляет собой административный акт: свидетельство о праве плавания под государственным флагом Республики Молдова и свидетельство о праве собственности на судно, предназначенный для присвоения национальности судну и распространения на него юрисдикции государства флага путем внесения сведений о нем в судовой реестр, а также последующих соответствующих примечаний, записей, подтвержденных и заверенных подписью должностного лица, ответственного за совершение записей.

В судовом реестре регистрируются суда, которые прошли освидетельствование классификационным обществом, признанным Правительством Республики Молдова, и имеют соответствующие документы (сертификаты) о пригодности к эксплуатации, выданные компетентным органом государства флага или классификационным обществом, действующим по поручению Морской администрации Республики Молдова (пункт 5).

Судно приобретает право плавания под флагом Республики Молдова с момента внесения в судовой реестр соответствующих записей (пункт 11).

В соответствии с Кодексом торгового мореплавания Республики Молдова, консул Республики Молдова может выдать временное свидетельство на право плавания под флагом Республики Молдова судну, приобретенному или вновь построенному в другом государстве (пункт 15).

На борту всех судов, плавающих под флагом Республики Молдова, должны вестись судовые журналы и документация, которые хранятся в течение 2 лет с момента внесения последней записи, независимо от какого-либо изменения названия судна, и предоставляться для контроля и снятия копий лицами, имеющими законный интерес в получении такой информации в соответствии с законодательством Республики Молдова - государства флага (пункт 20).

В случае продажи судна и его регистрации в другом государстве судовые журналы и документация за период до его продажи должны храниться и предоставляться для контроля и снятия копий лицами, имеющими законный интерес в получении такой информации в соответствии с законодательством Республики Молдова - бывшего государства флага (пункт 21).

Регистрация судов и предоставление права плавания под флагом Республики Молдова осуществляются на основании заявления собственника судна или судовладельца (фрахтователя судна по бербоут-чартеру) при положительном заключении Министерства иностранных дел и европейской интеграции (пункт 22). К заявлению о регистрации необходимо приложить документы, подтверждающие согласие собственника и разрешение компетентного органа предыдущей регистрации на перевод судна под флаг Республики Молдова (пункт 23).

Временная утрата права плавания под флагом Республики Молдова имеет место в случае передачи судна на законных основаниях во временное владение и пользование физическому или юридическому лицу с временной сменой

порта (места) регистрации судна и сменой флага Республики Молдова на флаг иностранного государства при условии, что:

- законодательство другого государства не запрещает смену флага;
- собственник судна согласен на временную смену флага;
- залогодержатель зарегистрированных залогов или других обременений согласен на временную смену флага (пункт 82).

Временная утрата происходит на основании письменного заявления правомочного лица, к которому приложены документы согласно перечню, установленному Правилами (пункт 83).

Судно, которое зарегистрировано в судовом реестре, приобретает молдавскую национальность, подпадает под юрисдикцию Республики Молдовы и обязано плавать под флагом Республики Молдова (пункт 86). Подъем на судне флага Республики Молдова при отсутствии права на это влечет за собой ответственность, предусмотренную законодательством Республики Молдова (пункт 87). Также отметив в этом контексте статью 199<sup>2</sup> «Нарушение правил идентификации судна» Кодекса о правонарушениях<sup>10</sup>, согласно которой:

*(2) Неподнятие флага в территориальных водах Республики Молдова, при входе в порт, во время стоянки и при выходе из порта, подъем флага в ненадлежащем положении, а равно отказ от подъема по распоряжению службы капитана порта флагов расцвечивания*

*влекут наложение штрафа на физических лиц в размере от 42 до 60 условных единиц, на должностных лиц в размере от 60 до 90 условных единиц и на юридических лиц в размере от 90 до 210 условных единиц.*

Как известно, единственным морским портом Республики Молдова (с выходом к Черному морю) является Международный свободный порт Джурджулешты или Джурджулешть (МСПД)<sup>11</sup>. Правовой статус порта урегулирован законом №8 от 17 февраля 2005 года<sup>12</sup>, статья (1) часть (3) которого предусматривает предоставление ему статуса международного порта (экономически обособленной части таможенной территории Республики Молдова, на которой действует законодательство Республики Молдова с учетом исключений и положений, установленных законом) сроком на 25 лет, то есть до 2030 года. Также можно упомянуть ряд подзаконных нормативно-правовых актов, например, Постановление Правительства №721 от 18.07.2005 о деятельности Международного свободного порта «Джурджулешть»<sup>13</sup>, №1128 от 29.09.2006 о создании публичного учреждения

10 Кодекс Nr. 218 от 24.10.2008 о правонарушениях. Опубликовано: 16.01.2009 в Monitorul Oficial Nr. 3-6. [online] <http://lex.justice.md/ru/330333/> (дата посещения 11.02.2018)

11 Международный свободный порт Джурджулешть [online] <http://www.gifp.md/ru/> (дата посещения 11.02.2018)

12 Опубликовано: 04.03.2005 в Monitorul Oficial Nr. 36-38 [online] <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=313244> (дата посещения 11.02.2018)

13 Опубликовано: 22.07.2005 в Monitorul Oficial Nr. 98-100. [online] <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=304241> (дата посещения 11.02.2018)

«Служба капитана порта “Джурджулешть”» и государственного предприятия «Судовой регистр»<sup>14</sup> и №154 от 14.02.2008 о строительстве пассажирского порта Джурджулешть<sup>15</sup> и т.д. Правовой статус порта изначально связан с соглашением между Республикой Молдова и Украиной относительно перераспределения территорий, которое многими экспертами оценивается противоречиво; однако, поскольку эта проблема относится к области международного публичного, а не частного права, в настоящей статье она не рассматривается. Отметим лишь тот факт, что порт развивается довольно быстро, диверсифицирует свою деятельность и представляет собой крайне важный объект с точки зрения экономического положения страны (общий объем инвестиций в МСПД по состоянию на 1 июля 2017 года составляет 68,7 миллионов долларов США<sup>16</sup>).

Но если в контексте инвестиций и развития деятельность порта можно оценить положительно, то в юридическом плане существует ряд проблем, которые до настоящего времени не решены, и некоторые из них имеют прямое отношение к «закону флага». Дело в том, что флаг Республики Молдова согласно общепринятой терминологии относится к так называемым «удобным флагам» (англ. flag of convenience) — своего рода аналогу оффшора в области международного морского судоходства. «Удобные» или «дешевые» флаги обычно связаны с малым количеством формальностей регистрации, дешевыми процедурами и более благоприятным режимом по сравнению с другими флагами и соответствующими портами. В то же самое время «удобные флаги», согласно критической точке зрения, не обеспечивают достаточного правового регулирования судоходства в целом и его отдельных важных аспектов (например, безопасность экипажа и груза и т.д.), вследствие чего для владельцев судов, членов экипажей и всех субъектов, которые пользуются услугами морской транспортировки грузов и пассажиров создаются значительные риски. Для осуществления контроля за этими рисками в рамках Парижского меморандума о взаимопонимании о контроле судов государством порта 1982 г.<sup>17</sup> была создана система контроля за судоходством в целях обеспечения его безопасности. Одной из причин, которые сподвигли 14 стран на подписание этого документа стало крушение танкера «Амоко Кадис» под либерийским флагом у берегов Бретани, вызвавшее разлив нефти и колоссальную экологическую катастрофу<sup>18</sup>. Членами Меморандума в настоящее время являются 25 государств, и он предусматривает их обязанность

---

14 Опубликован: 06.10.2006 в Monitorul Oficial Nr. 158-160. [online] <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=317552> (дата посещения 11.02.2018)

15 Опубликован: 22.02.2008 в Monitorul Oficial Nr. 37-39. [online] <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=326991> (дата посещения 11.02.2018)

16 Ministerul Economiei și Infrastructurii. Portul internațional liber Giurgiulești [online] <http://mei.gov.md/ro/content/portul-international-liber-giurgiulesti> (дата посещения 11.02.2018)

17 Paris MoU [online] <https://www.parismou.org/> (дата посещения 11.02.2018)

18 «Черное пятно на лазурном берегу Бретани: крушение супертанкера “Амоко Кадис”». [online] <https://www.interfax.by/article/99982> (дата посещения 11.02.2018)

поддерживать эффективную систему контроля судов государством порта для того, чтобы иностранные торговые суда, заходящие в порт ее государства или находящиеся на якорной стоянке у такого порта, без какой-либо дискриминации в отношении флага, под которым они плавают, удовлетворяли требованиям, содержащимся в международных конвенциях. В частности, иностранные торговые суда инспектируются на соответствие следующим международным конвенциям:

1. Международная Конвенция по охране человеческой жизни на море (СОЛАС);
2. Международная Конвенция по предотвращению загрязнения с судов (МАРПОЛ 73/78);
3. Международная Конвенция о подготовке и дипломировании моряков и несении вахты (ПДМНВ 78);
4. Международная Конвенция о грузовой марке (МКГМ 66);
5. Международная Конвенция по обмеру судов 1969 г.;
6. Конвенция о Международных Правилах по предотвращению столкновений судов в море (МППСС-72);
7. Международная Конвенция о гражданской ответственности за ущерб, вызванный разливом нефти 1992 г.;
8. Международные Конвенции об условиях труда моряков (МОТ)<sup>19</sup>.

По результатам инспекций составляются белый, серый и черный списки флагов, в зависимости от рисков, которые эти флаги представляют для участников морского судоходства. В текущем варианте, который действителен до 30 июня 2018 года, Республика Молдова занимает 70-е место и находится в черном списке с пометкой «высокий риск». Худшие результаты показали Того, Танзания и Конго. С учетом того, сколько резонансных скандалов, связанных с кораблями под флагом РМ, произошло в последние годы, ситуация не вызывает удивления. Например, спустя месяц после того, как 5 октября 2015 года в Государственном реестре судоходства Республики Молдова было временно зарегистрировано судно «Carib Palm», французская полиция обнаружила на его борту 2,4 тонны кокаина на общую сумму примерно 50 миллионов евро<sup>20</sup>. Сразу три корабля под флагом Республики Молдова — «TISS», «MERKUR 1» и «BLUE SKY M» — были замешаны в незаконной перевозке более 2 тысяч сирийских беженцев, при этом в случае судна «TISS» команда покинула корабль у берегов Сицилии, оставив пассажиров в беде. По документам, владельцами судов являлись компании, зарегистрированные в налоговых убежищах Белиза, Панамы и Маршалловых островов<sup>21</sup>. Кроме

19 Парижский меморандум [online] <https://dic.academic.ru/dic.nsf/ruwiki/1324777> (дата посещения 11.02.2018)

20 Республика Молдова — корабельный рай [online] <https://ru.crimemoldova.com/news/rassledovaniya/respublika-moldova-korabelnyy-ray/> (дата посещения 11.02.2018)

21 Молдавские корабли используются в торговле людьми [online] <https://point.md/ru/novosti/obschestvo/rassledovanie58-moldavskie-korabli-ispoljzuyutsya-v-torgovle-lyudjimi> (дата посещения 11.02.2018)

того, по некоторым данным, большое количество судов с почти истекшим сроком эксплуатации, ранее зарегистрированных под флагом какой-то из стран Евросоюза, переводится под флаг Республики Молдова в связи с тем, что утилизация таких кораблей согласно действующим европейским нормам обходится очень дорого<sup>22</sup>. Регламент Европейского Парламента и Совета ЕС №1257/2013 об утилизации судов был принят 20 ноября 2013 года<sup>23</sup>, и пока что не все его положения вступили в силу (процесс завершится 31 декабря 2018 г.), но на основе этого документа действительно был утвержден список «зелёных верфей», где собственникам судов под флагом ЕС предписано их демонтировать<sup>24</sup>. Все 18 разрешенных верфей расположены в Евросоюзе. В то же самое время, известными — и самыми дешевыми — мировыми центрами по осуществлению такой деятельности являются верфи по демонтажу (так называемые «кладбища кораблей»), расположенные в Индии, Китае, Пакистане и Бангладеше. Почти половина мирового объема списанных судов утилизируется на бангладешском «кладбище кораблей» возле города Читтагонг, где практически не соблюдаются экологические нормы или техника безопасности, а также активно используется детский труд<sup>25</sup>. Предположительно, список разрешенных верфей будет расширен, но в настоящее время этот вопрос находится всего лишь на стадии обсуждения<sup>26</sup>.

Предпринимаются определенные меры для урегулирования ситуации. Так, за последние два года из государственного реестра Республики Молдова за различные нарушения были исключены более 160 кораблей (осталось около 300)<sup>27</sup>. 27 июля 2017 года Парламент Республики Молдова принял закон о внесении изменений и дополнений в КТМ РМ, согласно которому учреждается новая государственная структура — Агентство водного транспорта (Agenție navală)<sup>28</sup>. В рамках закона необходимо принять регламент Агентства, но пока что он существует лишь в виде проекта. В сопровождающей этот

---

22 Молдова — кладбище морских судов в Европе [online] <http://obzormd.com/2011/12/23/moldova-kladbishhe-morskix-sudov-v-evrope/> (дата посещения 11.02.2018)

23 Регламент Европейского Парламента и Совета ЕС №1257/2013 об утилизации судов [online] <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32013R1257> (дата посещения 11.02.2018)

24 Ship recycling facilities [online] [http://ec.europa.eu/environment/waste/ships/pdf/list\\_ship\\_recycling\\_facilities.pdf](http://ec.europa.eu/environment/waste/ships/pdf/list_ship_recycling_facilities.pdf) (дата посещения 11.02.2018)

25 Кладбище кораблей [online] <http://masterok.livejournal.com/1821711.html> (дата посещения 11.02.2018)

26 European ship recycling list published, but non-EU yards forced to wait [online] <http://gcaptain.com/european-ship-recycling-list-published-but-non-eu-yards-forced-to-wait/> (дата посещения 11.02.2018)

27 Peste 160 de ambarcațiuni au fost radiate din Registrul de Stat al Navelor în ultimii doi ani [online] <https://www.moldpres.md/news/2017/10/18/17008123> (дата посещения 11.02.2018)

28 Закон №178 от 21.07.2017. [online] <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=371063&lang=2> (дата посещения 11.02.2018)

проект<sup>29</sup> объяснительной записке министра экономики и инфраструктуры Октавиана Калмыка указано, что реформа связана с обязательствами, которые Республика Молдова взяла на себя в рамках Соглашения об Ассоциации с ЕС, а также с острой необходимостью вывести страну из «черного списка» флагов Парижского меморандума<sup>30</sup>.

Таким образом, с теоретической точки зрения в международном частном праве присутствует достаточно подробное регулирование «закона флага», которому, однако, не хватает системности. Таковую могла бы предоставить статья в Книге Пятой ГК РМ «Международное частное право», сформулированная, например, по образцу статьи 2.620 ГК Румынии. Но основная проблема в контексте «закона флага» состоит в том, что процедура регистрации судов в Республике Молдова нуждается в тщательном пересмотре с тем, чтобы, с одной стороны, не лишить страну источника поступления бюджетных средств и, с другой стороны, устранить несовместимость с законодательством Евросоюза в области утилизации кораблей, поскольку она, на наш взгляд, способна в будущем стать поводом для осложнения отношений с Брюсселем. Работа в этом направлении уже ведется, и время покажет, насколько эффективными будут её результаты.

---

29 Proiectul cu privire la crearea Agenției Navale a Republicii Moldova prin fuzionarea Instituției Publice „Căpitănia Portului Giurgiulești” cu Întreprinderea de Stat „Registrul Naval” [online] <http://particip.gov.md/proiectview.php?l=ro&idd=4495> (дата посещения 11.02.2018)

30 Scrisoare de însoțire și nota informativă [online] [http://particip.gov.md/public/documente/130/ro\\_4495\\_Scrisoare-de-insotire+nota-informativa.PDF](http://particip.gov.md/public/documente/130/ro_4495_Scrisoare-de-insotire+nota-informativa.PDF) (дата посещения 11.02.2018)

# ЭФФЕКТИВНЫЕ МЕЖДУНАРОДНЫЕ КОНТРАКТЫ КАК ОСНОВА СОБЛЮДЕНИЯ ПУБЛИЧНЫХ ИНТЕРЕСОВ ГОСУДАРСТВ, УЧАСТВУЮЩИХ В НИХ

Мария Викторовна КАУРАКОВА, кандидат юридических наук, доцент<sup>1</sup>

## **EFFECTIVENESS OF INTERNATIONAL CONTRACTS AS THE MAIN END TO MEET PUBLIC INTERESTS OF STATES ENTERING INTO THEM**

*This paper deals with international contracts as the main form of a cross-border investment and other activity held by different subjects of law, be them physical, juridical persons or states. The main end of this paper is to uncover the legal status of those entering into international contracts, particulars of its impact on the status of a subject of law. To meet this end the character of cross-border private law relations, particulars of their ruling should be duly considered. That is the subject matter of a distinct field of national law closely connected with international law. We are speaking of private international law with its particular method of dealing with legal and jurisdictional problems as well as terms and notions.*

**Key words:** international contract, foreign element, private international law, jurisdiction, immunity.

*В настоящей статье рассматриваются международные контракты как основная форма осуществления трансграничной инвестиционной и иной коммерческой деятельности различными субъектами права, будь то физические, юридические лица либо государства. Цель настоящей статьи состоит в определении правового статуса участника международного контракта, особенностях его влияния на статус субъекта права. Для ее достижения требуется рассмотреть характер трансграничных частноправовых отношений, выявить особенности их регулирования. Это предмет отдельной отрасли национального права, тесно связанной с международным правом. Речь идет о международном частном праве с характерным для данной отрасли методом разрешения коллизионных и юрисдикционных проблем, а также понятийно-терминологическим аппаратом.*

**Ключевые слова:** международный контракт, иностранный элемент, международное частное право, юрисдикция, иммунитет.

Международные контракты – это одна из форм осуществления государствами (в лице полномочных органов и организаций) коммерческой деятельности на

<sup>1</sup> Кауракова М.В., к.ю.н., доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин РЭУ им. Г.В. Плеханова, сотрудник НИИ «Институт правовых исследований и региональной интеграции» РЭУ им. Г.В. Плеханова.



трансграничной основе. Как и любая гражданско-правовая деятельность, рассматриваемая предполагает формальное равенство ее участников для достижения ее цели (равного извлечения выгоды), которой невозможно добиться без соблюдения правил, диктуемых самой природой данной деятельности и характером отношений.

Ее возникновение связано с развитием института частной собственности. Это характеризующаяся внутренним единством группа норм, определяющих порядок и условия реализации однородных общественных отношений, возникающих между физическими лицами и их объединениями, основу которых составляет труд и капитал с целью его сохранения и преумножения посредством последовательного капиталовложения.

Данная разновидность субъектов права (физические лица) представляет особый интерес. Во-первых, потому что физические лица – это исключительная разновидность субъектов, характеризующаяся всей полнотой прав, реализуемых на основе свободного волеизъявления. Все остальные субъекты права имеют производную от физических лиц природу. Здесь речь идет как о субъектах частного (корпорации), так и публичного (государства и международные организации) права.

Это значит, что без физических лиц не может быть никаких объединений для реализации правомочий в частноправовой и публичноправовой сферах. Физические лица образуют сообщества, признаваемые носителями суверенных прав. Такая трактовка широко известна исследователям отечественного и зарубежного конституционного права. При этом, суверенные права – это особая и во многом исключительная разновидность прав, подлежащих реализации в публичноправовой сфере на уровне национального, а также международного правопорядков и выражающаяся в принятии законодательных, исполнительных и судебных персонифицированных либо неперсонифицированных актов, установлений и решений.

Во-вторых, применительно к частноправовой деятельности такое участие объединений физических лиц (государств, международных организаций) сопровождается ограничением ряда правомочий, характеризующих субъектов публичного права. Однако оно имеет правовой эффект только в отношении отдельного частного правоотношения, а не всего многообразия правоотношений, определяющих деятельность таких субъектов, вне зависимости от того, осуществляется ли она внутри национального правопорядка либо за его пределами. В любом случае такое ограничение не должно и де-факто не оказывает никакого влияния на публичноправовые функции подобных участников частноправовых отношений.

Итак, что это за правомочия? Речь идет о реализации прав государств в лице полномочных органов и организаций на недопущение принятия мер, ограничивающих их юрисдикционный иммунитет. В самом широком значении данный термин определяет неподчинение государства какой-либо

иной юрисдикции кроме своей собственной по вопросам, находящимся в сфере ведения обеих. В международном праве такое неподчинение определяется латынью «*par in parem non habet jurisdictionem*». Выраженный таким образом принцип «равный не имеет юрисдикции над равным» является логическим продолжением международно-правового принципа «равный не имеет силы над равным» (на лат. - *par in parem non habet imperium*).

Это основной принцип международного права как особой системы права, сформулированной и определенной государствами, выступающими в качестве формально равноправных участников международных отношений с целью формирования предсказуемой правовой среды. При этом, международные отношения - это особая разновидность отношений, посредством которых субъекты публичного права договариваются об интеграции и кооперации, в том числе с целью обеспечения наиболее эффективных условий частноправовой деятельности коммерческого и некоммерческого характера. Последняя, имея строго территориальный характер, реализуется на основе норм территориального права. Это нормы национального права, включающего инкорпорированные в национально-правовую среду нормы и принципы международного права.

При этом, если основным субъектом права до его разделения на соответствующие сферы частного и публичного права является физическое лицо, в сфере публичного права (национального и международного) таким субъектом выступает государство как особая форма социально-политического объединения физических лиц. Именно государство, а не объединения частных и публичных лиц является носителем суверенных прав, посредством реализации которых 1) устанавливаются пределы осуществления частноправовой и публичноправовой деятельности на уровне национального правопорядка; 2) определяется содержание международных отношений на уровне международного правопорядка вплоть до полного отказа от формирования соответствующей системы или ее переустройства.

Здесь важно отметить, что термин «международный» применительно к отношениям в публичноправовой сфере обозначает их межгосударственный характер. Это особая разновидность отношений по реализации суверенных полномочий государств при решении двусторонних либо многосторонних политических, экономических, экологических и иных проблем, затрагивающих интересы сразу двух и более государств. Данная разновидность отношений реализуется на основе актов международного права, формируемого таким образом. Такие акты подлежат обязательному исполнению и соблюдению всеми участвующими в них лицами (субъектами международного права).

Однако такой же термин «международный» используется и в частноправовой сфере. Именно в данной сфере этот термин характеризуется самостоятельным содержанием, далеким от присущего публичноправовой сфере. Здесь термин «международный» раскрывается через прямую либо опосредованную связь с несколькими правопорядками. Эта связь не публичноправовая, основанная

на суверенном равенстве сторон, определяющих характер данной связи, а частнопредварительная. Особенность данной разновидности связи состоит в том, что она не определяет, не устанавливает, но является основанием для решения вопроса, какому из нескольких правопорядков, связанных со спором из частнопредварительного отношения, осложненного иностранным элементом, подчинить его разрешение. На это обращаем особое внимание.

При этом, в отечественной и зарубежной доктрине и практике международного частного права на протяжении нескольких десятилетий используется термин «международный элемент». По нашему мнению, такое обозначение является неверным и вводящим в заблуждение в отношении природы такого элемента. Любой элемент в структуре правоотношений, будь то субъект или объект, подчиняется самостоятельному национальному правопорядку, или говоря абстрактно, «несет печать соответствующего правопорядка», который отражается на его правовом статусе либо правовом режиме. Нет такого элемента в структуре частных правоотношений, подчиняющегося сразу двум и более правопорядкам.

Возвращаясь к анализу связи, имеющей особое значение в сфере международного частного права, стоит отметить, что такая связь реализуется на основе волеизъявления сторон, имеющих различную национальную принадлежность, либо в отношении объектов, находящихся за пределами одного определенного правопорядка. Такое волеизъявление может быть выражено в форме, устанавливаемой местом заключения соответствующей сделки, отличным от личных правопорядков сторон данной сделки. Итак, в основе данной связи волеизъявление субъекта частного права в отношении возникновения, изменения либо прекращения имущественных и личных неимущественных прав, лежащих в сфере гражданского права. Это права, реализуемые в рамках гражданских, предпринимательских, семейных и трудовых отношений.

При этом, гражданское право представляет собой отдельную отрасль права. Ее часто имеют в качестве основной или «материнской» отрасли права в системе частного права. Это отдельная система права, определяющая порядок 1) возникновения, изменения и прекращения прав, 2) реализации обязанностей и 3) возложения ответственности на лиц, вступающих в соответствующие отношения на основе свободного волеизъявления, в рамках обеспечения защиты прав. Такая свобода волеизъявления поддерживается формальным равенством сторон, деятельность которых регулируется на основе особого метода (диспозитивного), призванного поощрять и стимулировать данную деятельность в пределах закрепленных за сторонами правомочий.

Здесь обращает на себя внимание тот факт, что привычный для сферы международного права подход «равный не имеет силы над равным», определяющий характер соответствующих отношений между государствами как основными субъектами данной системы права, в сфере частного права получает особое значение. Оно состоит в том, что физические лица, вступающие в гражданские или коммерческие отношения в собственном качестве либо

в составе соответствующих объединений, наделенных самостоятельной правоспособностью, характеризуются формально равным набором прав и обязанностей. Это права и обязанности, необходимые для 1) вступления в данные отношения, 2) возникновения, изменения и прекращения прав, а также 3) защиты в случае их нарушения субъектами частного либо публичного права.

Итак, если субъекты международного права определяют правила реализации возникающих между сторонами отношений на основе концепции суверенного равенства сторон, субъекты частного права определяют условия осуществления возникающих между ними отношений на основе естественного равенства прав всех физических лиц. Это основные субъекты права, за которыми в частноправовой сфере государствами признаются очень широкие правомочия. Данные субъекты вольны решать, 1) с кем, 2) на каких условиях и 3) с какими последствиями реализовывать те или иные отношения.

По этой причине одной из основных концепций, широко развитой в частноправовой сфере является концепция свободы договора. Применительно к различным отраслям частного права (гражданского, семейного, трудового и предпринимательского) она получает своеобразную реализацию. Данная концепция состоит в праве физического лица, действующего в своем собственном качестве либо в составе объединения, наделенного самостоятельной правоспособностью, определять порядок и условия реализации гражданско-правовой деятельности. Что это за деятельность? Призвана ли она удовлетворять исключительно имущественные и личные неимущественные потребности такого лица? Ни один законодатель это не определяет, предоставляя физическому лицу право выбора. Это значит, что ответы на такие вопросы дает само физическое лицо, участвующее в данной деятельности. Через установление условий ее реализации данное физическое лицо определяет ее характер.

Помимо определения характера такой деятельности физическое лицо принимает решение о том, с кем выстраивать отношения, какую форму им придать. Исключение составляют случаи, прямо предусмотренные национальным правопорядком, с которым связана реализация таких отношений. Это правопорядок места заключения сделки, в силу особых (публичных) интересов настаивающий в некоторых случаях на соблюдении строго определенной формы сделки. В международном частном праве такая форма сделки подчиняется действию сверхимперативных норм или норм непосредственного применения вне зависимости от права, выбранного сторонами. В таком случае указанный выбор не реализуется.

Само существование таких норм свидетельствует о наличии в национальных системах частного права, внутри которых выделяют международное частное право, системы норм, которые в силу характера общественных отношений, являющихся их предметом, не могут подчиняться компромиссному по отношению к другим правопорядкам подходу. Что это за подход и почему

о нем стоит упомянуть в настоящем изложении? Прежде всего, это подход, характеризующий национального законодателя, соглашающегося с тем, что необходимо признавать за иностранным физическим лицом права, возникшие за пределами национального правопорядка.

Такой компромиссный подход связан с тем, что иностранное физическое лицо – это субъект того государства, которое наделило его правами в силу прочной юридической (гражданство) или фактической связи (домиции) с таким правопорядком. Помимо прав за этим физическим лицом признаются обязанности и ответственность, вместе определяющие и характеризующие его правовой статус в качестве субъекта иностранного права. Признание за данным субъектом статуса субъекта в правопорядке, отличном от национального, свидетельствует об экстерриториальности соответствующих прав. При этом, под экстерриториальностью признается законность возникновения, содержания и действия таких прав в правопорядках, которые ими не наделили, но обеспечивают их защиту.

Итак, в национальных системах частного права выделены блоки норм, определяющие порядок 1) признания за иностранными лицами прав, возникших в иностранных правопорядках, 2) реализации данных прав в национальном правопорядке, а также 3) защиты таких прав. Этот порядок строится на применении к таким случаям права, наиболее тесно связанного с соответствующим правоотношением. Помимо данных блоков норм законодателями всех государств, ориентированных на поддержку и поощрение трансграничного движения людей, сопровождающегося перемещением через границы одного государства капитала, товаров, работ, услуг и технологий, предусматриваются отдельные блоки норм, определяющие национальный правопорядок, определяющий условия такого перемещения.

Такие блоки норм образуют самостоятельную отрасль, которая в национальных системах права именуется в качестве «международного частного права». Данное наименование не представляется удачным. Тем не менее оно прижилось и ассоциируется с совокупностью норм национального права, регулирующих частные отношения по поводу возникновения, изменения и прекращения имущественных и личных неимущественных прав (их защиты), обязанностей и ответственности, когда такие отношения одновременно связаны с несколькими правопорядками.

Как видно из предложенного выше определения, международное частное право – это система норм национального права, включающая нормы международного права после соответствующего их признания по правилам соответствующего правопорядка. Такое признание осуществляется через перемещение соответствующих норм из международно-правовой в национально-правовую систему. При этом, примечательно, что само существование данной отрасли права в национальных системах частного права свидетельствует об отказе государств от полноты суверенных прав в пользу обеспечения полноценной

реализации физическими лицами своих правомочий преимущественно в экономической сфере на трансграничной основе.

Такая реализация возможна при условии становления и развитии международных экономических отношений, создающих необходимую основу для этого. Такие отношения являются предметом отдельной отрасли международного права. К сожалению, в отечественной и зарубежной доктрине уже на протяжении нескольких десятилетий высказывается мысль о том, что международное экономическое право является отраслью международного права, включающего также международное частное право, и субъектами такого права являются как государства, так и транснациональные корпорации.

В данном случае налицо отрасль международного права, субъектами которого являются исключительно государства. Только государства как полноправные суверенные образования создают институциональную и иную основу беспрепятственной реализации межгосударственных экономических отношений. Эта основа никак не связана с выбором применимого права и юрисдикции, необходимых для разрешения споров из отношений, осложненных иностранным элементом и подчиненных международному частному праву.

При этом, под международными экономическими отношениями понимается все многообразие отношений, реализуемых на соответствующих национальных и международных промышленных, финансовых, инвестиционных, кредитных и иных рынках. Никто кроме государств не наделен такими полномочиями. В рамках межгосударственной экономической деятельности создается основа, в том числе, для беспрепятственной трансграничной торговли товарами, работами, услугами и иного взаимодействия субъектов частного права.

Возвращаясь к теме свободы договора, стоит отметить, что данная концепция получила широкое распространение в актах национального и международного права и выражается в том, что физические лица вне зависимости от личного закона вправе создавать юридические лица, вступать в ассоциации, осуществлять иные виды коммерческой и некоммерческой деятельности так, как они находят это наиболее оптимальным в пределах правомочий, закрепленных избранным правопорядком. То есть, практически повсеместно закреплен принцип свободы выбора правопорядка, в котором осуществлять деятельность, связанную или не связанную с созданием юридического лица.

В корпоративной сфере данная свобода выражается в 1) выборе места создания юридического лица, 2) придании ему определенной организационно-правовой формы, которую учредители считают наиболее эффективной для цели осуществления коммерческой и некоммерческой деятельности и налогообложения, 3) определении цели создания (коммерческой либо некоммерческой) и видов деятельности; 4) утверждении структуры юридического лица; 5) привлечении лиц для управления и осуществления коммерческой либо некоммерческой деятельности; 6) определении имущества, необходимого для обеспечения исполнения юридическим лицом принятых на себя обязательств; 7) определении

места деятельности компании и характера и срока такой деятельности (внутри определенного правопорядка, либо за его пределами); 8) праве на изменение личного закона юридического лица в случае, если перемещение корпорации из одного правопорядка в другой не связано с правонарушением и такое перемещение допускается первоначальным и новым правопорядком.

При этом, обращает на себя внимание тот факт, что под личным законом понимается корпоративное право государства, в котором имело место наделение соответствующего объединения лиц статусом независимого субъекта права, характеризующегося следующей триадой взаимосвязанных элементов: права, обязанности и ответственность. Такая взаимосвязь выражается в том, что наделение правоспособностью сопровождается очерчиванием круга прав, при выходе за пределы которого возникает ответственность. Также при определении прав, устанавливается круг обязанностей, соблюдение которых необходимо в интересах иных правоспособных лиц. Их нарушение порождает ответственность.

Итак, юридическое лицо в отличие от физических лиц не может быть «гражданином» двух и более государств. В отношении установления, определения содержания и прекращения статуса самостоятельного субъекта права юридическое лицо подчиняется исключительно своему собственному правопорядку. Это правопорядок, в котором завершены все корпоративные процедуры, сопровождающиеся регистрацией данного субъекта в реестре юридических лиц. Выписка из данного реестра является подтверждением подчинения корпорации, ведущей деятельность через свои представительства или филиалы в двух и более правопорядках, одному правопорядку по всем указанным выше вопросам.

Помимо данного права, имеющего стратегически важное значение для стимулирования трансграничной торговли, субъекты частного права наделены широкими полномочиями в сфере выбора юрисдикции, которой подчинить любые споры, возникающие у них из отношений с иностранными физическими и юридическими лицами либо в отношении иностранного имущества либо имущественных прав. Такой выбор считается действительным только в том случае, когда посредством его реализации не нарушаются публичноправовые интересы государства, с которым связаны отношения, осложненные иностранным элементом, либо спор из таких отношений, именуемый «международный частноправовой спор».

Рассмотрение вопроса действительности выбора права и юрисдикции подводит нас к мысли о природе международного частного права, отражающейся на характерном предмете и методе данной отрасли права. Если предмет ни у кого не вызывает сомнения, то метод озадачивает. Локализация международного частного права в система частного права наводит нас на мысль о том, что как применительно к другим отраслям частного права для данной отрасли должен быть характерен диспозитивный метод. Посредством его реализации субъекты частного права определяют условия реализации прав, закрепляют обязанности и устанавливают ответственность.

В сфере международного частного права данная свобода выражается в праве выбора права и юрисдикции, если такой выбор не нарушает публичные интересы государств, с которыми наиболее тесно связаны соответствующие отношения. Посредством чего реализуется такая связь? Данная связь реализуется либо через субъекты (физические и юридические лица и пр.) либо через объекты (недвижимость и пр.), определение правового статуса либо правового режима которых привело бы к нарушению публичных интересов государств, которым данные субъекты и объекты подчиняются.

Последняя категория «публичные интересы» представляет особый интерес. Речь идет об исключительных интересах государств как суверенных образований, распространяющихся как на публично-правовую, так и частноправовую сферу по широкому кругу вопросов. В случае с коллизивно-правовыми нормами и нормами о выборе юрисдикции, представляющими собой указание законодателя правоприменителю на юрисдикцию и право, в котором необходимо найти ответ по спорному вопросу из правоотношений сторон. Эти юрисдикция и право могут быть своими либо любого иного государства. В этом случае публичные интересы состоят в компромиссном решении вопросов, находящихся в пограничной сфере – в сфере интересов двух и более государств.

Такая пограничная сфера интересов и, как следствие, компромисс в отношении решения правового и юрисдикционного вопросов, возможны в условиях тесного взаимодействия государств, настроенных на добрососедство и взаимопомощь в обеспечении трансграничного перемещения лиц, капитала, работ, услуг и технологий. Не стоит забывать о том, что решение о придании иностранным лицам статуса национальных и обеспечении этих лиц защитой за пределами национальных правопорядков является правом государств, а не их обязанностью. В силу особой природы правомочий государства вольны как признавать, так и не признавать за субъектами иностранных государств статус субъекта права. Однако возможно ли противное – непризнание статуса субъекта права? В настоящее время это не представляется возможным ни в одном из цивилизованных правопорядков. Практически повсеместно признается идея верховенства права, основанного на равенстве фундаментальных и иных производных от них прав вне зависимости от национальной и иной принадлежности и места их осуществления.

При этом, публичные интересы – это особая разновидность интересов, содержание которой определяется исключительно национальными правопорядками, исходя из собственного понимания истории, традиции, ценностей, ориентиров во внутренней и внешней политике. Возможно ли унификация данного понятия для цели предсказуемого правоприменения в международной частноправовой сфере? Нам видится, что нет. Это невозможно, более того, это недопустимо. Если за основу сравнения взять отдельный регион, все государства, составляющие данный регион, характеризуются своими уникальными чертами государственности, основанной на особом



местонахождении, истории и порядке развития, основном курсе, взятом при этом, а также идеалах и ценностях.

По общему правилу отказ от локализации отношений в иностранном правопорядке и юрисдикции на основании необходимости соблюдения публичных интересов является оправданным вне зависимости от правопорядка. Данный отказ выражается в концепции публичного порядка, получившей повсеместное закрепление в качестве института общей части международного частного права. Одной из форм выражения данного института являются свехимперативные нормы или нормы прямого (непосредственного) действия, подлежащие применению вне зависимости от избранного сторонами права и юрисдикции.

Итак, в международном частном праве действуют две разновидности норм в зависимости от интенсивности государственного участия в вопросе выбора права и юрисдикции. Это 1) диспозитивные нормы, основанные на идее автономной воли, определяющей условия реализации частноправовых отношений, а также 2) императивные нормы, основанные на необходимости признания публичных интересов национального правопорядка либо иностранных правопорядков на основании наиболее тесной связи с частными правоотношениями.

Эти нормы обращаются к правоприменителю с целью разрешить конкретный спор из правоотношений сторон, характеризующихся формальным равенством прав, предполагающим возможность возложения ответственности на одну из сторон и защиту прав другой стороны. Такое равенство при реализации международных коммерческих контрактов, одной из сторон которых является государство, реализуется через ограничение характерных для данного субъекта правомочий, выражающихся в невозможности подчинения другому субъекту публичного права и иной юрисдикции. Однако является ли такой подход эффективным?

Условия реализации трансграничных коммерческих отношений в настоящее время таковы, что прямые инвесторы (отдельная разновидность субъектов частноправовой деятельности) более не выступают в качестве лиц, наименее защищенных по отношению к другим участникам таких отношений. Их права и гарантии закрепляются многими международно-правовыми актами, в том числе, Вашингтонской конвенцией 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами и Сеульской конвенцией 1985 года об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций. Это дает основание рассматривать данные и иные международно-правовые акты в качестве узаконивающих произвол и злоупотребление правом иностранными инвесторами.

Данная разновидность субъектов частноправовой деятельности принадлежит государствам с льготным налогообложением. В принимающих государствах посредством оптимизации налогов и иных платежей, а также возможности репатриации доходов, они аккумулируют в своих руках огромный капитал. В

дальнейшем данный капитал направляется в различные отрасли слабо развитых и развивающихся государств с богатыми природными ресурсами, позволяющими таким лицам получать и репатриировать сверхдоходы на основе двусторонних и многосторонних соглашений о поощрении капиталовложений и избежании двойного налогообложения.

По итогу получается так, что мало того, что слабо развитые и развивающиеся государства на льготных условиях открывают иностранным лицам доступ к своему наследию, так этим лицам предоставляется право обращаться в нейтральную, альтернативную судебной инстанции (международный коммерческий арбитраж и пр.) для разрешения споров, возникающих между ними и государствами. Не стоит ли в этом случае задуматься над тем, что по итогу такой деятельности остается государству или народу – единственному полновластному собственнику всех природных ресурсов в пределах территории соответствующего государства?

Все, что в течение более полувека предлагалось развитыми государствами и признавалось нормальным и естественным в сфере защиты их капиталовложений в слабо развитые и развивающиеся государства, сейчас подлежит существенному пересмотру. Речь идет о недопустимости подчинения инвестиционных и иных споров с участием слабо развитого либо развивающегося государства судам иностранным государствам и необходимости возврата к концепции абсолютного иммунитета. В противном случае в ближайшее время банкротами будут признавать не инвесторов, а государства и это станет повсеместным явлением, что ни в коем случае нельзя допустить.

Положить начало этому процессу позволят эффективно разработанные международные коммерческие контракты с участием государства. Помимо внимательного отношения к условиям реализации деятельности, основанном на детальном прогнозировании возможных позитивных и негативных сторон, следует не допускать решение любых возникающих в ходе их реализации споров по праву и в юрисдикции, отличных от государства-участника этих контрактов. Это должна быть принципиальная позиция как минимум до тех пор, пока мы вырастим юристов, способных достойно отстаивать интересы России в иностранных судах и арбитражах.

# ANALYSIS OF APPROACHES TO UNDERSTANDING THE CIVIL SERVICE IN THE RUSSIAN FEDERATION AND FOREIGN COUNTRIES

**Igor Nikolayevich IVANENKO**, Deputy Dean of the Faculty of Law, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Administrative and Financial Law of the Kuban State Agrarian University (Krasnodar, Russia)

**Anna Viktorovna KRASNITSKAYA**, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Chair of State and International Law of the Kuban State Agrarian University (Krasnodar, Russia)

**Asiyut Yusufovna ACHMYZ**, Teacher of the Chair of International Private and Entrepreneurial Law of the Kuban State Agrarian University (Krasnodar, Russia)

**Grigory Mikhailovich NIKITIN**, Candidate of Philosophy, Associate Professor of the Philosophy Department of the Kuban State Agrarian University; member of the Committee on Information Relations with Public Organizations under the Head of the Municipality Krasnodar (Krasnodar, Russia)

*The article analyzes the legal norms establishing the institution of the state civil service in the Russian Federation and a series of foreign countries. In the course of the analysis, the characteristic features inherent in this institution were identified in accordance with the legislation of each of them. The significance of the study is an attempt to unify the characteristics inherent in the civil service as a legal institution for effective reform taking into account world experience.*

**Keywords:** state civil service; public administration; Public service; comparative analysis.

*Articolul analizează normele juridice de instituire a instituției serviciului public de stat în Federația rusă și o serie de țări străine. În cursul analizei, caracteristici inerente acestei instituții au fost identificate în conformitate cu legislația fiecărui stat. Semnificația studiului reprezintă o încercare de a unifica caracteristicile inerente serviciului public în calitate de instituție juridică, cu scopul perfectării unei reforme efective, ținând cont de experiența mondială.*

**Cuvinte cheie:** serviciul public de stat; administrație publică; servicii publice; analiza comparativă.

The Institute of Public Administration has a central place in ensuring the functioning of the state and its interaction with society. Changes in public relations, regulated by the legislation on public service, entail changing the requirements for public service as a legal institution<sup>1</sup>.

The concept of public service was formed as a political, social and legal phenomenon associated with the implementation of measures to ensure the execution of state functions.

The appearance of the Institute of state service is the result of social development and the necessity for awareness of socially important interests, ensuring

1 United States Code: Title 5 - Government Organization And Employees // Current through Pub. L. 114-38. (See Public Laws for the current Congress.).

proper functioning of society. This Institute acts as the component peculiar to the state as the most optimal method of the organization of life and consolidation of resources of society. The processes of deep social transformation in the state require urgent public service transformation; maintain its ability to provide targeted and regulating effect on social processes in the interests of the members of the society. Public service is the institute of strengthen the state, to ensure the functioning of its structures, to strengthen the power of the state to enforce legislation. At the same time, the most important is the provision that only if there is a special category of citizens, in particular, the officials constituting the state apparatus; it is possible to functioning of the state.

Currently, in most countries, attempts are being made to improve not only the organizational structure of the public service, but also the mechanisms for the exercise of authority employees. Problems from the point of view of administrative-legal science deals with principles and methods of implementation of the public service, determining the priority directions of its development and the impact of legislation on state service.

Due to the fact that at present public administration actively changes occur increasingly study of world experience of the organization and functioning of the public service as legal and socio-political institution. The optimization problem of the public service system and provision of public services to the population, maintain and enhance the professional level of employees shall be established in most countries of the world, but only some of them are being successfully solved.

Modern law enforcement and research practice have a number of obstacles that significantly complicate work both in the field of law enforcement and in the field of theoretical research. One of such problems is the lack of a single terminology base. According to the principle of action, this obstacle is like a language barrier not only in the legal practice of representatives of different states and legal families, but also sometimes within the legal system of one state.

The exact meaning of normative concepts and legal terms, corresponding to reality, is of paramount importance to comparative jurisprudence. A mismatch of legal terms difficult to understand and compare legal phenomena, the establishment of which is not possible without defining them.

Unlike the Russian Federation, in many foreign countries the term “public service” is not widely used, and the term “public service” is used as a general term. The system of categories associated with this concept is unique in every state. In the countries of the continental legal family (France, Germany, Italy, Spain, Switzerland, etc.) the term “public service” is used, and the notion of “public service” (*fonction de l'état*) became its component. In the countries of the Anglo-Saxon legal family (the United Kingdom, the United States of America, Canada, New Zealand, etc.) the term “public services” is used, which includes such services as servicing in state institutions, servicing in paramilitary organizations of servicemen and others. The concept of “public service” is not applied, but is replaced by a number of concepts:

the concepts of “service to the crown” in the United Kingdom and Commonwealth countries, “civil service”, “internal public service of Her Majesty”, “state service of the state”, military service and paramilitary organizations<sup>2</sup>.

Despite the existence of these differences, most modern States have adopted regulations on the organization and functioning of public service, defining the principles of organization, methods of regulation of public service activities and its types. This, in turn, indicates the existence of uniformity in approaches to legal regulation and the establishment of public service as a special activity.

In the comparative analysis of the legislation of the Russian Federation and foreign countries reveals certain patterns, the consideration of which appears to be most evident through the prism of the civil service. As it is through the functioning of the civil service in the state effectively implements the dialogue between the state and society.

In the Russian legislation the concept of civil service prior to 1995 was not used, but in fact it existed. And if organization of service in law enforcement agencies regulated by law, neither the General law on civil service, nor special laws on the civil service of the Union of Soviet Socialist Republics was not adopted. In contrast to countries in Europe and North America, where the pillar of political power and State apparatus became the civil service, the political elite in the Soviet Union relied mainly on the paramilitary service. Apparently so then and there was no need for the notion of public service<sup>3</sup>.

Throughout the period of formation in different countries of the world institutions of State and civil service of their concepts have undergone significant changes.

A common feature in the formation of the concept of civil service for Russia, Anglo-Saxon countries and countries of continental Europe was the separation of the civil service from the state and the underlined politically neutral, “non-violent” character, giving it elements of a special legal status other than simple employment.

Modern Russian law uses the notion of “civil service” and defines it as “a kind of public service that represents the professional activity by citizens of the State civil service posts for the enforcement powers of federal State agencies government agencies of constituent entities of the Russian Federation, persons employed in public positions of the Russian Federation, and persons employed in public positions of the constituent entities of the Russian Federation”.

From this definition, we can distinguish the following characteristics that characterize the civil service in the Russian Federation:

1. The civil service has a public character.
2. The civil service is a professional activity of citizens. Person exercising the civil service must meet the established qualifying requirements. Call of the

---

2 The Constitutional Reform and Governance Act 2010 of United Kingdom (Commencement No. 3) Order 2010.

3 Federal Law of the Russian Federation of 27 May 2003 No. 58-FZ “On the Civil Service System of the Russian Federation” // SZ RF 2003. No. 22.

nature of the civil service, stressed its difference from employment regulated by labour law.

3. The civil service is carried out on the positions of the civil service, defined in relation to the executable functions.
4. The civil service provides the enforcement powers of the organs and officials of the State and does not involve the direct exercise of State power.

The existence of a civil service is conditioned by the existence of an institution of the state. The official nature of this institution is determined by the priority of the interests of the state and society, and not of the organization or individual. If a non-governmental organization starts and stops its activities at the behest of its founders, then civil service institutions are subject to formation and abolition only under the instruction of law.

Civil service law of France considered as a form of public service, is vested with all the characteristics of the latest.

English scientist J. Adler identifies the following features of civil service:

1. Civil servants are legally are employees of the Crown acting in its behalf, but in fact they are accountable to Ministers and to act in the public interest;
2. The Civil Service administers state property;
3. Civil servants take individual legal acts under the permission delegated to ministers;
4. Civil service carries out the day-to-day management of government departments-the Central specialized agencies of the executive competence.

The civil service is characterized as the activity of civil servants in favor of the Crown (and through it in the public interests) in the sphere of state property, law enforcement, day-to-day administration and legislation, carried out within the framework of delegated competence.

Turning to the science of the near abroad, we should dwell on the position of A.Z. Turisbek, investigating the problems of public service in the Republic of Kazakhstan. It highlights the following features of the civil service:

1. It is carried out in the sphere of the administrative influence of the state in various spheres of public life, activities that are not directly related to the production of material and spiritual goods, the provision of social services to the public;
2. It has a public nature and is carried out in the interests of the whole society;
3. It has some degree of political character, too. Is aimed at realizing the tasks and functions of the state, for the state itself is the basis of the political system of society;
4. It is paid exclusively at the expense of the state budget;
5. It is carried out by civil servants, that is, by persons who replace established posts in state agencies;
6. Requires the availability of relevant professional knowledge, skills and experience, which implies the establishment of certain qualification requirements

and conditions for persons applying for substitution and replacing public positions, as well as continuous improvement of such knowledge and skills throughout the career of the employee;

7. The presence of a government official of one or another amount of competence, including the right to issue mandatory acts not only for subordinates, but also for other individuals and legal entities;
8. It is carried out strictly on a legal basis, ways to replace the posts of the state civil service, tasks, powers, procedures for the activities of civil servants are usually determined by law<sup>4</sup>.

In this case, the author focuses on the administrative characteristics of the civil service, largely reproducing the approaches of the Soviet period, when this is not enough stopping the social characteristics of civil service. Not taken into account that the public service in general and civil service in particular, interacts with society, and in fact operates to provide services to citizens.

The legislation of the Anglo-Saxon countries is characterized by a functional definition of civil service and employees. Due to the peculiarities of Anglo-Saxon law, the legislation lacks a single concept of public service; each act defines its object of regulation and treats the concepts used in its text, taking into account specific objectives. It is no accident that the classical definition of a civil servant is given not in law, but in the report of the Royal Commission of Tomlin: "Civil servants are persons in the service of the Crown, not related to political, military and royal officials who hold civil offices and whose remuneration is entirely Is paid out of funds voted by the Parliament"<sup>5</sup>.

Civil service in the People's Republic of China and the Republic of Cuba is based on the principles of party spirit, nomenclature, administrative hierarchy and centralism. The activities of officials are regulated by party decisions, and administrative activities are somewhat subordinate, in comparison with party activities, character. The above defines the characteristics of the civil service and, in many cases; civil service is equated to the general labor activity. Thus, there is an identification of the legal status of civil servants and workers, namely, as wage labor.

In Islamic states, the main legislative source is Sharia, which is considered not only as a collection of divine institutions, but also as one of the regulators of official behavior. The main characteristic of the regulation of the activities of officials in this system is the orientation toward determining the duties of religious servants with a certain secondary significance of social prerogatives recognized by a citizen.

Islamic law is in many respects "archaic" in nature, but at the same time it is able to flexibly adapt to moral evolution and technological progress. Researchers are increasingly talking about changing the basis of public Islamic law. This happens

---

4 Turisbek A. Z. State service in the Republic of Kazakhstan (theory and practice). The dissertation on competition of a scientific degree doctor of law., M., 2012.

5 Tomlin report. Report of the Royal Commission on the Civil Service 1929-1931. - Cmd. 3909, 1931.-L.:H.M.S.O, 1931.

through careful use of religious customs in specific administrative situations, as well as through direct intervention by the authorities themselves. The labor model of the civil service here occupies a special place among other administrative and legal systems, which remotely echoes the main features of the organization of the continental model.

Taking into account the stated positions of the authors who represent different approaches to the definition of civil service, the following characteristic features inherent in the institution of state civil service of most modern states can be distinguished:

1. Civil service - a special type of activity, it has a public legal nature and is carried out on behalf of the state;
2. Civil service is carried out in accordance with the norms of the law and on their basis;
3. Civil service is a professional activity carried out by a special category of persons - civil servants, who possess special practical skills and theoretical knowledge obtained as a result of their professional training.
4. Civil service is carried out in state bodies, as well as organizations that are vested with publicly-authoritative powers.
5. Civil servants are given power, the amount of which is determined by the position held.



# CONTINGENCY OF CONTRACTING LAWYERS PATTERN ON FIRM-SIZE VARIABLE

Lilea MĂRGINEANU, doctor în drept, conferențiar universitar

Elena MĂRGINEANU, doctorandă ULIM

*The objective of this study is to analyze if there are different behavior patterns regarding inside legal office of companies depending on the company size and age. Also the conclusion from this analysis was the confirmation of the hypothesis that contracting lawyers pattern is different depending on firm size, implying that small-size firms do not have enough capabilities to contract outside professionals, nor expand their own human resource department which limits Legal Office per se.*

**Keywords:** *Cotingency, contracting lawyers, integration, legal office, human resource department.*

## **COTINGENȚA MODELULUI CONTRACTARII JURIȘTILOR LA DIMENSIUNEA FIRMI CA VARIABILA**

*Obiectivul acestui studiu este de a analiza dacă sunt modele diferite de comportament al companiilor față de oficiul său juridic în dependență de dimensiunile și vârsta companiei. De asemenea concluzia acestei analize a fost confirmarea ipotezei că modelul contractării juriștilor depinde de dimensiunea firmei, implicând faptul că firmele mici nu au capacități suficiente de a contracta profesioniști din exterior, nici să-și extindă propriul department de resurse umane care limitează oficiul juridic.*

**Cuvinte-cheie:** *Dependență, contractarea juriștilor, integrare, secția juridică, secția resurse umane.*

## **INTRODUCTION**

Every entity, either a living organism like in natural science, either a legal institutional formation like in socio-economic science, needs a concrete structure for its essential functioning. Focusing further on legal entities (firms, NGOs, economic agents, financial institutions etc.), depending on its structure, the entity must adopt different approaches toward its governing method. For the case of firms, its Legal Office manages the legalization process of all its actions, which represents the only way to be recognized by competitors and evaluators. Legal Office is one of the key components of a firm, other being: HR, Accounting Department and Strategy Team.

A firm can employ lawyer (with labor contract registered in HR records), either it can contract outside lawyers (singular professionals or Law Firms). Due to the heterogeneous nature of firms and socio-economic discrepancy between countries,

it is understandable that there would be noticeable differences in patterns of employing lawyers as well. Through transaction cost theory it is stated that in particular cases, it is cost saving to contract outside professionals. In the same time, the quality of work is increased (*exploration*). However the competing logic is that an officially employee (within the organization), will have less freedom of performing job and thus, have an increased level of responsibility toward the firm (*exploitation*). American companies overall, have a percentage of contracted lawyers compared to number of total lawyers – significantly higher than in other countries. In Moldova the situation is different.

I am interested what is the phenomenon in my origin country – Republic of Moldova on the matter of contracting lawyers pattern. But since firms are heterogeneous by nature, I take the first visible attribute – number of total employees, as dividing criteria for the firms, and try to ask at the question of ”what are the effects of firm size and age (second known attribute) of the firm on the percentage for contracted lawyers?”.

### **LITERATURE REVIEW**

Companies and law firms are two separate legal entities even if legal assistance is the object of their contract. There is a distinction between exclusivity and long-term relationships. While complete interdependence (one company one law firm) can bring huge reverberations at any quality work deviation, interpenetration (several companies several law firms) offer a more stable platform to perform work and maintain the bounding nature of their relationships.<sup>1</sup>

It is presumed that in line with the Code of Ethics a lawyer is not entitled to consult, to represent or defend more than one client in one and the same matter when their interests are conflicting or when there is a real risk of a conflict of interest. But even if the lawyers and units are different, the fact of their representation under the same law firm (collegiality, also mentioned in the code) might hypothetically undermine the quality work. Therefore it is understandable why companies are mindful on who are the other clients of their contractor.<sup>2</sup> Also this is one of the concerning issues when approaching external professionals – probability of information leakage, which *favours the arguments of employed lawyers*.<sup>3</sup> However this might be representative mostly for bigger companies or firms habituating in a sensible industry.<sup>4</sup>

---

1 Coates, J. C., DeStefano, M. M., Nanda, A., & Wilkins, D. B. (2011). Hiring teams, firms, and lawyers: Evidence of the evolving relationships in the corporate legal market. *Law & Social Inquiry*, 36(4), 999-1031.

2 Beardslee, M. D. (2009). The Corporate Attorney-Client Privilege: Third-Party Doctrine for Third-Party Consultants. *SMUL Rev.*, 62, 727.

3 Argyres, N. S., & Liebeskind, J. P. (1999). Contractual commitments, bargaining power, and governance inseparability: Incorporating history into transaction cost theory. *Academy of management review*, 24(1), 49-63.

4 Datta, D. K., Guthrie, J. P., & Wright, P. M. (2005). Human resource management and labor productivity: does industry matter?. *Academy of management Journal*, 48(1), 135-145.

Work reductions can be viewed as a penalty box as it was mentioned in the article, or it can resemble a dilution effect if the ulterior intention is to eventually end the contractual relationship with the X law firm. Even if the mean number of preferred providers remained essentially unchanged, for the cases where was recorded a reduction must be noted that it surely did not imply also a reduction of legal needs of the company. So, the workload was either increased to other existing providers, either insourced. It is surprising that "some CLOs reported terminating law firms that accounted for more than 50% of their companies' outside legal spends";<sup>5</sup> but outside legal spending and total legal spending are different, so it might be relevant to see if the rationale behind their aggressive attitude is purely cost-related or the fundament that enables them for radical moves is a strong in-sourced legal department.

The individual production distribution in any organization conforms to a power law,<sup>6</sup> but in the absence of identification the outstanding lawyer within the Law Firm, the hiring criteria would be prior experience and reputation of the firm itself. Subsequently to that, after the legal partner was set, the experience of collaboration with a "star" lawyer with personal fit and already cultivated a good firm-specific knowledge – would be hard to replicate and can surpass in gravity their relevance (for the company) compared to overall law firm's name which *favors the arguments for contracted lawyers*.<sup>7</sup>

Now a debatable question would be – whether the contracted lawyer chooses further to get employed as a full time official employee of the firm, due to its familiarity with companies legal issues, either increase the pay-check requirements and preserve its independence? There are clear evidences that contracted lawyers are expensive professionals.<sup>8</sup> Tax Law requires fixed pay for each official employee as well. Especially in East European countries, there is recorded a high labor total tax rate.<sup>9</sup>

So there is observed the phenomenon where in U.S.A. the expanding firms are calling an outside lawyer to work on commercial contracts and handle that *work-in-house* with growing teams of staff attorneys who don't bill by the hour (The Wall Street Journal, 14.09.2014 article).<sup>10</sup> On contrast, in developing countries like Moldova, the phenomenon is reverse – expanding firms tend to increase their *percentage of contracted lawyers*.

---

5 Coates et. al., 2011. Hiring teams and lawyers. Law & Social Inquiry, 36(4), 999-1031.

6 Aguinis, H., & O'Boyle, E. (2014). Star performers in twenty-first century organizations. Personnel Psychology, 67(2), 313-350.

7 Coates et. al., 2011. Hiring teams and lawyers. Law & Social Inquiry, 36(4), 999-1031.

8 Sherer, P. D. (1995). Leveraging human assets in law firms: Human capital structures and organizational capabilities. ILR Review, 48(4), 671-691.

9 Fiscal Code of Republic of Moldova, (adopted on 24.04.1997), Chisinau, through Law: 1163-XIII, Moldpress, Official Monitor.

10 Smith J., (2014), Companies Curb Use of Outside Law Firms, Wall Street Journal: <http://www.wsj.com/articles/companies-curb-use-of-outside-law-firms-1410735625>

This could be also explained, from another point of view, though the concept of *institutional void* – an essential construct in analyzing the markets emerging state.<sup>11</sup> This concept points the absence of poor functionality of particular institutions, which in other countries – are on the contrast – rather taken for granted or viewed as natural to display a high performance.

In Moldova, even big firms are prone to have reduced capabilities to employ a new lawyer for every "x" number of new total employees added to HR register. So it can be assumed that number of contracted lawyers would also increase with firms overall size. Although number of contracted lawyers increases in big organizations, is it also reflected in its percentage? This targets a different conceptual dimension (new dependent variable), but that is highly relevant for analyzing the overall phenomenon for all types of firm size.

### DATA AND MODEL – EMPIRICAL ANALYSIS

Through this paper I intend to examine the effects of firm size and age of the firm on the percentage for contracted lawyers.

#### Data sources

All data collected for this particular study are cross-sectional primary data. The data set contains information of (N=52) firms from Republic of Moldova, with their headquarters in Chisinau capital. The response rate was 86,66% as it was received 53 surveys from 60 distributed. The response rate is very high due to the nature of survey (related to HR and legal department of private firms), however this outcome can be explain via the fact that collection of data was made personally by the researcher and confidentiality was assured. One survey answer was incomplete, thus excluded from the study. All answers were collected via 2 separate methods: (a) law master students currently employed in different private organizations accounted for (N=35) answers and (b) firms contacted separately accounted for the rest of the answers (N=25).

**Table 1. Basic statistics description of the data set.**

Variable	Obs	Mean	Std. Dev.	Min	Max
year	52	2004.288	8.151354	1992	2017
age	52	12.78846	8.044817	1	25
total	52	46.94231	56.59606	3	238
lawyers	52	3.173077	2.315516	1	11
employed	52	1.961538	1.357066	1	6
contract	52	1.230769	1.541776	0	5
percent	52	27.87657	30.41127	0	75
firmsize	52	1.961538	.5928177	1	3

11 Khanna T., Krishna G. P., (1998), Institutional Voids and Policy Challenges in Emerging Markets, The Brown Journal of World Affairs, Vol., 5, No. 1.

The range of firm tenure was from 1 till 25 years (It should be mentioned that official Independence of the country was obtained only 25 years ago, which modified legal system and regulation of the country). The employee number range is between 3 and 238 and this variable is further described as firm size.

As the size of firms consistently differ one from another, in STATA it was created a variable through which I divided the firm size into 3 groups as following:

**Firm size 1** - Small size firm accounting:  $N \leq 10$  (number of) total employees.

**Firm size 2** - Medium size:  $10 < N \leq 100$  total employees.

**Firm size 3** - Big firm size:  $N > 100$  total employees.

**Table 2. Summary statistics for *small* size firms.**

sum if firmsize==1					
Variable	Obs	Mean	Std. Dev.	Min	Max
year	10	2010.4	4.971027	2000	2017
age	10	6.9	4.629615	1	17
total	10	6.5	2.223611	3	10
lawyers	10	1.1	.3162278	1	2
employed	10	1	0	1	1
contract	10	.1	.3162278	0	1
percent	10	5	15.81139	0	50
firmsize	10	1	0	1	1

**Table 3. Summary statistics for *medium* size firms.**

sum if firmsize==2					
Variable	Obs	Mean	Std. Dev.	Min	Max
year	34	2003.324	8.200963	1992	2015
age	34	13.70588	8.155791	2	25
total	34	30.79412	19.19087	12	84
lawyers	34	2.941176	1.516399	1	7
employed	34	1.882353	1.094468	1	6
contract	34	1.058824	1.347077	0	4
percent	34	28.69048	31.67761	0	75
firmsize	34	2	0	2	2

**Table 4. Summary statistics for *big* size firms.**

sum if firmsize==3					
Variable	Obs	Mean	Std. Dev.	Min	Max
year	8	2000.75	7.941752	1992	2012
age	8	16.25	7.941752	5	25
total	8	166.125	41.92319	113	238
lawyers	8	6.75	2.659216	3	11
employed	8	3.5	1.927248	1	6
contract	8	3.375	1.107735	2	5
percent	8	53.01317	14.5988	28.57143	75
firmsize	8	3	0	3	3

It must be mentioned that, as the dependent variable that should be examined in the model is related to contracted lawyers, through STATA we calculated the *percentage* of contracted lawyers for each firm.<sup>12</sup>

The original formula for calculating the percentage:  $x = \frac{\text{nr. of contracted lawyers} \cdot 100}{\text{total nr. of lawyers}}$

**Table 5. Sum of percentage for all 3 categories of firm-size.**

. sum percent if firmsize==3					
Variable	Obs	Mean	Std. Dev.	Min	Max
percent	8	53.01317	14.5988	28.57143	75
. sum percent if firmsize==2					
Variable	Obs	Mean	Std. Dev.	Min	Max
percent	34	28.69848	31.67761	0	75
. sum percent if firmsize==1					
Variable	Obs	Mean	Std. Dev.	Min	Max
percent	10	5	15.81139	0	50

Therefore, we obtained a percentage of contracted lawyers of 5% for small-size firm, 28,69% for medium and 53% for big-size firms. From the first results can be observed that there is a significant difference between the patterns of Moldavian firms for their approach upon their legal department. However simple linear regression and hypothesis verification is mandatory to statistically describe the effects.

## ***FINDINGS***

### Regression model

*Simple Linear Regression* model is the simplest type of regression analysis involving one independent variable and one dependent variable in which the relationship between the variables is approximated by a simple strait line.<sup>13</sup>

The simple linear regression model is deduced from the following logic:

$$y = \beta_0 + \beta_1 x + \varepsilon$$

Where, **y**: percentage of contracted lawyers;

**x**: firm size;

**ε**: random variable referred to as the error term.

12 Anderson D. R., Sweeney D. J., Williams T. A., (2008; 2011) *Statistics for Business and Economics*, 11th International Student Edition, South-Western Cengage Learning, China, ISBN 13: 978-0-538-47188-6

13 Anderson D. R., Sweeney D. J., Williams T. A., (2008; 2011) *Statistics for Business and Economics*, 11th International Student Edition, South-Western Cengage Learning, China, ISBN 13: 978-0-538-47188-6

**Table 6. Simple Linear Regression with *firm-size* as an independent variable**

. reg percent i.firmsize					
Source	SS	df	MS		
Model	10310.6057	2	5155.34285	Number of obs = 52	
Residual	36856.4128	49	752.17169	F( 2, 49) = 6.85	
Total	47167.0985	51	924.845069	Prob > F = 0.0024	
				R-squared = 0.2186	
				Adj R-squared = 0.1867	
				Root MSE = 27.426	
percent	Coef.	Std. Err.	t	P> t	[95% Conf. Interval]
firmsize					
2	23.69948	9.866097	2.40	0.020	3.863812 43.51714
3	48.01317	13.00917	3.69	0.001	21.87025 74.15608
._cons	5	8.672783	0.58	0.567	-12.42861 22.42861

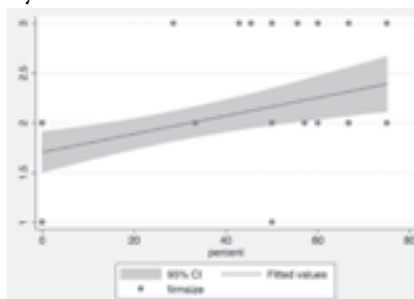
For the case of *Multiple Regression Model*, the equation describes how the dependent variable *y* is related to multiple independent variables  $x_1, x_2, \dots, x_p$ .<sup>14</sup> Therefore, in our case we have:

$$Y = \beta_0 + \beta_1 \text{FIRMSIZE} + \beta_2 \text{AGE} + \epsilon$$

**Table 7. Multiple Linear Regression with *firm-size* and *age* as an independent variables**

. reg percent i.firmsize age					
Source	SS	df	MS		
Model	10330.2147	3	3443.40489	Number of obs = 52	
Residual	36836.8838	48	767.43508	F( 3, 48) = 4.49	
Total	47167.0985	51	924.845069	Prob > F = 0.0074	
				R-squared = 0.2190	
				Adj R-squared = 0.1702	
				Root MSE = 27.703	
percent	Coef.	Std. Err.	t	P> t	[95% Conf. Interval]
firmsize					
2	24.2559	10.57726	2.29	0.026	2.988881 45.52291
3	48.78995	14.01373	3.48	0.001	20.61346 76.96644
age	-.0830783	.5207978	-0.16	0.874	-1.130212 .9640558
._cons	5.573241	9.468727	0.59	0.559	-13.46491 24.61139

It was also performed a **scatter plot diagram (Graph 1.)** to look at the relation-ship at the variables analyzed in the table 6.



<sup>14</sup> Lee C. D., Hill C. R., (2011), Using Stata for Principles of Econometrics, 4th Edition, Singapore, ISBN:-13 978-111-803208-4

Scatter Diagrams are used to look at the relationship between 2 variables attributed for each of the axes (x, y), in the case where data set has pairs of numerical data and when there is a need to determine whether 2 variables are related such as

- Identifying potential root causes of the problem.
- Either whether the effects that appears are related.<sup>15</sup>

**CI:** *Confidence Interval* is an interval estimate of a population parameter that is computed from observed data, and the most common used CI is 95%, like in the case exposed above.<sup>16</sup>

**Hypothesis testing**

Together with hypothesis testing we conducted a correlation test between *firm-size* and *percentage* of contracted lawyers, and the results were following:

**Table 8. Correlation between firm size and contracted lawyers.**

	firmsize	percent
firmsize	1.0000	
percent	0.4675	1.0000

As I have divided the firms in 3 categories: small, medium and big, the important question in the research was to identify if different firm categories apply similar strategies related to their legal department, precisely contracting lawyers procedure.

In statistics, for using *t* test for significance, the hypotheses tested are:

**Ho:** $\beta_1 = 0$       and      **Ha:** $\beta \neq 0$

herefore to verify my assumption, I formulated the following hypothesis:

**Null Hypothesis (H<sub>0</sub>):** *Contracting lawyers pattern is not different depending on firm size.*

**Alternative Hypothesis (H<sub>a</sub>):** *Contracting lawyers pattern is different depending on firm size.*

**Table 9. Excel formulation of hypothesis H<sub>0</sub> and H<sub>a</sub>**

Step0			
DV	math score	internal	
IV	state	nominal	
k		3	
N		52	
alpha		0.05	
Step1			
H1	Contracting lawyers pattern is different depending on firm size.		
	m1 not = m2 not = m3 (all of them are different)		%
H0	Contracting lawyers pattern is not different depending on firm size.		
	m1=m2=m3		%
Step2			
df(between)=k-1		2	
df(within)=N-k		49	
Critical F		3.186582352	

15 <http://asq.org/learn-about-quality/cause-analysis-tools/overview/scatter.html>  
 16 Lee C. D., Hill C. R., (2011), Using Stata for Principles of Econometrics, 4th Edition, Singapore, ISBN:-13 978-111-803208-4



By m: is defined the mean for the percentage of contracted lawyers representative for each group, as previously explained for Table 5.

It was also performed t-test to check the significance of firm size in 3 cases:

**Table 10A: t-Test mean difference between *small-size* firms and *medium-size* firms**

```
. ttest percent if firmsize==1 | firmsize==2, by(firmsize)
```

Two-sample t test with equal variances						
Group	Obs	Mean	Std. Err.	Std. Dev.	[95% Conf. Interval]	
1	10	5	5	15.81139	-6.310786	16.31079
2	34	20.69048	5.432665	31.67761	17.63764	39.74332
combined	44	23.30428	4.58081	30.38565	14.06819	32.54436
diff		-23.69048	10.4387		-44.75662	-2.62435
diff = mean(1) - mean(2)					t =	-2.2695
Ho: diff = 0					degrees of freedom =	42
Ha: diff < 0		Ha: diff != 0		Ha: diff > 0		
Pr(T < t) = 0.0142		Pr( T  >  t ) = 0.0284		Pr(T > t) = 0.9858		

**Table 10B: t-Test mean difference between *medium-size* firms and *big-size* firms**

```
. ttest percent if firmsize==2 | firmsize==3, by(firmsize)
```

Two-sample t test with equal variances						
Group	Obs	Mean	Std. Err.	Std. Dev.	[95% Conf. Interval]	
2	34	20.69048	5.432665	31.67761	17.63764	39.74332
3	8	53.01317	5.161454	14.5988	40.80827	65.21807
combined	42	33.32337	4.724567	30.6187	23.78191	42.86483
diff		-24.32269	11.55815		-47.68259	-.962984
diff = mean(2) - mean(3)					t =	-2.1044
Ho: diff = 0					degrees of freedom =	40
Ha: diff < 0		Ha: diff != 0		Ha: diff > 0		
Pr(T < t) = 0.0208		Pr( T  >  t ) = 0.0417		Pr(T > t) = 0.9792		

**Table 10C: t-Test mean difference between *small-size* firms and *big-size* firms**

```
. ttest percent if firmsize==1 | firmsize==3, by(firmsize)
```

Two-sample t test with equal variances						
Group	Obs	Mean	Std. Err.	Std. Dev.	[95% Conf. Interval]	
1	10	5	5	15.81139	-6.310786	16.31079
3	8	53.01317	5.161454	14.5988	40.80827	65.21807
combined	18	26.33919	6.760973	28.68438	12.07478	40.60359
diff		-48.01317	7.253971		-63.3909	-32.63543
diff = mean(1) - mean(3)					t =	-6.6189
Ho: diff = 0					degrees of freedom =	16
Ha: diff < 0		Ha: diff != 0		Ha: diff > 0		
Pr(T < t) = 0.0000		Pr( T  >  t ) = 0.0000		Pr(T > t) = 1.0000		

As the rules for rejecting the null hypothesis are:<sup>17</sup>

- 1) Rejection rule using p-Value: **Reject  $H_0$  if p-Value  $\leq \alpha$**
- 2) Rejection rule using t-Test: **Reject  $H_0$  if  $t \leq - 2.064$  or if  $t \geq 2.064$**

Analyzing the results via second rejection rule it can be observed the following:

**Table 11. Summary of t-Test results**

Rejection rule using t-Test				
Table/case 10A	t	- 2.2695	Vs.	<b><math>t \leq - 2.064</math> or if <math>t \geq 2.064</math></b>
Table/case 10B	t	- 2.1044		
Table/case 10C	t	- 6.6189		

### CONCLUSION AND IMPLICATION

#### Conclusion

It is obvious that in all 3-comparison cases,  $t \leq - 2.064$ , however the effects are significant for Table 11C data: Small-size firms versus Big-size firms.

Even if though in Table 5, the results showed visible difference between the mean for percentage of contracted lawyers for these 3 categories of firms, it was also statistically proven via t-test that the  $H_0$  can be rejected.

One of the most important values, R-squared (Table 6.) is 0.2186, which is very low as it represents that the phenomena studies is explained with *firms size* argument (first independent variable / simple regression) only by 21,86%. Even when an additional independent variable was added (*age* of the firm), the effect increased unworthy of mention: from 21,8% until 21,9% (R-squared Table. 7).

These results are quite insignificant and do not bring too much value to the proposed question in the beginning of this research.

\*Due to low results from assumed important independent variable (*firm size*), from pure verification purpose, the I chose to run another ad-hoc simple linear regression with a different independent variable: Number of total lawyers in the firm, named simply via term *lawyers*; (dependent variable *percentage* of contracted lawyers being obviously unchanged):

**\*Table 12. Partial representation of the Simple Linear Regression with *lawyers* (total amount of lawyers) as an independent variable**

reg percent i.lawyers				
Source	SS	df	MS	
Model	21413.4948	9	2379.2772	Number of obs = 52
Residual	25753.6037	42	613.181041	F( 9, 42) = 3.88
Total	47167.0985	51	924.845069	Prob > F = 0.0012
				R-squared = 0.4540
				Adj R-squared = 0.3370
				Root MSE = 24.762

17 <http://blog.minitab.com/blog/adventures-in-statistics-2/multiple-regression-analysis-use-adjusted-r-squared-and-predicted-r-squared-to-include-the-correct-number-of-variables>

In this case it can be observed that R-squared is 0.4540, which means that total amount of lawyers in a firm explains more which pattern a firm adopted toward contracting outside professionals or not. However, this variable cannot be accepted as it opposes the logics behind stated problem. Contracted lawyers are already included in the category of total lawyers because this is how percentage itself was deducted. Table 13 serves only as an argumentative basis for validity of SATA program's calculations.

The clear conclusion from this research was confirmation of the hypothesis that:

*Contracting lawyers pattern is different depending on firm size.* And the biggest difference can be observed between small-size and big-size firms (5% vs. 53%), implying that small-size firms do not have enough capabilities to contract outside professionals, but in the same time, do not expand their own HR department which limits Legal Office per se.

### Implication

Although the results were insignificant, the utilized statistical methodology was respected, thus it offers validity to the results (Table 6 & 7). This might further become an empirical basis on which new theoretical assumptions can be drawn.

#### Appendix 1. Do File from SATA

```

1 import excel "C:\Users\Administrator\Downloads\U1 rezultate.xlsx", sheet("Sheet1") cellrange(B1:G53)
2
3 rename Yearoffoundation year
4 rename Ageofcompany age
5 rename Totalemployees total
6 rename Totallawyers employeeed
7 rename employed lawyers
8 rename Employeeedlawyers employed
9 rename Contractedlawyers contract
10
11 gen firmsize = 1
12 replace firmsize = 2 if total >10
13 replace firmsize=3 if total > 100
14
15 sum if firmsize==1
16 sum if firmsize==2
17 sum year if firmsize==3
18
19
20 reg percent i.firmsize age
21 reg percent i.firmsize age i.firmsize#c.age
22
23 sum year age total lawyers employed contract percent firmsize //summary statistics of all variables
24 cor firmsize percent //correlation between firmsize and percent
25 graph twoway (lfitci firmsize percent) (scatter firmsize percent) //scatter plot with regression line
26 sum percent if firmsize==3 //summary statistic for all big firms
27 sum percent if firmsize==2 //summary statistic for all medium firms
28 sum percent if firmsize==1 //summary statistic for all small firms
29
30 ttest percent if firmsize==1 | firmsize==2, by(firmsize) //t-test for small and medium firms
31 ttest percent if firmsize==1 | firmsize==3, by(firmsize) //t-test for small and big firms
32 ttest percent if firmsize==2 | firmsize==3, by(firmsize) //t-test for medium and big firms
33
34 reg percent i.firmsize
35 reg percent i.lawyers

```

# TEMEIURILE CASĂRII SAU MODIFICĂRII HOTĂRĂRII JUDECĂTOREȘTI ÎN ORDINE DE APEL

Nicolae FALĂ, lector universitar, ULIM

Vadim ȘPAC, master în drept

## **THE GROUNDS FOR CANCELLATION OR MODIFICATION OF THE JUDGMENT OF THE COURT IN THE ORDER OF APPEAL**

*The system of grounds for cassation or modification of the decision of the court of first instance in the order of appeal is based on the legality and the soundness of any disposition act of the court. Thus, the grounds for cassation provided by art. 386 par. (1) let. a) -c) Civil Procedure Code is a means of invoking the lawlessness, and art. 386 par. (1) let. d), subsequently developed by art. 387 and 388 of the Civil Procedure Code, is the means of invoking the unlawfulness of the decision of the court of first instance. The present investigation is an attempt to uncover the limits of the extension of the cassation grounds and their individualisation criteria. It has also been pointed to the idea of identifying some inconsistencies and legal controversies, coming up with possible solutions. The authentic meaning of the term "cassation" implies some suggestive connotations: the competent court to judge at this stage of the trial; the cassation procedure and its outcome, ie the abolition of the disputed judicial act for reasons of unlawfulness.*

**Keywords:** appeal, court order, merits, legality, cassation.

*Sistemul temeiurilor de casare sau modificare a hotărării instanței de fond în ordine de apel se fundamentează pe ideea de legalitate și temeinicie a oricărui act de dispoziției al instanței. Astfel, temeiurile de casare prevăzute de art. 386 alin. (1) lit. a)-c) Codul de procedură civilă reprezintă mijloace de invocare a netemeinicieii, iar art. 386 alin. (1) lit. d), ulterior dezvoltat de art. 387 și 388 Codul de procedură civilă, reprezintă mijlocul de invocare a nelegalității hotărării instanței de fond. Prezenta investigație este o încercare de a reliefa limitele de extindere a temeiurilor de casare și criteriile de individualizare ale acestora. De asemenea, s-a punctat pe ideea de a identifica unele inadvertențe și controverse legale, venind cu eventuale soluții. înțelesul autentic al noțiunii de „casare” implică câteva conotații sugestive: instanța judecătorească competentă să judece în această fază a procesului; procedura de casație și rezultatul acesteia, adică desființarea actului jurisdicțional contestat pentru motive de nelegalitate.*

**Cuvinte-cheie:** apel, hotărâre judecătorească, temeinicie, legalitate, temei de casare.

## **Noțiuni generale despre casare și modificare**

Înfăptuirea justiției este inimaginabilă fără instituirea unor mijloace procedurale adecvate de control judiciar – căile de atac – a actelor judecătorești de dispoziție. Rațiunea instituirii acestor mijloace constă în necesitatea asigurării posibilității părții

interesate de a contesta hotărârea judecătorească la o instanță ierarhic superioară, aceasta fiind una din formele de exercitare a dreptului fundamental la apărare, drept garantat de art. 26 din Constituție<sup>1</sup>, dar nu în ultimul rând o expresie a acțiunii civile. Problema investigată nu poate fi detașată de conceptul acțiunii civile, de natura acesteia, în calitate de drept potestativ, autonom și de natură publică. Astfel, legiuitorul a instituit un sistem de temeuri de casare a hotărârii instanței de fond, care în esență sunt o reflectare fidelă a principiilor fundamentale ale dreptului procedural civil.

Conform art. 239 CPC<sup>2</sup>, hotărârea judecătorească trebuie să fie legală și întemeiată. Acestea sunt criteriile la care este raportat actul de dispoziție al instanței de fond cu ocazia exercitării controlului judiciar de către instanța de apel. Reieșind anume din aceste criterii, legiuitorul a formulat temeiurile casării sau modificării hotărârii primei instanțe în ordine de apel. Astfel, art. 386 alin. (1) lit. a), b) și c) CPC vizează netemeinicia, iar art. 386 alin. 1 lit. d) CPC vizează nelegalitatea hotărârii contestate. Dacă hotărârea nelegală mai poate fi retractată, în anumite condiții, și pe calea de atac a recursului, atunci netemeinicia poate fi sancționată doar în ordine de apel, ca expresie a caracterului devolutiv al apelului.

Pentru a purcede la analiza temeiurilor de casare a hotărârii instanței de fond, considerăm necesar a dezvălui sensul noțiunilor de „casare” și „modificare”.

Prin „casare”<sup>3</sup> se are în vedere lipsirea retroactivă a hotărârii judecătorești de efecte juridice. Aceasta este o competență exclusivă a instanțelor de control judiciar, care poate opera doar în condițiile de dezinvestire a instanței ierarhic inferioare, exercitării unei căi de atac și constatarea unor temeuri prevăzute de lege. Casarea poate fi totală, atunci când se lipsește de efecte juridice hotărârea judecătorească în întregul ei, sau parțială, când se lipsește de efecte juridice doar o parte din hotărâre. Casarea parțială poate viza doar anumite aspecte de fapt ori de drept ale cauzei sau numai unele dintre părți<sup>4</sup>. Noțiunea de „casare” nu poate fi însă pe deplin înțeleasă, mai ales în contextul analizei motivelor de casare în instanța de apel, fără o scurtă retrospectivă istorică.

Sub aspect evolutiv, noțiunea modernă de „casare” își are rădăcinile în dreptul medieval francez. Apariția acestei noțiuni datează cu începutul sec. XV, ca mai apoi, evoluând, să capete sensul actual abia în a doua jumătate a sec. XVIII<sup>5</sup>. Specificul noțiunii rezidă în temeiurile pentru care era deschisă calea recursului. Astfel, se menționează că recursul în casație, în forma sa inițială, era intim legat de dreptul regal de legiferare, ori în perioada evului mediu, ideea de separație a puterilor era

1 Constituția Republicii Moldova din 29 iulie 1994. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 1 din 12.08.1994.

2 Cod de procedură civilă al Republicii Moldova Nr. 225 din 30.05.2003, publicat la 21.06.2013 în Monitorul Oficial Nr. 130-134, art Nr: 415 – în continuare CPC.

3 De la latinescul „cassatio”, ceea ce în traducere înseamnă „distrugere”, „anulare”.

4 M.N. Costin (coord), Dicționar de drept procesual civil. București: Editura Științifică și Enciclopedică, p. 110.

5 A se vedea X. Godin, LA PROCÉDURE DE CASSATION AU XVIII<sup>e</sup> SIÈCLE. Articol publicat în „Histoire, économie & société” 2010/3 (29<sup>e</sup> année), p. 19.

doar la faza embrionară. Explicația afirmației noastre rezidă în faptul că precursorul Curții de Casație franceze a fost vechiul consiliu regal, căruia, printr-o ordonanță a lui Philippe de Valois din 1344, i s-a dat competența de a primi cereri de îndreptare, interpretare sau anulare a deciziilor Parlamentului, care era și acesta un organ cu atribuții jurisdicționale<sup>6</sup>. În cazul în care motivele de nemulțumire a părților erau întemeiate, Regele personal mergea în Parlament pentru o nouă judecare a pricinii. Procedura respectivă a dat însă loc abuzurilor, ori Regele folosea puterea sa discreționară după bunul plac. Remedierea situației s-a încercat prin Ordonanța de Blois din 1579 și cea 1667 a lui Ludovic al XVI-lea<sup>7</sup>. Recursul la consiliul regelui a fost limitat la cazurile de încălcare expresă a ordonanțelor (*a legii* – n.n.). Celelalte motive de contestare a hotărârilor Parlamentului au fost lăsate în seama aceluiași Parlament, care putea fi investit pentru rejudecarea pricinii prin intermediul instituției revizuirii. În acest mod s-au creat două căi de atac paralele – recursul și revizuirea. Ceea ce ne interesează însă pe noi este faptul că recursul către consiliul regal rămânea în continuare la latitudinea Regelui, din simplul considerent că membrii respectivului consiliu continuau să fie influențați de Rege, iar componența acestuia era variabilă. Însă, la sfârșitul sec. XVIII, Adunarea Constituantă a declarat inamovibilitatea membrilor vechiului consiliu regal, creîndu-se astfel Curtea de Casație franceză, cu atribuțiile sale vechi – controlul de legalitate. Prin urmare, înțelesul autentic al noțiunii de „casare” implică câteva conotații sugestive: instanța judecătorească competentă să judece în această fază a procesului; procedura de casație și rezultatul acesteia, adică desființarea actului jurisdicțional contestat pentru motive de nelegalitate. Astfel, procedura de casație trebuie să fie considerată instrumentală în acest binom, deoarece anume prin intermediul și complexitatea acesteia, se orientează *modus operandi* al instanței de casație.

În contextul celor expuse, considerăm oportun a face delimitarea dintre „casare” și „anulare”, ori CPC utilizează spre exemplu acest din urmă termen în ipoteza art. 375 alin. (3), care prevede obligația de anularea a hotărârii instanței de fond de către instanța de apel în cazul renunțării reclamantului la acțiune sau a încheierii tranzacției între părți<sup>8</sup>. O normă generală care instituie sancțiunea nulității actelor de procedură civilă<sup>9</sup> este art. 10 alin. (3) CPC, text care se referă inclusiv la „anularea actului procedurii defectuos”<sup>10</sup>. Pornind de la faptul că hotărârea judecătorească este și ea un act de

---

6 I. G. Săndulescu-Nănoaveanu, Explicațiunea teoretică și practică a Codicelui de Procedura Civile. București: Tipografia Stefan Mihalescu, 1879, p. 788.

7 *Ibidem*.

8 Anularea apare deci ca o împuternicire a instanței de apel ce urmează a fi prevăzută la art. 385 CPC.

9 Norma procedural-civilă se referă atât la „actele de procedură ale instanței judecătorești, ale participanților la proces, cât și ale persoanelor legate de activitatea acestora”.

10 Sintagma „anularea actului procedurii defectuos” se referă la nulitatea relativă în condițiile în care actele de procedură pot fi afectate și de nulitate absolută. Pe larg în acest sens a se vedea M. Popa, Teoria generală a nulităților actelor de procedură civilă. București: All Beck, 2003.

procedură<sup>11</sup>, apare întrebarea în ce împrejurări poate fi anulată aceasta, din moment ce sancțiunea nulității îi este aplicabilă? Pentru a răspunde la această întrebare ținem să precizăm faptul că CPC se referă la anularea hotărârii în câteva cazuri: la art. 249 alin. (1), text care interzice instanței să *anuleze* sau să modifice propria hotărâre după pronunțarea acesteia; la art. 301 alin. (1), care dă dreptul instanței să-și *anuleze* propria hotărâre, în cazul apariției persoanei declarate dispărută fără veste sau decedată sau descoperirii locului ei de aflare; la art. 353 alin. (1), text care prevede opțiunea de *anulare* a ordonanței judecătorești<sup>12</sup> de către instanța care a emis ordonanța, în cazul admiterii obiecțiilor debitorului; la art. 449 lit. e), text ce se referă la *anularea* hotărârii judecătorești ce a servit drept temei pentru emiterea hotărârii sau deciziei a cărei revizuire se cere. În afară de cazurile semnalate, nulitatea se mai întâlnește și în cazul încheierii de scoatere a cererii de pe rol în condițiile art. 268 alin. (4) CPC, cu precizarea că legiuitorul se referă la nulitatea relativă. Din cele menționate, putem trage concluzia că nulitatea hotărârii/încheierii poate fi dispusă doar de către instanța emitentă, cu excepția cazului prevăzut la art. 375 alin. (3) CPC atunci când instanța de apel este cea care anulează hotărârea primei instanțe. Întorcându-ne la întrebarea noastră, unicul răspuns pe care îl putem da este că valorificarea sancțiunii nulității hotărârii judecătorești se face prin intermediul „*casării*” acesteia de către instanța de ierarhic superioară, la caz, cea de apel<sup>13</sup>. Pentru a corija aspectul terminologic semnalat considerăm că ar fi oportun a se limita câmpul de aplicare a noțiunii de „*casare*” doar la împuternicirile Curții Supreme de Justiție ca instanță de recurs și casație, dar având în vedere și funcția nomofilactică a dreptului care constituțional revine acesteia. Aceasta ar fi în consonanță și cu sensul autentic al noțiunii, sens pe care l-am semnalat *supra*. Instanța de apel ar trebui să aplice sancțiunea nulității hotărârii apelate prin „*anularea*” acesteia. În contextul paralelei făcute între apel și recurs, se mai desprinde o chestiune importantă de ordin terminologic în contextul în care apelul, spre deosebire de recurs, este o cale de atac devolutivă. Astfel, atât „*casarea*”, cât și „*anularea*” țin de ilegalitatea hotărârii contestate. Apare în aceasta situație un vid terminologic în raport cu hotărârile neîntemeiate. La momentul actual, noțiunea de „*casare*” acoperă și acest aspect, însă extinderea este oarecum artificială și forțată. Într-o viitoare reglementare s-ar impune identificarea unei noțiuni juridice adecvate pentru lipsirea de efecte juridice a unei hotărâri neîntemeiate<sup>14</sup>.

11 Pentru definiția actului de procedură civilă a se vedea O. Ungureanu, Actele de procedură în procesul civil. București: Șansa, 1994, p. 14.

12 Ordonanța judecătorească este o hotărârire judecătorească în sens larg.

13 La art. 480 alin. (2) din noul Cod de procedură civilă român spre exemplu, instanța de apel, în cazul admiterii apelului, poate „*anula, ori, după caz, schimba în tot sau în parte hotărârea apelată*”. Pentru un comentariu a normei arătate, a se vedea G. Boroș, O. Spineanu-Matei, A.L. Constanda et al., Noul Cod de Procedură Civilă. Comentariu pe articole. Vol. II. București: Hamangiu, 2016, p. 101.

14 În legislația procedurală civilă română, atât sub imperiu vechiului, cât și noului Cod de procedură civilă, prin „*schimbare*” se are în vedere tocmai situația hotărârii neîntemeiate. Pentru detalii a se vedea A. Ciucă, Apelul. București: Universul Juridic, 2008, p. 526

Limitându-ne la procedura de judecare a apelului civil, la momentul actual, sub aspectul efectelor constatăm o echivalență între noțiunile de „casare” și „anulare”. Deosebirea însă se desprinde din aspectul tehnic sau al modului de operare. Astfel, „casarea” este o sancțiune aplicabilă hotărârii netemeinice sau ilegale pe când „anularea” este o măsură a instanței ierarhic superioare în cazul în care hotărârea supusă controlului judiciar își pierde utilitatea ca urmare a renunțării reclamantului la acțiune, indiferent de calitatea acestuia în instanța de apel, sau a încheierii tranzacției judiciare dintre părți în virtutea principiului disponibilității.

Prin „*modificare*”<sup>15</sup> se are în vedere acea schimbare a conținutului hotărârii atacate care nu afectează însă soluțiile expuse în dispozitiv. Aplicarea greșită a legii la starea de fapt constatată de instanță, aprecierea greșită a probelor sunt temeuri de modificare a hotărârii atacate<sup>16</sup>. În cazul modificării, spre deosebire de casare, soluțiile adoptate asupra raporturilor litigioase rămân aceleași. La fel ca și casarea, modificarea poate fi atât totală cât și parțială.

Corectarea greșelilor materiale, a celor de calcul sau emiterea unei hotărâri suplimentare nu pot fi solicitate în apel, ori legiuitorul a prevăzut mijloace procesuale specifice pentru înlăturarea acestor neajunsuri<sup>17</sup>. Susținem acest punct de vedere pe motiv că respectivele mijloace procedurale sunt puse exclusiv la dispoziția instanței ce „a pronunțat hotărârea” ca expresie a legalei investiții a acesteia, chiar dacă aceste împuterniciri ale instanței nu sunt veritabile derogări cu caracter de excepție de la regula prevăzută de art. 249 alin. (1) CPC, potrivit căreia după pronunțarea hotărârii instanța emitentă nu mai este în drept să o anuleze sau să o modifice. În doctrină această regulă este calificată ca fiind unul din principalele efecte ale hotărârii judecătorești, fiind denumit efectul dezinfestării instanței<sup>18</sup>.

### ***Temeuri ce vizează netemeinicia hotărârii instanței de fond***

Temeinicia hotărârii judecătorești, ca act de dispoziție, este o formă a legalității, ori aceasta la fel este determinată de normele de procedură civilă. Temeinicia poate fi considerată ca fiind „legalitatea intrinsecă” a hotărârii, ori, aceasta vizează conținutul, iar legalitatea forma. Temeinicia constă în constatarea, ca rezultat al aprecierii probelor, a totalității faptelor juridice, în baza cărora instanța, aplicând dreptul obiectiv substanțial, deduce soluția pe care o aplică raportului juridic litigios<sup>19</sup>. Astfel, ana-

15 Sensul noțiunii date este similar cu cel al noțiunii de „*schimbare*” din legislația procedurală civilă română, recunoscut în perioada socialismului. Astfel, noțiunea de „*schimbare*”, deși s-a păstrat pînă în prezent în legislația română, a avut sensuri diferite pînă în decembrie 1989 și după. Pentru o abordare comparativă a se vedea A. Velescu, *Recursul civil*. București: Editura Științifică, 1965, p. 135-136 și A. Ciucă, *op. cit.*, p. 526.

16 I. Leș, *Tratat de drept procesual civil*, Ediția 5. Ed. C.H. Beck, București 2010, p. 729.

17 A se vedea art. 249-251 CPC.

18 A. Nicolae, *Relativitatea efectelor hotărârii judecătorești*, Ed. , București 2008, p. 4.

19 Гурвич М. А., *Решение советского суда в исковом производстве*. М., 1955, p. 13.



tomia temeiniciei hotărârii judecătorești poate fi privită ca întrunirea cumulativă a trei elemente: a) aprecierea probelor (temeinicie psihologică) b) totalitatea faptelor juridice (temeinicie faptică) c) norma de drept material (temeinicie legală). Pentru dezvăluirea esenței temeiurilor de casare sau modificare ce vizează netemeinicia hotărârii instanței de fond, acestea traluiesc coroborate cu elementele temeiniciei pe care le-am menționat anterior. De asemenea este important de precizat că temeiurile respective de casare nu trebuie confundate cu mijloacele de corectare a greșelilor materiale sau explicare a hotărârii prevăzut de art. 249-251 CPC. Calea de atac a apelului nu poate fi promovată având la bază temeiurile prevăzute de art. 249-251 CPC. O altă chestiune importantă este imposibilitatea invocării *ex officio* de către instanță a temeiurilor de casare sau modificare ce vizează temeinicia, concluzie dedusă din interpretarea *per a contrario* a art. 373 al. (4) CPC. Temeinicia hotărârii judecătorești este inerentă conceptului de adevăr judiciar<sup>20</sup>, iar abordarea acestui subiect în contextul procedurii de apel se circumscrie unor reguli fundamentale pe care se conturează efectul devolutiv al apelului; *tantum devolutum quantum appellatum* și *tantum devolutum quantum iudicatum*.

1. *Circumstanțe importante pentru soluționarea pricinii nu au fost constatate și elucidate pe deplin.*

Art. 386 alin. 1) lit. a) CPC conține primul temei de casare sau modificare a hotărârii instanței de fond. Respectivul temei este oglindirea elementului factual al temeiniciei unei hotărâri, ori acesta ține totalmente de completa determinare a faptelor importante pentru justa soluționare a pricinii. Din formularea primului temei de casare se desprind două situații: circumstanțe importante pentru soluționarea pricinii nu au fost *constatate* pe deplin și circumstanțe importante pentru soluționarea pricinii nu au fost *elucidate* pe deplin. Mai întâi de toate trebuie de menționat că terminologia legii de procedură civilă este una cel puțin imprecisă. Relativ la circumstanțe sau fapte aceasta utilizează trei verbe – „*a determina*” (art. 118 alin. (3)), „*a stabili*” (art. 240 al. (1)), „*a constata*” (art. 241 alin. (5)). Dacă comparăm ultimele două verbe, reieșind din sensul în care sunt utilizate de CPC, ajungem la concluzia că acestea sunt sinonime, astfel verbul „*a stabili*” fiind inutil. De aceea propunem substituirea sintagmei „*stabilite*”, din art. 240 alin. (1) CPC, cu sintagma „*constatate*”. Reieșind din inutilitatea verbului „*a stabili*”, considerăm imperioasă delimitarea strictă a celorlalte două verbe. Această delimitare derivă și din etapele pe care le parcurge faza judecării pricinii și anume din pregătirea pricinii pentru dezbateri judiciare<sup>21</sup> și dezbaterile judiciare. Prin verbul „*a constata*”, în sensul utilizat de legea procesual civilă, se înțelege stabilirea

20 Fală N., Mărgineanu L. Dimensiunea juridico-morală a principiului aflării adevărului în procesul civil. În: Revista studii juridice universitare, Chișinău, nr. 1-2, 2015, p. 114

21 Sarcina pregătirii pricinii pentru dezbateri judiciare, potrivit art. 183 al. (1), este de a asigura judecarea justă și promptă a pricinii. A se vedea de asemenea I. Leș, Noul Cod de Procedură Civilă. Comentariu pe articole, Ed. C. H. Beck, București 2013, comentariul art. 237, p. 375-377.

existenței sau inexistenței unui fapt. Din art. 118 alin. (3) cu art. 183 alin. (2) lit. b) din legea de procedură civilă desprindem ideea că mai întâi circumstanțele importante pentru justa soluționarea a pricinii sunt *determinate* de către instanță, adică doar se determină totalitatea acestora, se izolează prin activități intelectuale și procesuale în cercul obiectului probațiunii, fără a se purcede la elucidare și constatare. De aceea considerăm că verbul „a constata” este eronat folosit la art. 183 alin. (2) lit. b) și pe cale de consecință și în art. 386 alin. (1) lit. a), în opinia noastră fiind potrivit verbul „a determina”, ori *constatarea* circumstanțelor este o operațiune improprie fazei de pregătire a pricinii pentru dezbateri judiciare, iar obligația instanței prevăzută de art. 118 alin. (3), în opinia noastră este fundamentul juridic al temeiului de casare analizat. Este important de precizat că determinarea circumstanțelor importante pentru justa soluționare a pricinii este o activitate ce, în mod normal are loc la faza de pregătire a pricinii pentru dezbateri judiciare, însă nu este exclus ca aceasta să continue și la faza dezbaterii în fond a pricinii, în măsura în care circumstanțe importante pentru justa soluționare a pricinii derivă din dezbaterile contradictorii, din modificarea obiectului sau din cercetarea probelor, amplificarea cadrului procesual. Din punct de vedere a tehnicii de relaționare a judecătorului prin actul jurisdicțional, în etapa deliberării ar fi optim și util, de sinteză, să determine care a fost obiectul probațiunii *in concerto*, iar ulterior de constatat care fapte s-au adevărit pe parcursul dezbaterilor.

Prin circumstanțe importante pentru soluționarea pricinii se are în vedere acele fapte juridice *lato sensu*, din care derivă, care modifică sau sting raportul juridic litigios și efectele acestuia (inclusiv efectele față de terți). Totalitatea acestor circumstanțe se suprapune cu obiectul probațiunii, deci determinarea incompletă a circumstanțelor importante pentru soluționarea pricinii duce la stabilirea eronată sau incompletă a obiectului probațiunii și, evident, la soluționarea greșită a pricinii. Determinarea corectă a respectivelor circumstanțe trebuie să pornească de la pretențiile și apărările părților și a altor participanți la proces, precum și de la normele de drept material aplicabile raporturilor litigioase<sup>22</sup>. În această ordine de idei omisiunea instanței de a se pronunța asupra unui capăt de cerere (așa-numita *minus petitia*) sau asupra unei apărări, omisiunea instanței de a se pronunța din oficiu asupra unor fapte prevăzute de lege, cum ar fi de exemplu invocarea nulității absolute, în condițiile art. 217 alin. (1) CC<sup>23</sup> se încadrează în temeiul de casare analizat. De asemenea, vrem să precizăm că temeiul de casare analizat presupune doar determinarea incompletă a circumstanțelor importante pentru pricină, astfel cazurile de *extra petitia* sau *plus petitia* nu se încadrează în respectivul temei de casare, ori determinarea circumstanțelor în asemenea cazuri este excesivă și nu incompletă.

În altă ordine de idei, urmează de precizat că *elucidarea* circumstanțelor importante pentru judecarea pricinii este o obligație a instanței prevăzută de art. 211 alin.

22 Pentru detalii a se vedea Гольмстен А. Х., Учебник гражданского судопроизводства, С.-Петербург 1913, p. 623.

23 Cod civil al Republicii Moldova Nr. 1107 din 06.06.2002, publicat la 22.06.2002 în Monitorul Oficial Nr. 82-86, art. Nr: 661. – în continuare CC

(1) CPC. Prin verbul „a elucida” urmează de înțeles acțiunea de a clarifica, a elimina ipotezele greșite cu privire la circumstanțele pricinii și a menține pe cele corecte. Din start menționăm că legiuitorul și de această dată dublează inutil, printr-un sinonim, verbul respectiv. Astfel, sintagma „clarificarea” din cuprinsul art. 240 alin. (2) CPC, urmează a fi substituită prin sintagma „elucidarea”. Necesitatea *elucidării* circumstanțelor importante pentru justa soluționare a pricinii derivă din contradictorialitatea intereselor părților litigante<sup>24</sup>. Astfel, reclamantul în cererea introductivă de instanță cât și în cursul dezbaterilor va stăruii asupra acelor circumstanțe care-i sunt favorabile, la fel va proceda și pârâtul. Anume în aceste condiții instanța de judecată trebuie să joace un rol activ în aflarea adevărului prin eliminarea circumstanțelor irelevante din cadrul dezbaterilor, prin verificarea tuturor ipotezelor posibile astfel încât, în principiu, odată cu elucidarea tuturor aspectelor controversate se finalizează și faza judecării în fond a pricinii.

2. *Circumstanțe importante pentru soluționarea pricinii, pe care prima instanță le consideră constatate, nu au fost dovedite cu probe veridice și suficiente.*

Art. 386 alin. 1) lit. b) CPC conține al doilea temei de casare sau modificare a hotărârii instanței de fond. Având în vedere că prin *constatare* se are în vedere stabilirea existenței sau inexistenței unui fapt, putem menționa că aceasta este o activitate ce coincide cu aprecierea probelor la faza deliberării. Așa-dar, după determinarea circumstanțelor importante pentru justa soluționare a pricinii și cercetarea probelor care confirmă sau infirmă respectivele circumstanțe, urmează ca instanța să determine care din aceste circumstanțe sunt constatate și care nu. Acest aspect este expres prevăzut de art. 240 alin. (1) CPC ca fiind una din problemele soluționate la deliberarea hotărârii. Însă existența sau inexistența unei circumstanțe anumite poate fi constatată doar în baza probelor administrate și apreciate nemijlocit de către instanță. În acest context urmează de precizat că *dovedirea* circumstanțelor importante pentru justa soluționare a pricinii trebuie înțeleasă ca fiind constatarea acestora cu probe<sup>25</sup>. Ne pare incontestabil faptul că constatarea circumstanțelor ce nu este întemeiată pe probe sau este întemeiată pe probe inadmisibile sau insuficiente reprezintă un caz de arbitrarium al instanței ce încalcă toate principiile fundamentale ale procesului civil. De aceea instanța de judecată trebuie să aplice cu maximă precauție art. 123 CPC, care prevede unele excepții așa cum ar fi faptele de notorietate publică, care pot fi puse la baza hotărârii fără a fi dovedite în genere. În acest sens, faptele cunoscute personal de către magistrat din surse neprocesuale nu pot fi puse la baza hotărârii fără a fi probate în modul stabilit de lege<sup>26</sup>.

Sub aspectul condițiilor probelor – veridicitate și suficiență – urmează de precizat că fundamentul juridic al acestui aspect este art. 130 CPC. Astfel, fiecare probă se apreciază sub aspectul pertinentei, admisibilității și veridicității, iar toate pro-

24 A se vedea Васильковский Е. В., Курс гражданского процесса, Том I, Москва 1913, p. 420.

25 G. Tocilescu, Cours de procédure civile, Partie III-a, București, Tip. Gutenberg, 1893, p. 403.

26 G. Tocilescu, *op. cit.*, p. 415.

bele în ansamblu, privitor la suficiență și interconexiune. În ipoteza în care proba este veridică și suficientă, însă este obținută spre exemplu cu încălcarea legii apare ca evidentă incidența temeiului de casare analizat în cazul exercitării căii de atac a apelului. De aceea considerăm că sintagma „*cu probe veridice și suficiente*” din cuprinsul art. 386 alin. (1) lit b) este inutilă și trebuie abrogată. Sarcina determinării condițiilor și limitelor de aplicare a temeiului de casare analizat trebuie să-i revină doctrinei. Astfel, considerăm că nerespectarea măcar a uneia din condițiile probei impuse de lege face hotărârea primei instanțe pasibilă de casare sau, după caz, modificare. Deci în caz general, temeiul de casare analizat va fi aplicabil dacă circumstanțele importante pentru justa soluționare a pricinii, pe care instanța își întemeiază concluziile și respectiv soluția, nu sunt insuficient probate sau nu sunt deloc probate, ipoteza ce presupune și lipsa măcar a unei condiții a probei indicată expres la art. 130 alin. (3) CPC.

*3. Concluziile primei instanțe, expuse în hotărâre, sânt în contradicție cu circumstanțele pricinii.*

Prin *concluzie* urmează de înțeles o încheiere asupra unor fapte dedusă dintr-un șir de raționamente logice. În cadrul procesului civil concluziile reprezintă un element indispensabil oricărei hotărâri judecătorești. Din dispozițiile art. 241 alin. (5) CPC, se desprinde ideea conform căreia concluziile sunt întemeiate pe probele cu ajutorul cărora instanța constată elementul faptic al litigiului. Astfel, contradicția dintre concluzii și circumstanțele pricinii se manifestă prin lipsa identității dintre circumstanțele cu privire la care au fost formulate concluziile (obiectul concluziilor) și circumstanțele pricinii care derivă din afirmațiile părților și altor participanți la proces, precum și din normele de drept material și procedural. Aceasta înseamnă că instanța a apreciat eronat probele, astfel încât raționamentele acesteia se abat de la regulile elementare ale logicii, ori aprecierea probelor este un proces psihologic al magistratului ce constă din raționamente logice. De asemenea trebuie de precizat că nu orice contradicție este casabilă. Pentru a fi susceptibilă de casare contradicția trebuie să fie generat soluții eronate, expuse în dispozitiv. În cazul în care instanța a soluționat în fond corect, hotărârea trebuie doar modificată în măsura ajustării concluziilor, pe de o parte circumstanțelor pricinii, iar pe de altă parte dezlegării date de instanță raporturilor litigioase.

### **Temeiuri ce vizează nelegalitatea hotărârii instanței de fond**

*4. Normele de drept material sau normele de drept procedural au fost încălcate sau aplicate eronat*

Legalitatea hotărârii judecătorești este o condiție *sine qua non* de eficacitate a acesteia. Conținutul legalității este relevat de art. 12 CPC. Importanța acesteia este de ordine publică, de aceea controlul legalității *ex officio* este o obligație a instanței de apel, indiferent de motivele invocate de apelant. Legalitatea hotărârii este instituită de legiuitor în legea de procedură civilă sub două aspecte: a) legalitate materială

(aplicarea corectă a normelor de drept material) și b) legalitate formală (aplicarea corectă a normelor de drept procedural). Astfel, încălcarea sau aplicarea eronată a normelor de drept material sau a normelor de drept procedural este casabilă în temeiul art. 386 alin. (1) lit. d), 387 și 388 CPC.

### **Încălcarea sau aplicarea eronată a normelor de drept material**

Art. 387 CPC reglementează expres patru ipoteze în care normele de drept material au fost încălcate sau aplicate eronat de către instanța judecătorească: a) nu a aplicat legea care trebuia să fie aplicată b) a aplicat o lege care nu trebuia să fie aplicată c) a interpretat eronat legea d) a aplicat eronat analogia legii sau analogia dreptului.

a) *instanța nu a aplicat legea care trebuia să fie aplicată.* Acest temei de casare vizează greșita calificare juridică a raporturilor materiale litigioase. Pentru o calificare corectă instanța trebuie să țină cont de structura logico-juridică a normelor de drept privat – ipoteză, dispoziție și sancțiune. Astfel, calificarea se face conform ipotezei în baza identității circumstanțelor prevăzute de aceasta cu circumstanțele reale ale pricinii. Calificarea va fi întotdeauna greșită dacă există o normă, ipoteza căreia coincide mai mult decât ipoteza normei aplicate de instanță. Erorile judiciare de multe ori se datorează paralelismului legislativ, ori deseori aceleași relații sociale sunt reglementate de două sau mai multe acte normative. În acest context amintim regula aplicării legii speciale în raport cu cea generală și regula aplicării legii mai noi în cazul în care legile concurente au aceeași forță juridică. De asemenea, considerăm aplicabil temeiul de casare analizat în situația în care instanța aplică o normă ce nu a intrat în vigoare sau o normă abrogată, fie prin lege organică, fie că a fost declarată neconstituțională. Aplicarea normelor ce nu sânt în vigoare este un aspect al depășirii de către instanță a atribuțiilor autorității judecătorești. În ipoteza în care instanța a soluționat corect litigiul, însă a omis să indice normele de calificare, instanța de apel urmează pur și simplu să înlăture omisiunea fără însă a casa hotărârea respectivă.

b) *a aplicat o lege care nu trebuia să fie aplicată.* Din start vrem să menționăm că, în opinia noastră, acest temei de casare este absolut inutil și urmează a fi abrogat. Din moment ce nu s-a aplicat legea care trebuia să fie aplicată, nu mai are nici o relevanță aplicarea unei legi nepotrivite sau neaplicarea în genere a vreunei legi. Astfel, acest temei de casare este un aspect particular al primului temei.

c) *a interpretat eronat legea.* Pentru corecta aplicare a legii nu este suficient a cunoaște la perfecție textele, ci e mai e necesar a cunoaște și limitele de aplicare a acestora – *scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*<sup>27</sup>. *Limitele de aplicare a normei juridice se deduc în urma interpretării acestora, fie de către legiuitor, fie de către instanța de judecată, fie de doctrină. În teoria dreptului civil interpretarea este definită ca fiind operația logico-juridică de stabilire a sensului exact, câmpului de aplicare, efectelor și scopului normei supuse interpre-*

---

27 Васильковский Е. В., Учение о толковании и применении гражданских законов, Экономическая Типография, Одесса 1901, p. 20.

tării<sup>28</sup>. Aceasta se datorează faptului că norma juridică prescrie o conduită generală și impersonală, iar activitatea de înfăptuire a justiției constă tocmai în ajustarea normelor juridice la fapte și persoane concrete. Sub acest aspect instanța urmează să țină cont și să aplice metodele de interpretare – logică, sistemică, teleologică, literală etc. În principiu interpretarea eronată se reduce la constatarea existenței sau a inexistenței drepturilor și obligațiilor ca rezultat al interpretării extensive a normelor de strictă interpretare sau a interpretării restrictive a normelor ce pot fi interpretate extensiv. Considerăm oportun a menționa că instanța nu este obligată a cunoaște legea străină sau uzanțele, probarea conținutului cărora este în seama părții interesate, de aceea aplicarea eronată a acestora nu este casabilă în baza temeiului analizat. În cazul unei dezlegări corecte a litigiului în condițiile aplicării eronate a legii hotărârea atacată urmează a fi doar modificată.

d) a aplicat eronat analogia legii sau analogia dreptului. Potrivit art. 12 alin. (3) CPC în caz de inexistență a normei juridice care să reglementeze raportul litigios, se aplică normele unei instituții similare (analogia legii), iar în caz că acestea lipsesc, se aplică principiile de drept pornind de la sensul legislației în vigoare (analogia dreptului). Există un principiu în dreptul procesual civil potrivit căruia judecătorul nu poate refuza tranșarea litigiului pe motiv de obscuritate sau inexistență a normei de drept sub pedeapsă de denegrare de dreptate<sup>29</sup>. Rațiunea intrinsecă a analogiei constă în aplicarea unui tratament similar situațiilor similare – *ubi eadem ratio, ibi eadem solutio*. Aplicarea eronată a analogiei poate viza ipoteza în care: a) se aplică analogia legii în timp ce există o normă ce reglementează raportul material litigios b) se aplică analogia dreptului în timp ce există o normă ce reglementează raporturi juridice similare cu raportul material litigios c) se aplică prin analogie o normă nepotrivită. De asemenea, la aplicarea analogiei, instanța va ține cont de regula potrivit căreia excepțiile nu pot fi interpretate extensiv. În acest sens art. 12 alin. (3) CPC prevede expres normele, aplicarea cărora prin analogie este oprită: a) norma ce derogă de la dispozițiile generale b) norma ce restrânge drepturi c) norma ce stabilește sancțiuni suplimentare.

### **Încălcarea sau aplicarea eronată a normelor de drept procedural**

Art. 388 CPC prevede două reguli de aplicare a temeiurilor de casare din cauza încălcării sau aplicării eronate a normelor de drept procedural. În primul rând, dacă se constată vreo încălcare sau aplicare eronată a normelor de drept procedural prevăzută expres de art. 388 alin. (1) CPC, hotărârea atacată urmează a fi casată, independent de argumentele cererii de apel. Sub acest aspect urmează de precizat că instanța de apel verifică legalitatea din oficiu. Ipoteza modificării hotărârii atacate este exclusă, iar casarea este totală. Întra-al doilea rând, hotărârea atacată urmează

---

28 Pentru o dezvoltare mai amplă a se vedea I. Dogaru, D. C. Dănișor, N. Popa, S. Cercel (coord.), Bazele dreptului civil, Volumul I, Teoria generală, București, Ed. C. H. Beck 2008, p. 352-363.

29 G. Tocilescu, *op. cit.*, p. 414-415.

a fi casată, dacă se constată alte încălcări decât cele expres prevăzute de art. 388 alin. (1), doar dacă încălcările respective au dus sau au fi putut duce la soluționarea eronată a pricinii. Referitor la această regulă, considerăm oportun a preciza că dacă ipoteza în care încălcările normelor de drept procedural au dus la soluționarea greșită a pricinii nu suscită mari dificultăți la aplicare, atunci ipoteza în care încălcările au fi putut duce la soluționarea greșită ne pare cel puțin imprecisă. Una din condițiile exercitării acțiunii civile este justificarea unui interes, iar sub acest aspect cererea de apel prin care se va solicita casarea hotărârii instanței de fond pe motiv că ar fi comis o încălcare a normelor de drept procedural ce au fi putut duce la soluționarea eronată a pricinii ne pare lipsită de interes atâta timp cât soluția este corectă. Considerăm că doar lezarea efectivă a unor drepturi prin încălcarea sau aplicarea eronată a normelor de drept procedural este casabilă. În acest sens facem trimitere și la art. 386 alin. (2) CPC, care oprește casarea hotărârii legală în fond doar din motive formale.

În continuare vom purcede la analiza fiecărui temei de casare prevăzut de art. 388 alin. (1) CPC.

a) *pricina a fost judecată de un complet de judecată compus ilegal*. Imparțialitatea magistratului este un element indispensabil al legalității. În acest sens legiuitorul a reglementat expres anumite garanții, care vin să asigure imparțialitatea și nepărținirea magistratului investit cu judecarea pricinii. Încălcarea în instanța de fond a normelor ce asigură imparțialitatea magistratului face ca hotărârea pronunțată de acesta să fie casabilă în baza temeiului de casare analizat.

Considerăm oportun a preciza din start că este greșit a confunda compunerea completului cu constituirea instanței<sup>30</sup>. În timp ce compunerea completului de judecată vizează numărul și admisibilitatea judecătorilor din care acesta este compus, constituirea instanței este o noțiune mai largă în care se circumscrie totalmente și compunerea completului<sup>31</sup>. Însă constituirea instanței vizează nu doar pe judecătorul/ii din care este compus completul, ci și pe alți participanți la proces, cum ar fi de exemplu grefierul sau autoritatea tutelară, participarea căreia potrivit art. 73 al. (1) din Codul Familiei este obligatorie la examinarea de către instanța judecătorească a litigiilor privind educația copilului. Reieșind din caracterul imperativ al aceluiași art. 73 al. (1) din Codul Familiei considerăm că omisiunea instanței de a atrage în proces autoritatea tutelară în cauzele respective va duce inevitabil la casarea hotărârii cu trimiterea la rejudecare. Însă, pornind de la formularea temeiului de casare analizat, constatăm lipsa suportului legal pentru casarea hotărârilor ce au respectat

30 În doctrina română este practic unanim recunoscută și acceptată delimitarea celor două noțiuni, pentru exemple selective a se vedea C. Vicol, *Recursul*. Doctrină și Jurisprudență, Ed. "Întreprinderile Alexandru I. Botez", București, 1946, p. 57-59; M. Tăbârcă, *Drept procesual civil*, vol. I. Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 186-191; G. Boroi, *Noul Cod de procedură civilă*. Comentariu pe articole, Vol. I, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 937-938.

31 Pentru dezvoltări a se vedea V. Negru, D. Radu, *Drept procesual civil*. Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1972, p. 41. Pentru critica acestei opinii a se vedea I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, vol. I. Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 640-641.

normele cu privire la compunerea completului, dar au nesocotit normele cu privire la constituirea instanței. În acest context putem afirma că și respingerea eronată a cererii de recuzare a grefierului face hotărârea atacată casabilă. În asemenea condiții, cu titlu *de lege ferenda*, propunem reformularea temeiului de casare prevăzut de art. 388 al. (1) lit. a) CPC prin sintagma „*instanța a fost constituită ilegal*”. În redacția propusă, temeiul de casare își va lărgi limitele de aplicare și la alți participanți la proces, cum ar fi grefierul, expertul, specialistul sau autoritățile publice, participarea cărora în anumite cazuri expres prevăzute de lege este obligatorie.

Reieșind din formularea actuală a temeiului de casare analizat, în primul rând trebuie de menționat că, legalitatea compunerii completului de judecată trebuie privită atât sub aspect cantitativ, cât și sub aspect calitativ. Este o abordare ce se desprinde din reglementările procedural-civile cu privire la completul de judecată și recuzări<sup>32</sup>, abordare preluată și de doctrină<sup>33</sup>. Aspectul cantitativ al compunerii completului de judecată vizează numărul de judecători din care este compus acesta, iar aspectul calitativ vizează posibilitatea respectivului/lor judecător/i de a face parte din complet.

Abordând aspectul cantitativ al compunerii completului de judecată trebuie de menționat că potrivit art. 46 al. (1) CPC, pricinile civile în prima instanță se judecă de un singur judecător sau dintr-un complet de trei judecători. Astfel, hotărârea atacată este casabilă dacă completul de judecată la instanța de fond a fost compus nejustificat din trei judecători și respectiv când pricina a fost judecată de un singur judecător în timp ce, reieșind din complexitatea pricinii, aceasta trebuia să se judece în complet de trei judecători. Hotărârea atacată urmează a fi casată în baza temeiului analizat și în ipoteza în care la materialele dosarului lipsește rezoluția președintelui instanței de fond prin care acesta soluționează problema judecării colegiale în complet de trei judecători, ori în lipsa acesteia compunerea completului din trei judecători este ilegală.

Sub aspect calitativ, hotărârea instanței de fond urmează a fi casată dacă nu s-au respectat normele cu privire la inadmisibilitatea participării repetate a judecătorului la judecarea aceleiași pricini, recuzare și abținere.

Inadmisibilitatea participării repetate a judecătorului la judecarea aceleiași pricini este reglementată de art. 49 CPC. În doctrină inadmisibilitatea participării repetate mai este denumită incompatibilitate<sup>34</sup>. Din coroborarea art. 49 și a art. 388 alin. (1) lit. a) CPC, putem deduce limitele de aplicare a temeiului de casare analizat sub aspectul incompatibilității. Astfel, normele cu privire la incompatibilitate sunt aplicabile doar în cazul rejudecării pricinii, adică pricina se află din nou pe rolul instanței de apel, fiind anterior casată și trimisă la rejudecare, fie de către instanța de apel, fie de către instanța de recurs. Deci hotărârea instanței de fond este pasibilă de casare în cazul în care judecătorul care a pronunțat hotărârea atacată sau unul din judecătorii completului de la instanța de fond a luat parte anterior la judecarea pricinii în instanța

32 Art. 46-54 CPC

33 A se vedea de exemplu *M. Tăbârcă*, *Excepțiile procesuale în procesul civil*, Ediția a II-a, Ed. Universul Juridic, 2006, p. 229-230.

34 A se vedea cu titlu de exemplu *I. Leș*, *Tratat...*, p. 302-303.



de fond, de apel sau recurs. Soluția respectivă ni se pare una logică, ori este greu de imaginat că judecătorul care s-a pronunțat odată asupra fondului își va schimba opinia ulterior. Totuși incompatibilitatea nu se referă la cazul în care judecătorul nu a intrat în fondul pricinii. De aceea hotărârea atacată cu apel nu va putea fi casată în temeiul art. 388 al. (1) lit. a) CPC în cazul în care aceasta a fost pronunțată de un judecător care, spre exemplu, anterior și-a declinat competența. Alte cazuri de incompatibilitate, neprevăzute expres în legea de procedură civilă, pot fi deduse din prevederile Legii cu privire la statutul judecătorului<sup>35</sup> și a Codului Muncii<sup>36</sup>. Astfel, spre exemplu, din interpretarea coroborată a prevederilor art. 75 alin. (2) din Codului Muncii și art. 24 din Legea cu privire la statutul judecătorului, rezultă că participarea la judecarea cauzei a unui judecător suspendat face aplicabil temeiul de casare analizat. Art. 388 alin. (1) lit. a) este aplicabil și în raport cu detașarea, demisia, și concedierea judecătorului. Nu în ultimul rând, menționăm că normele cu privire la inadmisibilitatea participării repetate a judecătorului la judecarea aceleiași pricini sunt imperative, de ordine publică, ceea ce permite invocarea nerespectării acestora în orice fază a procesului. Fiind de ordine publică, incompatibilitatea nu poate fi ratificată prin tăcerea părților, instanța de apel fiind în drept a o invoca *ex officio*.

În ceea ce privește recuzarea și abținerea, acestea sunt două fațete ale aceleiași monede, recuzarea fiind un drept al participanților la proces, iar abținerea o obligație a judecătorilor<sup>37</sup>, temeiurile fiind identice. Astfel, aplicarea temeiului de casare analizat sub aspectul recuzării și abținerii derivă din neobservarea de către judecătorul/ii instanței de fond a normelor prevăzute de art. 50 și 52 CPC. Nu vom enumera temeiurile de recuzare și abținere, limitându-ne doar la condițiile în care poate opera temeiul de casare analizat sub aspectul încălcării art. 50 și 52 CPC de către judecătorul/ii instanței de fond. Normele cu privire la recuzare și abținere nu sunt de ordine publică, spre deosebire de cele cu privire la incompatibilitate, acestea protejund interese private. De aceea, pe lângă neobservarea normelor procesuale cu privire la recuzare și abținere, mai este necesar ca partea interesată să formuleze o cerere de recuzare care să fie neîntemeiat respinsă. În afară de aceste două condiții, este necesar ca cererea de recuzare să fie formulată până la începerea dezbaterii în fond a pricinii sub sancțiunea decăderii. Astfel, în cazul în care partea interesată a cunoscut sau trebuia să cunoască temeiul de recuzare până la începerea dezbaterii în fond a pricinii și a omis să formuleze, verbal sau în scris, cerere de recuzare, se prezumă că aceasta încredințează instanței judecarea cauzei sale și renunță la invocarea recuzării. În acest caz hotărârea instanței de fond nu este casabilă pe terenul temeiului de casare analizat. În cazul în care temeiurile de recuzare au devenit cu-

35 Legea cu privire la statutul judecătorului nr. 544 din 20.07.1995. Publicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 15-17 din 22.01.2013.

36 Codul muncii al Republicii Moldova din 28.03.2003. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 159-162 din 29.07.2003.

37 Pentru un studiu aprofundat al instituției recuzării și abținerii a se vedea D. I. Cotrutz, Recuzarea. Procedura recuzării și abținerea judecătorilor, Ed. Curierul Judiciar, București, 1930.

noscute părții interesate după începerea dezbaterilor în fond aceasta este în drept să formuleze cerere de recuzare, dar nu mai târziu de prima ședință ce urmează după aflarea respectivelor temeuri. Chestiunea de a se ști dacă este aplicabil temeiul de casare analizat în ipoteza în care temeiurile de recuzare au devenit cunoscute părții interesate deja după dezinvestirea instanței de fond, în cursul exercitării controlului judiciar în ordine de apel este controversată. În asemenea caz, temeiul de casare analizat îl considerăm aplicabil<sup>38</sup>. În ipoteza reformulării art. 388 alin. (1) lit. a) CPC în redacția propusă *supra*, neobservarea formelor de procedură prevăzute de art. 51 CPC de asemenea face aplicabil temeiul de casare analizat, evident, cu respectarea condițiilor enumerate. Încălcarea principiului continuității este o altă ipoteză de aplicare a temeiului de casare prevăzut de art. 388 alin. (1) lit. a) CPC. Potrivit acestui principiu, judecătorul legal investit nu mai poate fi înlocuit în cursul procesului decât pentru motive strict și limitativ reglementate de lege. Astfel, dacă se constată, din studierea proceselor-verbale, că măcar la o ședință de judecată a participat fără vreun temei legal un judecător străin completului inițial, actul de dispoziție al unei astfel de instanțe va fi casabil pentru ilegala compunere a completului<sup>39</sup>.

b) *pricina a fost judecată de instanță în absența unui participant la proces căruia nu i s-a comunicat locul, data și ora ședinței de judecată*. Casarea hotărârii instanței de fond pentru judecarea în absența participantului la proces căruia nu i s-a comunicat locul, data și ora ședinței de judecată își găsește justificarea în imperativitatea principiului contradictorialității și egalității părților în drepturi procedurale. Potrivit art. 26 al. (2) CPC „*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 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*”. În afară de contradictorialitate, temeiul de casare analizat se mai fundamentează și pe principiul dreptului la apărare<sup>40</sup>, principiu ce nu este reglementat expres în legea de procedură civilă, fapt regretabil, ori legiuitorul confundă cele două principii fundamentale ale procesului civil reieșind din formularea art. 26 alin. (2) CPC. Cu toate acestea însă principiul dreptului la apărare este de ordin constituțional, iar caracterul

---

38 Soluția dată este acceptată și de doctrina autohtonă. A se vedea de exemplu *D. Visternicean, A. Munteanu*, *Apelul*, în *Manualul judecătorului pentru cauze civile*, Ed. Tipografia Centrală, Chișinău, 2013, p. 362.

39 *C. Vicol*, op. cit., p. 62-63.

40 Pentru o fundamentare originală a importanței legalei citări a părților și a efectelor nerespectării acesteia a se vedea *E. Herovanu*, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, Ed. Institutului de Arte Grafice Viața Românească, Iași, 1926, p. 111-112 și notele din subsol. Autorul susține ideea inopozabilității „actului judecătoresc” persoanei care nu a participat sau căreia nu i s-a dat puțința de a participa efectiv la el. Această inopozabilitate reprezintă o știrbire a autorității lucrului judecat.

său imperativ nu poate fi pus în discuție. De aceea ori de câte ori se va constata că hotărârea instanței de fond este viciată de nerespectarea normelor procedurale cu privire la citarea participanților la proces aceasta va fi casabilă în baza temeiului de casare analizat. Însă ținem să precizăm că, reieșind din formularea art. 388 alin. (1) lit. a) CPC, apar dificultăți la stabilirea limitelor aplicării normei date. Acesta nu se extinde total asupra lipsei sau ilegalității citării participanților la proces, ci doar asupra comunicării locului, datei și orei de prezentare. Spre exemplu ipoteza în care participantul la proces este citat prin publicitate în timp ce domiciliul acestuia este cunoscut nu se încadrează în temeiul de casare analizat dacă e să ne raportăm strict la textul legal. Reieșind din cele menționate considerăm că temeiul de casare analizat necesită a fi reformulat, ori în actuala redacție, acesta nu cuprinde toate ilegalitățile ce țin de procedura de citare. Cu titlu *de lege ferenda*, propunem următoarea redacție a art. 388 alin. (1) lit. b) CPC: „*pricina a fost judecată de instanță în absența participantului la proces ce nu a fost legal citat*”. În viziunea noastră, viciile cu privire la ilegalitatea procedurii de comunicare a actelor de procedură în general sunt censurabile în baza art. 388 alin. (2) CPC, evident, cu excepția acelor vicii strict determinate de temeiul de casare analizat.

Aplicabilitatea temeiului de casare analizat derivă din întrunirea cumulativă a trei condiții: pricina a fost judecată în lipsa unui participant la proces; absența acestuia se datorează unui viciu al procedurii de citare<sup>41</sup>; acțiunile procedurale efectuate în lipsa sa nu au fost refăcute.

Referitor la prima condiție ținem să precizăm că norma analizată vizează, reieșind din prevederile art. 55 CPC, părțile litigante, intervenienții principali și accesorii, procurorul, petiționarii, persoanele care, în conformitate cu art.7 alin. (2), art.73 și 74, sânt împuternicite să adreseze în instanță cereri în apărarea drepturilor, libertăților și intereselor legitime ale unor alte persoane sau care intervin în proces pentru a depune concluzii în apărarea drepturilor unor alte persoane, precum și persoanele interesate în pricinile cu procedură specială. Norma respectivă nu se extinde asupra altor persoane antrenate în proces, decât cele prevăzute expres de art. 55 CPC. Al doilea aspect al condiției analizate este cel ce ține de lipsa participantului. Prin lipsa participantului trebuie de înțeles că participantul vizat nu este fizic prezent în ședință. Aceasta este unica soluția acceptabilă, ori, potrivit art. 102 alin. (5) CPC, prezentarea părții în instanță, în persoană sau prin reprezentant, acoperă orice viciu de înmânare a citației. Aceasta este o veritabilă excepție cu caracter derogatoriu de la regula potrivit căreia nulitatea absolută nu poate fi ratificată<sup>42</sup>, ori normele cu privire la comunicarea actelor de procedură sunt de ordine publică<sup>43</sup>. În acest context ținem să precizăm că omisiunea instanței de a satisface cererea părții necitate legal

41 Procedura citării și comunicării actelor de procedură este reglementată de Capitolul VIII CPC – art. 100-109.

42 A. *Suciu*, *Excepțiile procesuale în Noul Cod de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 420.

43 A se vedea în acest sens I. *Leș*, *Comentariu...*, p. 254.

de a amâna procesul este casabilă în baza normei analizate. În asemenea situație acoperirea viciului de înmânare a citației nu poate opera din cauza imposibilității efective a părții necitate legal să-și valorifice dreptul său constituțional la apărare. În același timp situația respectivă reprezintă o excepție de la regula generală, ori participantul la proces este prezent în ședința de judecată.

A doua condiție de operare a temeiului de casare analizat ține de absența participantului la proces din cauza că nu a fost citat în modul stabilit lege. Cu alte cuvinte e necesar a se dovedi legătura causală dintre ilegalitatea citării și absența participantului la proces. Astfel, nu vom descrie procedura citării prevăzută de legea de procedură civilă, ci vom puncta doar acele abateri de la această procedură ce au drept consecință absența participantului la proces și evident, casarea hotărârii în baza temeiului de casare analizat. În primul rând ținem să menționăm că cel mai flagrant mod de încălcare a procedurii de citare este necitarea. Aceasta poate fi constatată prin lipsa avizului de recepție din dosar, a lipsei semnăturii părții la ședința anterioară sau în genere prin lipsa cărorva dovezi de citare. Într-al doilea rând legea de procedură civilă prevede trei modalități de citare. În afară de procedura standard de citare, prevăzută de art. 105 alin. (1) CPC, mai sunt modalități alternative și subsidiare. Astfel, spre exemplu modalitatea de citare prevăzută de art. 105 alin. (1<sup>1</sup>) CPC este una subsidiară, ori instanța nu poate uza de această modalitate pentru prima ședință de judecată și prin această modalitate se poate acoperi viciul citării standard în cursul procesului<sup>44</sup>. În ceea ce privește modalitățile alternative de citare, acestea au un regim similar cu cel al procedurii standard, însă se recurge la aceste modalități în caz de ineficiență a procedurii standard. Astfel, procedura de citare este considerată a fi viciată în situația în care domiciliul pârâtului este cunoscut, însă acesta este citat prin publicitate, modalitate alternativă de citare reglementată de art. 108 CPC. Un alt viciu al procedurii de citare, care nefiind acoperit, duce la casarea hotărârii instanței de fond este omisiunea de a se indica expres locul, data și ora prezentării în cuprinsul citației sau alte elemente esențiale ale citației prevăzute de art. 103 alin. (1) CPC. Reieșind iarăși din formularea temeiului de casare analizat, omisiunea de a indica expres în citație alte informații esențiale, cum ar fi pricina pentru care se face citarea, nu s-ar încadra în limitele de aplicare a temeiului respectiv de casare, motiv din care insistăm asupra reformulării art. 388 alin. (1) lit. b) CPC. Considerăm că asemenea omisiuni constituie indubitabil vicii ale procedurii de citare, vicii ce pot fi cenzurate de către instanța de apel în baza temeiului de casare analizat. În contextul condiției analizate, ținem să menționăm că un alt viciu al procedurii de casare este înmânarea citației cu neobservarea termenului minim de trei zile prevăzut de art. 102 al. (4) în pricinile ce nu sunt urgente.

A treia condiție de operare a temeiului de casare analizat este lipsa acoperirii viciului procedurii de citare. Cu riscul de a ne repeta, menționăm faptul că prezentarea părții necitate legal sau a reprezentantului acesteia sau refacerea actelor de procedu-

---

44 Pentru dezvoltări a se vedea A. Suci, *op. cit.*, p. 419.

ră efectuate în lipsa participantului legal citat acoperă orice viciu al procedurii de citare și respectiv primele două condiții rămân inaplicabile sub aspectul temeiului de casare analizat.

O particularitate determinantă a temeiului de casare analizat este modalitatea de invocare a acestuia. Astfel, necăutând la faptul că normele cu privire la citare sunt de ordine publică, doar participantul vătămat în drepturile sale poate invoca ilegalitatea procedurii de citare. Cu toate acestea, instanța de judecată poate invoca *ex officio* temeiul respectiv de casare<sup>45</sup>.

c) *în judecarea pricinii au fost încălcate regulile cu privire la limba procesului.* Regulile cu privire la limba procesului sunt reglementate de art. 24 CPC, fiind ridicate de legiuitor la nivel de principiu fundamental al procesului civil. Atenția sporită din partea legiuitorului se datorează faptului că respectarea normelor cu privire la limba de procesului reprezintă o condiție de realizare a celorlalte principii fundamentale ale procesului civil. Explicația importanței acestui principiu reiese din necesitatea asigurării posibilității efective a tuturor „*persoanelor interesate în soluționarea procesului*” să-și poată valorifica drepturile procedurale ce derivă din calitatea procesuală.

O primă observație asupra textului de lege vizat este aplicabilitatea aparentă a acestuia în raport cu „*persoanele interesate în soluționarea procesului*”, acesta fiind cercul persoanelor antrenate în proces determinat de art. 24 alin. (2) CPC ce se pot prevala de dreptul de a lua cunoștință de actele, de lucrările dosarului și de a vorbi în judecată prin interpret. „*Persoanele interesate în soluționarea procesului*” este o formulare foarte ambiguă, susceptibilă de diverse interpretări. În primul rând, interes în soluționarea procesului pot avea și terțe persoane neantrenate în proces, cum ar fi spre exemplu avânzii-cauză a uneia din părți, însă această interpretare nu poate fi acceptată, ori aceștia nu dispun de careva drepturi procedurale în virtutea lipsei calității procesuale. Într-al doilea rând, expresia dată poate fi interpretată în sensul art. 55 CPC, ca referindu-se la participanții la proces, ori, spre exemplu expertul, fiind auxiliar al înfăptuirii justiției nu are vreun interes în soluționarea procesului. Însă nici această interpretare nu poate fi acceptată din simplul motiv că, reieșind din prevederile art. 154 alin. (1) CPC, prevederile cu privire la limba de procedură și dreptul la interpret se extind și asupra expertului. Mai mult ca atât, dacă legiuitorul s-ar fi referit *stricto sensu* la participanții la proces, acesta ar fi făcut uz de o expresie concordată cu prevederile art. 55 CPC. În viziunea noastră, unica interpretare acceptabilă este aceea care se referă la toate persoanele *antrenate* în proces, sens în care s-ar impune înlocuirea termenului „*interesate*” din cuprinsul art. 24 alin. (2) și (5) cu ce termenul „*antrenate*”. Astfel, reieșind din sensul stabilit anterior al sintagmei „*persoanele interesate în soluționarea procesului*”, constatăm că nu toate persoanele vizate de aceasta sunt în drept a formula temeiul de casare analizat în

---

45 Aceasta e soluția acceptată de doctrină. A se vedea în acest sens D. Visternicean, A. Munteanu, *op. cit.*, p. 363; I. Stoescu, S. Zilberstein, *Drept procesual civil. Căile de atac și Procedurile speciale.*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1981, p. 72 și nota nr. 192.

fața instanței de apel. Soluția este firească, ori potrivit art. 360 alin. (1) lit. c) CPC martorul, expertul, specialistul și interpretul, reprezentantul sunt în drept să declare apel doar cu privire la compensarea cheltuielilor de judecată ce li se cuvine. Astfel, reiese că expertul nu-și poate valorifica drepturile sale prevăzute de art. 24 CPC pe calea apelului. Așa-dar temeiul de casare analizat este aplicabil doar în raport cu persoanele antrenate în soluționarea procesului enumerate de art. 55 CPC, sens în care trebuie interpretat și art. 360 alin. (1) lit. a) CPC.

În contextul stabilirii cercului de persoane asupra cărora se extinde aplicabilitatea temeiului de casare analizat, menționăm faptul că în afară de instanța de apel, care are dreptul de a invoca *ex officio* încălcarea regulilor cu privire la limba procesului, doar participantul afectat în drepturile sale de încălcarea respectivă este în drept a o invoca.

Menționăm, cu titlu de exemplu, că se consideră încălcări ale regulilor cu privire la limba procesului ipotezele în care instanța eronat a emis o încheiere de desfășurare a procesului într-o altă limbă decât cea acceptabilă pentru majoritatea participanților la proces, instanța nu a asigurat efectiv dreptul participantului la interpret, omisiunea instanței de a emite hotărârea și în limba de stat. În acest context subliniem faptul că dreptul la interpret este indubitabil circumscris temeiului de casare analizat, chiar dacă formularea legală a ultimului nu specifică expres acest lucru. De aceea, considerăm că art. 388 alin. (1) lit. c) CPC ar trebuie completat cu sintagma și „*dreptul la interpret*” la sfârșitul propoziției.

d) *instanța a soluționat problema drepturilor unor persoane neantrenate în proces*. Respectivul temei de casare este o garanție a respectării principiului relativității efectelor hotărârii judecătorești<sup>46</sup>. Spre deosebire de sentința penală, hotărârea judecătorească produce efecte doar în raport cu participanții la proces, cu alte cuvinte între părțile raportului juridic material litigios și persoanele interesate – viitorii intervenienți, cu condiția ca aceștia să fie atrași în proces. Principiul *res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest* din dreptul civil este în principiu aplicabil și hotărârilor judecătorești, cu toate consecințele ce derivă din acesta. Participarea în proces a tuturor părților raportului juridic material litigios, și a unor categorii de intervenienți accesorii în cazurile prevăzute de lege, este nu doar o condiție de eficacitate a hotărârii judecătorești, ci și un imperativ al justiției în vederea garantării drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanelor într-un stat de drept<sup>47</sup>. Reieșind din importanța majoră a principiului relativității hotărârilor judecătorești, legiuitorul i-a atribuit instanței un rol quasi activ în vederea stabilirii cadrului procesual în sens subiectiv. De aceea legea de procedură civilă prevede expres obligația

46 Pentru cercetări aprofundate ale principiului relativității efectelor hotărârii judecătorești a se vedea A. Nicolae, *op. cit.*; I. Deleanu, V. Deleanu, Hotărârea judecătorească, Ed. Servo-Sat, Arad, 1998.

47 Esența intervenției și atragerii în proces „este de a face opozabilă terțului hotărârea dată, luându-i prin aceasta dreptul de a o contesta, când ea ar fi pusă în executare”, P. Vasilescu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. III, Ed. Institutul de Arte Grafice „Eminescu” S. A., 1943, p. 301.

instanței de a-i înștiința din oficiu pe toți coreclamanții și co-pârâții despre posibilitatea de a interveni în proces (art. 62 alin. (2) CPC), obligația instanței de a înștiința persoanele care pot să își declare propriile pretenții asupra obiectului litigiului între părțile inițiale (art. 65 alin. (1<sup>1</sup>) CPC), dreptul instanței de a introduce intervenientul accesoriu în proces din oficiu (art. 67 alin. (3) CPC), reglementări asupra cărora vom reveni în cursul dezvoltărilor ce urmează.

Pornind de la sensul literal al sintagmei „*instanța a soluționat problema drepturilor unor persoane neantrenate în proces*”, se desprinde ideea soluționării de către instanță a unei probleme comune mai multor persoane fără a fi atrase toate în proces în condițiile în care hotărârea judecătorească își extinde efectele asupra tuturor. Totuși reieșind din principiul conform căruia hotărârea judecătorească, fiind un *res inter alios acta* în raport cu terții neantrenați în proces, nu le poate nici profita, nici nu le poate dăuna acestora, considerăm formularea temeiului de casare defectuoasă, ori aceasta nu cuprinde toate modalitățile de afectare a drepturilor terților neantrenați în proces. Deci propunem reformularea art. 388 alin. (1) lit. d) CPC după cum urmează: „*hotărârea judecătorească afectează drepturile unor persoane neantrenate în proces*”, ori o asemenea formulare ar defini mai complet limitele de aplicare a temeiului de casare analizat.

Astfel, limitele de aplicare a temeiului de casare analizat se pot extinde, în viziunea noastră, în raport cu două ipoteze. Prima ipoteză vizează situația în care hotărârea judecătorească generează drepturi și/sau obligații în raport cu persoane terțe a căror participare era obligatorie în proces în virtutea calității de parte a raportului juridic material litigios, a doua ipoteză vizează persoanele terțe *stricto sensu*, așa-numite *penitus extranei*, a căror participare nu era obligatorie în proces și care nu au vreun interes în situația juridică nouă creată de hotărârea judecătorească<sup>48</sup>.

Prima ipoteză se referă cu precădere la nerespectarea de către instanță a obligației sale de a înștiința toate părțile raportului material litigios, adică co-pârâții și coreclamanții, toate persoanele care pot formula pretenții proprii sau care sunt cointeresate în susținerea apărării uneia dintre părți, adică intervenienții principali și accesorii. În acest context mai sunt vizate situațiile în care instanța eronat respinge cererea de intervenție, fie a coparticipantului fie a intervenientului și omite să atragă din oficiu în proces anumite categorii de intervenienți accesorii.

Astfel, obligația instanței de a înștiința potențialii coreclamanți și co-pârâți despre posibilitatea intervenirii în proces este prevăzută expres de art. 62 alin. (2) CPC, obligația de a înștiința potențialii intervenienți principali este reglementată de art. 65 ali. (1<sup>1</sup>) CPC, iar a intervenienților accesorii de art. 67 alin. (3) CPC. Omisiunea instanței de a înștiința persoanele respective, obligație prevăzută de textele de lege

---

48 În acest context urmează de precizat că pct. 33 din Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție privind procedura de judece a cauzelor civile în ordine de apel prevede două modalități de manifestare a temeiului de casare analizat, și anume când: a) dispozitivul hotărârii cuprinde indicații directe cu privire la drepturile sau obligațiile unor persoane neantrenate în proces și b) executarea hotărârii ar afecta drepturile sau obligațiile unor persoane neatrase în proces.

arătate *supra*, din oficiu sau la cererea părții interesate, se circumscrie în limitele de aplicare a temeiului de casare analizat. Aici urmează de precizat că obligația instanței de a înștiința potențialii<sup>49</sup> participanți la proces trebuie interpretată *stricto sensu*, din simplul motiv că legiuitorul a înțeles să distingă înștiințarea – art. 62 alin. (2) CPC – de atragerea în proces – art. 67 alin. (3) CPC. Deci simpla înștiințare nu are ca efect atragerea în proces sau atribuirea calității procedurale respective. Persoanei vizate de înștiințare sau părții interesate îi revine deja sarcina de a formula o cerere de intervenție sau de atragere în proces, cu excepția intervenientului principal, care nu poate fi atras în proces în baza demersului uneia din părți sau din oficiu ci doar din proprie inițiativă, ori în caz contrar s-ar încălca grav principiul *nemo iudex sine actore*. În ipoteza coparticipării procesuale obligatorii, spre exemplu în procesele de partaj, omisiunea persoanei vizate de înștiințare de a formula cerere de intervenție și omisiunea părții interesate de a formula cerere de atragere în proces practic paralizează procesul, instanța fiind obligată să respingă acțiunea<sup>50</sup>, iar în cazul în care hotărîrea a fost pronunțată în lipsa unuia din coproprietari, aceasta este casabilă în baza temeiului analizat. Cel puțin asta reiese din interpretarea art. 62 alin. (2) CPC coroborat cu art. 365 alin. (2) Cod civil.

Temeiul de casare analizat mai este aplicabil și în ipoteza în care instanța a omis să atragă în proces intervenientul accesoriu, ori aceasta este în drept a-l atrage în proces din oficiu potrivit art. 67 alin. (3) CPC. Ipoteza respectivă se poate manifesta sub două aspecte, prima este cazul omisiunii instanței de a atrage în proces intervenientul accesoriu în condiții în care nici una din părți nu solicită atragerea acestuia, iar cea de a doua este cazul respingerii eronate a cererii de atragere în calitate de intervenient accesoriu. În acest context se impune o remarcă. Stabilirea cadrului procesual în sens obiectiv este sarcina părților, instanței fiindu-i atribuit doar un rol subsidiar. Astfel, obligația de a solicita atragerea în proces a intervenientului accesoriu, potrivit art. 69 alin. (1) CPC<sup>51</sup>, este pusă de legiuitor în seama părții interesate, deci instanța va fi în drept să atragă din oficiu în proces intervenientul accesoriu doar în cazul omisiunii părții interesate. Mai mult ca atât, pornind de la faptul că legiuitorul a reglementat efectele neatragerii sau neintervenirii în proces a intervenientului accesoriu, ajungem la concluzia că instanța poate atrage în proces în calitate de intervenient accesoriu din oficiu doar acele persoane participarea în proces a cărora este obligatorie. Doar în raport cu atragerea în proces a acestei categorii de

---

49 În momentul înștiințării calitatea de coreclamant sau copîrît, ca exemplu, este o potențialitate, ori respectivele persoane dobîndesc această calitate abia după pronunțarea încheierii de introducere în proces. Afirmatia este valabilă și în raport cu intervenienții principali și accesorii.

50 Pentru dezvoltări a se vedea *I. Leș, Comentariu...*, p. 136.

51 Potrivit acestui text de lege, obligația părții interesate de a solicita introducerea în proces a intervenientului accesoriu este condiționată de posibilitatea obținerii vreunui drept a acesteia împotriva intervenientului accesoriu sau viceversa, în urma pronunțării hotărîrii.



intervenienți accesorii instanța poate manifesta un rol activ, iar pasivitatea acesteia este casabilă în temeiul art. 388 alin. (1) lit. d) CPC<sup>52</sup>.

În acest context urmează de făcut diferența dintre intervenienți accesorii autorității publice chemate a depune concluzii în virtutea atribuțiilor funcționale și intervenienți accesorii personal interesați în dezlegarea procesului. Temeiul de casare analizat nu se referă la autoritățile publice chemate a depune concluzii în proces a căror participare este obligatorie în cazurile expres prevăzute de lege. Deci e greșit a confunda atribuțiile funcționale și interesul personal subiectiv.

Ipoteza în care hotărârea judecătorească generează drepturi și/sau obligații în raport cu persoanele terțe complet străine de raportul juridic material litigios neatrasede în proces presupune două modalități de manifestare: dispozitivul hotărârii cuprinde expres indicații generatoare de drepturi și/sau obligații în seama terțului și dispozitivul hotărârii generează implicit drepturi și/sau obligații în seama terțului, fapt ce se va răsfrânge asupra acestuia, într-un fel sau altul, în faza de executare a hotărârii. Prima modalitate se poate manifesta prin obligarea unei părți de a încheia un act juridic cu un terț neatras în proces, obligarea unei autorități publice neatrase în proces de a emite un act administrativ etc. A doua modalitate se poate manifesta prin recunoașterea unui drept în contra unei persoane neatrase în proces, cum ar fi cazul adevăratului proprietar al imobilului adjudecat etc.

De asemenea se pune întrebarea de a se ști dacă terții neatrași în proces sunt în drept să declare apel. La prima vedere, reieșind din prevederile art. 360 al. (1) CPC, răspunsul urmează a fi unul negativ, acestora fiindu-le deschisă doar calea revizuirii sau, după caz, cea a contestației la executare. Însă, în opinia noastră, terțelor persoane neantrenate în proces totuși le este deschisă calea de atac a apelului. În doctrină s-a menționat că autoritățile publice, participarea cărora este obligatorie în anumite categorii de cauze civile și creditorilor chirografari sunt subiecți în drept a declara apel, chiar dacă nu au avut calitate procesuală în instanța de fond<sup>53</sup>. Astfel, de ce să nu-i fie îngăduit prin analogie și terțului lezat în drepturi să declare apel? Considerăm că terțul lezat în drepturi se poate alătura la apel în baza art. 361 CPC. Într-adevăr, reieșind din caracterul extraordinar al revizuirii și a contestației la executare, aceasta ar fi o soluție optimă în vederea menținerii unui echilibru între înfăptuirea justiției și asigurarea drepturilor, libertăților și intereselor legitime ale persoanei.

f) *hotărârea nu este semnată de judecător sau de cineva din judecători ori hotărârea este semnată nu de acel judecător sau de acei judecători care sânt menționați în hotărâre.* Semnătura judecătorului/lor este o condiție de valabilitate și eficacitate

---

52 Totuși regula nu este absolută, fiind admise unele derogări. O astfel de excepție o întâlnim la pct. 48 din Hotărârea Plenumului Curții Supreme de Justiție nr. 10 din 30.10.2009 cu privire la practica aplicării de către instanțele de contencios administrativ a unor prevederi a Legii contenciosului administrativ, potrivit căruia, „în cazul în care prin actul administrativ contestat se ating interesele unor terțe persoane, instanța, din oficiu sau la cererea părților, atrage în proces aceste persoane în calitate de intervenienți accesorii”.

53 A se vedea în acest sens D. Visternicean, A. Munteanu, *op. cit.*, p. 344.

a hotărârii instanței de fond<sup>54</sup>. În lipsa semnăturii sau a semnăturii corespunzătoare, hotărârea judecătorească este un simplu înscris, lipsit de oficialitate, imperativitate și de toate efectele ce le poate produce în condițiile legii. Respectarea principiului nemijlocirii se verifică anume prin raportarea la semnătura/le judecătorilor, ori anume semnătura atestă identitatea dintre judecătorul/ii ce a/au condus dezbaterile judiciare și judecătorul/ii cea a/au întocmit dispozitivul. Pornind de la aceste considerente, temeiul de casare prevăzut la art. 388 alin. (1) lit.f) este pe deplin justificat.

Urmărind claritatea și preciziunea expunerii, vom analiza respectivul temei de casare sub două aspecte. Primul ține de ne semnarea hotărârii, iar cel de-al doilea ține de semnarea unui/or alt/ți judecători decât cei menționați în hotărâre.

În ceea ce privește ne semnarea hotărârii ținem să menționăm că este greu de închipuit ca o hotărâre judecătorească să fie ne semnata. În acest context urmează să precizăm că se impune o delimitare a regimului nulității hotărârii pentru ne semnare. Dacă nu este semnat dispozitivul în conformitate cu art. 236 alin. (1) CPC, hotărârea este lovită de nulitate absolută. Dacă nu este semnată hotărârea integrală, în conformitate cu art. 236 alin. (5) CPC, în condițiile în care a fost respectat art. 236 alin. (1) CPC, aceasta este lovită de nulitate relativă, fiind posibilă acoperirea viciului nulității pe calea corectării erorilor materiale<sup>55</sup>. Deci în primul caz nulitatea este absolută din simplul motiv că nu mai poate fi demonstrat faptul că dezlegarea procesului a fost dată anume de judecătorul/ii fondului. Este o soluție la prima vedere excesiv de formalistă, dar absolut necesară în vederea garantării respectării legalității procesului civil. Cu privire la cel de-al doilea caz, putem menționa că justificarea soluției nulității relative o găsim în faptul că dispozitivul a fost pronunțat cu respectarea procedurii, adică a prevederilor art. 236 alin. (1) CPC. În acest context se impune precizarea că temeiul de casare analizat mai este incident *mutatis mutandis* și în situația în care nu au semnat toți judecătorii completului.

În ceea ce privește cel de-al doilea aspect al aplicabilității temeiului de casare analizat, ținem să menționăm că lipsa identității dintre numele judecătorului/lor din partea introductivă a hotărârii și numele celui/lor care au semnat-o este un viciu ce nu poate fi acoperit. Deci unica soluție este casarea cu trimitere. În acest context

---

54 Semnarea hotărârii face obiectul unor reglementări imperative. Astfel, art. 236 alin. (1) CPC prevede că „după încheierea susținerilor orale, completul de judecată se retrage pentru deliberare. În urma deliberării, președintele ședinței sau unul dintre judecători pronunță dispozitivul hotărârii și le explică participanților la proces procedura și termenul de atac al hotărârii. Dispozitivul hotărârii trebuie să fie semnat de toți judecătorii din completul de judecată și anexat la dosar”. Potrivit art. 238 alin. (5) CPC, „rezultatul deliberării se consemnează în hotărârea integrală sau în dispozitivul ei, semnat de toți judecătorii care au participat la deliberare, inclusiv de judecătorul care are opinie separată”, iar potrivit alin. (5) al aceluiași articol, „după semnarea hotărârii, nici un judecător nu poate reveni asupra opiniei sale”.

55 În doctrina română se face delimitarea între nulitatea minutei (a dispozitivului viitoarei hotărârii – n.n. ) și a hotărârii pentru ne semnare. În primul caz nulitatea este absolută. În acest sens se vede *I. Leș, Tratat...*, p. 662-663.

trebuie de menționat că există o excepție de la această regulă, și anume este cazul prevăzut de art. 236 alin. (7) CPC<sup>56</sup>. Astfel, o primă remarcă ce se impune a fi făcută este faptul că legiuitorul se referă exclusiv la hotărârea integrală, deci excepția nu se extinde asupra dispozitivului, în sensul art. 236 alin. (1) CPC. Deci excepția nu este incidentă în situația în care judecătorul investit cu judecarea procesului este în imposibilitate de a semna dispozitivul, în condițiile art. 236 alin. (1) CPC. Cu greu ne putem închipui o asemenea situație, însă este cert faptul că legea de procedură civilă tace în acest sens. Totuși soluția reluării dezbaterilor judiciare într-un alt complet ni se pare acceptabilă. O a doua observație ce se impune ține de omisiunea de a indica cauză imposibilității judecătorului de a semna. Lipsa unei asemenea indicații exprese, în viziunea noastră, face hotărârea a fi ilegală, susceptibilă de casare. Soluția derivă din imperativitatea art. 236 alin. (7) CPC.

g) *în dosar lipsește procesul-verbal al ședinței de judecată.* Procesul-verbal al ședinței de judecată reprezintă actul procedural în care se consemnează conținutul dezbaterilor din cadrul unei ședințe de judecată<sup>57</sup>. Consfințirea legislativă a sancțiunii casării hotărârii instanței de fond în cazul lipsei din dosar a procesului-verbal al ședinței de judecată este pe deplin justificată<sup>58</sup>. Aceasta se bazează pe ideea imposibilității verificării respectării normelor imperative de procedură în cadrul ședinței de judecată în lipsa procesului-verbal. Deci, din moment ce lipsește procesul-verbal al ședinței de judecată acțiunile procedurale efectuate în acea ședință nu pot fi considerate a fi legale, dacă încă pot fi considerate că au avut loc în genere. Iar din moment ce instanța de apel nu are împuterniciri de a reface ședința respectivă și implicit procesul-verbal al ședinței, aceasta nu are altă soluție în afară de casarea cu trimitere.

Lipsa procesului-verbal al ședinței de judecată trebuie interpretată extinctiv. Deci în afară de lipsa propriu-zisă a procesului-verbal, temeiul de casare analizat mai circumscris și situațiile în care acesta este nesemnat sau este semnat de o persoană neîmputernicită. Soluțiile sunt pe deplin justificate, explicațiile cu privire la nesemnarea hotărârii fiind pertinente. Totuși lipsa unei file din procesul-verbal sau omisiunea de a consemna anumite acțiuni procedurale nu se circumscriu în temeiul de casare analizat.

h) *în dosar lipsește procesul-verbal privind efectuarea unui act procedural.* Acest temei de casare, din punctul nostru de vedere, nu își justifică existența autonomă.

---

56 Potrivit acestui text de lege „Dacă unul dintre judecătorii completului de judecată este în imposibilitate de a semna hotărârea integrală, în locul lui semnează președintele ședinței, iar dacă și acesta este în imposibilitatea de a semna, în locul lui semnează președintele instanței de judecată. În toate cazurile, pe hotărâre va fi menționată cauza imposibilității de a semna”.

57 I. Ieș, Sancțiunile procedurale în materie civilă, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 111.

58 CPC reglementează obligativitatea întocmirii procesului-verbal la art. 237, potrivit căruia „pentru fiecare ședință de judecată în primă instanță și în instanță de apel, precum și pentru fiecare act de procedură îndeplinit în afara ședinței (audierea martorului la locul aflării lui, cercetarea înscrisurilor și altor probe materiale la locul de aflare sau păstrare etc.), se întocmește proces-verbal”. În viziunea noastră, norma respectivă este imperativă.

Ar fi mai oportună comasarea acestora cu temeiul de casare precedent. Ca principal argument în vederea susținerii acestei soluții este identitatea condițiilor de aplicare a celor două temeiuri de casare, evident, cu unele mici excepții. Una din acestea ar fi faptul că procesul-verbal de efectuare a actului procedural se întocmește și respectiv se semnează, potrivit art. 275 alin. (4) CPC, imediat după finalizarea actului sau cel târziu a doua zi după efectuare. Deci omisiunea întocmirii sau semnării imediate se circumscrie în temeiul de casare analizat. În rest, reieșind reglementările în vigoare, explicațiile art. 388 alin. (1) lit. g) sunt pertinente, *mutatis mutandis*, în raport cu temeiul de casare analizat.

i) *pricina a fost examinată cu încălcarea competenței jurisdicționale*. Competența instanțelor judecătorești reprezintă una din premisele exercitării acțiunii civile, fiind consecința directă și imediată a organizării judecătorești dintr-un stat. Potrivit art. 32 alin. (1) CPC, „*nimeni nu poate fi lipsit, fără consimțământul său, de dreptul la judecarea cauzei sale de către o instanță sau de judecătorii în a căror competență pricina respectivă este dată prin lege, cu excepția cazurilor expres stabilite de prezentul cod*”. Fundamentul juridic al prezentului temei de casare îl reprezintă imperativitatea normelor procedurale de organizare judecătorească și competență. Astfel, autoritatea judecătorească per ansamblu, cât și fiecare instanță în parte exercită funcția jurisdicțională în limitele strict determinate de lege. Aceste limite poartă denumirea de competență<sup>59</sup>.

Reieșind din prevederile Capitolului IV al CPC, competența instanțelor judecătorești se împarte în generală și jurisdicțională<sup>60</sup>. Astfel se conturează primul aspect ce urmează a fi elucidat în contextul analizei noastre, cu alte cuvinte se pune problema de a se ști dacă judecarea pricinii în condițiile nerespectării competenței generale a instanțelor judecătorești se circumscrie temeiului de casare analizat. Reieșind din faptul că legiuitorul a accentuat anume „*competența jurisdicțională*” în formularea temeiului de casare prevăzut la art. 388 alin. (1) lit. i) CPC, rezultă că legiuitorul a înțeles să distingă între cele două forme ale competenței și respectiv să extindă limitele de aplicare a textului analizat doar la competența jurisdicțională. Deci hotărârea emisă cu încălcarea competenței generale a instanțelor judecătorești, care delimitează căderea acestora de a judeca în raport cu alte organe cu funcții jurisdicționale, cum ar fi de exemplu Curtea Constituțională, nu este casabilă în baza temeiului analizat.

---

59 În doctrină competența a fost definită ca fiind „...*aptitudinea unei instanțe judecătorești ca să îndeplinească anumite acte juridice*”, D. I. Niculescu, *Competința civilă și comercială*, Ed. Tipografia Românească, 1936, p. 7, cu toate că sintagma „*acte juridice*” face definiția inexactă, sau „...*le pouvoir donné à un Tribunal d'instruire et de juger une affaire*”, E. Glasson, *Precis théorique et pratique de procédure civile*, Vol. I, Ed. F. Pichon, 1902, p. 112.

60 Competența generală a instanțelor judecătorești este definită de art. 33 alin. (1) CPC, text potrivit căruia „*instanțele judecătorești judecă toate pricinile civile cu participarea persoanelor fizice, persoanelor juridice și autorităților publice privind apărarea drepturilor, libertăților și intereselor legitime încălcate sau contestate, pricini pentru care legea nu prevede competența altor organe*”. Competența jurisdicțională a instanțelor judecătorești nu este definită expres de legea de procedură civilă, însă este reglementată de art. 33<sup>1</sup> – 40 CPC.

Cu toate acestea, considerăm soluția adoptată de legiuitor ca fiind una irațională din simplul motiv că sub aspect practic această delimitare între cele două forme de competență este lipsită de logică, condiționând lipsa de temei legal pentru invocarea încălcării competenței generale. Principalul argument în acest sens este faptul că normele de competență generală sunt imperative, deci această formă de competență este de ordine publică și poate fi invocată de oricine dintre participanții la proces, în orice fază a acestuia, instanța de judecată fiind împuternicită a o invoca *ex officio*. Pe de altă parte însă, invocarea încălcării competenței generale în baza art. 388 alin. (2) CPC ni se pare cel puțin inexactă, ori casarea hotărârii instanței de fond pentru încălcarea normelor imperative nu poate fi condiționată. Deci rezultă că încălcarea competenței generale nu poate fi invocată nici în baza art. 388 alin. (1) lit. i) CPC, pentru că acest temei de casare se limitează doar la „*competența jurisdicțională*”, nici în baza art. 388 alin. (2) CPC, ori acest temei condiționează casarea hotărârii de „*soluționarea eronată a pricinii*”, în timp ce casarea pentru încălcarea competenței generale operează necondiționat. Din aceste considerente se impune reformularea temeiului de casare analizat după cum urmează: „*pricina a fost judecată cu încălcarea normelor de competență*”. În redacția propusă temeiul de casare analizat va servi drept suport legal pentru invocarea nu doar a încălcării normelor de competență jurisdicțională, ci și a normelor de competență generală, care la momentul de față nu are acoperire legală.

A doua chestiune ce urmează a fi elucidată în contextul analizei art. 388 alin. (1) lit. i) CPC este cea privitoare la condițiile în care instanța de apel poate casa hotărârea instanței de fond pentru nerespectarea competenței jurisdicționale. Astfel, condițiile în care poate opera casarea pentru încălcarea competenței jurisdicționale variază în funcție de formele acesteia. Prin urmare, trebuie să pornim de la faptul că competența jurisdicțională este de două feluri: competență *ratione materiae*, sau materială și competență *ratione personae vel loci*, sau teritorială<sup>61</sup>.

În doctrină competența *ratione materiae* este definită ca fiind dreptul unei instanțe, ce aparține unui grad de jurisdicție, de a instrumenta o afacere excluzând instanțele de alt grad<sup>62</sup>. Această formă de competență derivă din principiul imutabilității competenței jurisdicționale, proclamat de art. 32 alin. (1) CPC. Competența materială este „*dată prin lege*”, lege cu caracter imperativ. De aceea competența materială este absolută și de ordine publică, ceea ce face ca hotărârea pronunțată de o instanță incompetentă *ratione materiae* să fie casabilă în baza temeiului analizat. Mai mult ca atât, fiind de ordine publică, incompetența *ratione materiae* poate fi invocată de oricare din participanții la proces, inclusiv din oficiu de către instanță, în orice fază a acestuia. Formele competenței materiale – funcțională și procesuală – nu au nici o relevanță asupra aplicabilității temeiului de casare analizat, ori ambele sunt de ordine publică.

61 A se vedea pentru dezvoltări V. G. Cădere, *Tratat de procedură civilă*, ediția a II-a, Ed. Tipografiile Române Unite, S.A., București, 1935, p. 132-133; D. I. Niculescu, *op. cit.*, p. 72; L. Preușescu, *Curs de procedură civilă*, Ed. “Întreprinderile Alexandru I. Botez”, București, 1947, p. 182-183.

62 E. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, Tome deuxième, Ed. L. Larose et Forcel, Paris, 1898, p.9.

Competența teritorială sau *ratione personae vel loci*, este definită ca fiind dreptul unei instanțe, ce aparține unui grad de jurisdicție, de a instrumenta o afacere excluzând instanțele de același grad<sup>63</sup>. Potrivit regulii generale competența teritorială este de ordine privată, relativă, fiind instituită în interesul exclusiv al părților. Necăutând la regula enunțată, trebuie distinsă competența teritorială relativă de cea absolută. Astfel, competența teritorială generală<sup>64</sup> și alternativă<sup>65</sup> sunt de ordine privată, având un caracter relativ, în timp ce competența teritorială excepțională<sup>66</sup> este de ordine publică, având un caracter absolut. Deci pentru ca încălcarea competenței teritoriale relative – generală și alternativă – să se circumscrie temeiului de casare analizat se cere ca excepția de incompetență să fi fost invocată în fața instanței de fond, iar această din urmă să fi respins această excepție. Cu alte cuvinte incompetența relativă a instanței de fond nu poate fi invocată pentru prima dată în apel. În acest context trebuie de precizat că excepția de incompetență teritorială relativă poate fi invocată doar de partea în a cărei favoare a fost instituită, adică de regulă de către pârât. Astfel, respingerea de către instanță a excepției de necompetență teritorială relativă invocată de către reclamant nu poate constitui în apel temei de casare.

Pentru a finaliza analiza art. 388 alin (1) lit. i) CPC, urmează de precizat că momentul stabilirii competenței este investirea instanței, chiar dacă ulterior îi sunt deduse spre judecare pretenții ce țin de competența altei instanțe<sup>67</sup>. Toate aspectele ce țin de competența instanței sesizate urmează a fi verificate și soluționate la faza intentării pricinii sau cel târziu la faza pregătirii pricinii pentru dezbateri judiciare, pentru a nu afecta dezbaterea fondului. În cazul formulării mai multor pretenții conexe de către reclamant, dintre care unele sunt de competența instanței de drept comun, iar altele de competența instanței specializate, potrivit art. 37<sup>1</sup> alin. (1) CPC „toate pretențiile se vor examina de către instanța de drept comun”<sup>68</sup>. Modificarea pretențiilor, schimbarea domiciliului pârâtului, formularea unei cereri reconvenționale

63 E. Garsonnet, *op. cit.*, p. 9-10.

64 Potrivit art. 38 alin. (1) CPC, „acțiunea se intentează în instanța de la domiciliul pârâtului”. Această regulă nu este o novațiune a legiuitorului din țara noastră, ci o consfințire legislativă a vechiului principiu roman *actor sequitur forum rei*. Acest principiu se fundamentează pe prezumția că pârâtul nu datorează nimic și pe sarcina reclamantului de a-și proba alegerile. Pentru detalii a se vedea I. Leș, *Tratat...*, p. 267-268.

65 Competența teritorială alternativă, reglementată de art. 39 CPC, constă în posibilitatea reclamantului de a alege între instanța de la domiciliul pârâtului și o altă instanță expres indicată de respectivul text de lege. Rațiunea instituirii competenței alternative rezidă în necesitatea valorificării efective a dreptului reclamantului, drept ce primează asupra prezumției că pârâtul nu datorează nimic.

66 Regula de competență *forum rei sitae* a fost extinsă și asupra altor cazuri. A se vedea art. 40 CPC.

67 În doctrină extinderea competenței instanței de judecată poartă denumirea de prorogare de competență, pentru dezvoltări a se vedea I. Leș, *Tratat...*, p. 287-290.

68 Același art. 37<sup>1</sup> la alin. (2) prevede o excepție de la regula formulată la alin. (1). Astfel, în caz că sunt vizate actele Băncii Naționale, instanța de drept comun investită cu judecarea pricinii separă pretenția de contencios administrativ și o strămută la instanța respectivă.

sau alte asemenea incidente nu au nici o influență asupra competenței instanței legal investite cu judecarea pricinii, ori cererile incidentale și cele conexe se judecă de instanța investită cu judecarea cererii principale<sup>69</sup>. Deci prorogarea de competență ce nu contravine normelor imperative nu este casabilă în baza temeiului analizat.

(2) *Săvârșirea altor încălcări decât cele consemnate la alin. (1) constituie temeiul casării hotărârii numai dacă ele au dus sau au putut duce la soluționarea eronată a pricinii.* La alin. (1) al articolului analizat legiuitorul a reglementat principalele și cele mai frecvente temeiuri de casare a hotărârii instanței de fond. Totuși acesta reglementat implicit și alte temeiuri de casare, însă a instituit în privința acestora un regim de operare diferit față de temeiurile exprese. Reieșind din formularea textului de lege analizat se conturează condiția de invocare a acestor temeiuri – soluționarea eronată a pricinii sau riscul soluționării eronate.

Printre alte încălcări ce au dus la soluționarea eronată a pricinii putem menționa: pregătirea insuficientă a cauzei pentru dezbaterile judiciare, încălcarea normelor cu privire la administrarea probelor, mai ales în situațiile în care este greșit respinsă o probă ca inadmisibilă, fapt ce adus la o soluție eronată sau viceversa, o probă inadmisibilă a fost pusă la baza hotărârii; omisiunea instanței de judecată de a explica reclamantului consecințele renunțării la acțiune, iar piratului consecințele recunoașterii acțiunii<sup>70</sup>; încălcarea termenelor de procedură; nesoluționarea unor cereri<sup>71</sup>, încălcarea regulilor cu privire la deliberare<sup>72</sup>.

În ceea ce privește condiția posibilității soluționării eronate a pricinii trebuie de menționat că aceasta vine în contradicție cu art. 386 alin. (2) CPC, potrivit căruia „o hotărâre legală în fond nu poate fi casată numai din motive formale”. De aceea propunem cu titlu *de lege ferenda* excluderea sintagmei „sau au putut duce” din art. 388 alin. (2) CPC, astfel încât potențialitatea soluționării greșite a pricinii în condițiile în care soluția este una corectă nu duce la casarea hotărârii.

---

69 A se vedea P. Vasilescu, op. cit., Vol. II, p. 436-437.

70 Potrivit art. 212 alin. (4) CPC, „instanța judecătorească explică reclamantului, pîrîtului... efectele acestor acte de procedură”.

71 A se vedea pentru exemple D. Visternicean, A. Munteanu, op. cit., p. 361.

72 Potrivit art. 238 CPC, „completul de judecată deliberază în secret”, iar „divulgarea deliberărilor este interzisă”.

# DE LA FIDES LA ÎNDATORIREA DE BUNĂ CREDINȚĂ ÎN MATERIA DREPTULUI SOCIETAR

Nicolae FALĂ, lector universitar, ULIM

Irina BUZU, mandatar autorizat în proprietate intelectuală

## **FROM THE FIDES TO THE DUTY OF GOOD FAITH IN THE SPHERE OF CORPORATE LAW**

Good faith (Latin *bona fide*) is a legal concept, established by the roman lawyer Marcus Tullius Cicero through two fundamental elements: sincerity in words and fidelity in commitments. Thus, good faith will take place when a double condition is respected: conformity between what is thought and what is said, and conformity between what is said and what a person commits to; both conditions need to be regarded via the manner of acting for the attainment of a goal based on a rightful and honest intention, which dictates the strict respect for legal and moral duties. Undoubtedly, the duty of good faith is a central institution of company law, part of the triad of fiduciary duties of the common law system, as well as of the civil law system of French origin. This institution has been ascertained at the beginning of the twentieth century through the formulation of the Business judgment rule, initially in Delaware, USA, and afterwards in most of the European states, the continental perception of the obligation of good faith derives mostly from its conceptualisation as a principle of the law of obligations or from the specifics of the agency contract, whereas the common law system regards good faith as a fiduciary duty, fundamental in company law.

**Key-words:** good faith, fides, duty, equity, company law, contract.

Buna credință (în latină *bona fide*) este un concept juridic, fundamentat de juristul roman Marcus Tullius Cicero prin prisma a două elemente constitutive: sinceritate în cuvinte și fidelitate în angajamente. Astfel, va exista buna credință atunci când se constată o dublă concordanță: conformitatea între ceea ce persoana gândește și ceea ce afirmă și conformitatea între afirmațiile sale și angajamentele pe care și le asumă; ambele stări trebuie apreciate din punctul de vedere al conduitei adoptate în realizarea scopului ce se subscrie unei intenții drepte, oneste ceea ce înseamnă respectarea riguroasă a datorilor morale și juridice. Îndatorirea bunei credințe este o instituție centrală a dreptului societar care se regăsește în triada îndatoririlor fiduciare, atât în dreptul civil de origine franceză cât și în sistemul *common-law*. Percepția continentală a obligației bunei credințe derivă mai mult din conceptualizare sa ca principiu în dreptul obligațional, sau din prevederile relative la contractul de agenție, decât din reglementările instituției fiduciei – reprezentativ pentru sistemul *common-law*, care nu încadrează juridic buna credință drept un principiu sau o obligație de natură civilă, ci drept o îndatorire fundamentală din dreptul societar.

**Cuvinte-cheie:** buna credință, fides, îndatorire, echitate, drept societar, contract.



### *Delimitări istorice*

În rândul istoricilor și juriștilor care au dezvoltat și conceptualizat instituția bunei-credințe se conturează accepțiunea unanimă potrivit căreia această instituție își are sorgintea în Roma Antică sub forma de *fides*. Totuși, deși originea se cunoaște, definirea bunei-credințe impune mai multe dificultăți.

Potrivit accepțiunii lui J.P. Baud: „acest concept fundamental al Romei Antice rămâne, totuși, obscur, deoarece fiecare dintre autorii științifici care au tratat-o au considerat doar unul dintre aspectele/aplicațiile particulare ale bunei-credințe<sup>1</sup>. Cu toate acestea, evoluția conținutului bunei-credințe poate fi urmărită cronologic prin prisma lucrărilor elaborate de-a lungul timpului.

Pentru Cizek, *fides* „presupune mai întâi adoptarea unei direcții de viață și apoi supunerea completă a actelor de viață deciziilor sale”<sup>2</sup>. Această ilustrație a bunei-credințe derivă din instituțiile romane ale clientelei și patronatului, caracterizate printr-o relație de dependență. Într-adevăr, expresia care indică starea de dependență și totodată protecție a clientului este *in fide esse*, iar actul prin care clientul se supune controlului patronului, precum și cel prin care acesta îl primește, în calitatea sa de client, sunt desemnate, respectiv, prin expresii *in fidem se dedere* sau *in fidem accipere*. Acești termeni indică utilizarea noțiunii în cadrul acestor instituții.

Definiția dată de M. Imbert pare relativ apropiată. Pentru acest autor, *fides* corespunde, în sensul primului înțeles cronologic, abandonului, încredințării totale al unei persoane alteia. Apoi, autorul notează că, în timp, *fides* a prins la Roma, spre secolul al II-lea î.Hr., înțelesul „încrederii, al credinței față de cuvântul dat, care presupune mai mult decât un angajament intelectual și nu unul personal”. Prin urmare, *fides* implică respectarea cuvântului dat. *A posteriori*, această observație poate fi interpretată ca reflectând unitatea originilor bunei-credințe și a principiul respectării forței obligatorii a contractului. Astfel, putem afirma că inițial, buna credință și forța obligatorie a contractului se aflau pe poziții de egalitate, însă mai târziu, potrivit accepțiunilor unor autori, aceste două concepte urmează să devină antipozii.

În cele ce urmează ne propunem să tratăm dihotomia bunei-credințe, analizând laturile sale, extrajuridică și juridică.

### *Fides, noțiune de esență extrajuridică*

Primele mențiuni ale bunei-credințe nu apar sub un aspect al unui careva înțeles juridic, dimpotrivă, mai presus de toate aceasta are o conotație religioasă. Unii autori afirmă că *fides* poate fi percepută și drept o noțiune socială, însă nicidecum o categorie juridică.

Din perspectivă socială, buna credință reprezintă la romani una dintre valorile fundamentale pe care se bazează viața în societate. Autorul unei lucrări referitoare la mentalitățile romane și instituțiile politice menționează buna credință printre

1 [http://www.balde.net/articles/Baud\\_Bonne\\_foi.html](http://www.balde.net/articles/Baud_Bonne_foi.html) (citată la 02.11.2017)

2 Cizek E. *Mentalités et institutions politiques romaines*. Paris: Fayard, 1990, p.36

valorile fundamentale ale cetății, după care, pentru romanii timpurii, aceasta devine o „meta-valoare”. Astfel, „*fides* s-a regăsit dintotdeauna printre bunele moravuri ale cetății, transpuse în viață prin prisma uzanțelor romanilor, care practicau *pietas*, pietatea față de patrie, părinți și cei dragi, care înglobează și aspectul de *fides*, prin respectul pentru cuvântul dat”. Astfel *fides*, ca primă sursă istorică a bunei-credințe, este în definitiv un principiu al comportamentului social, o cerință socială, depășind domeniul strict jurisprudențial<sup>3</sup>.

Într-o a doua accepțiune, buna credință este și o noțiune de esență religioasă. Pentru romanii timpurii, fiecare concept social fundamental urma să fie deificat și prin urmare aceasta a generat originea religioasă a bunei-credințe. În contextul deificării, „caracterul religios fundamental al *fides*” a fost materializat prin zeița *Fides*, în a cărei cinste a fost edificat un templu în Capitoliu. Aceasta întruchipă unele caractere proprii lui Jupiter (zeul patron al contractelor), *Deus fidius*, zeul jurământului și loialității. Localizarea acestei divinități se regăsește în mâna dreaptă a individului, iar prin urmare angajamentul plasat sub protecția sa a derivat eventual în obiceiul de a strânge mâna dreaptă în cazul unei înțelegeri.

Un alt aspect extrajuridic al bunei-credințe este enunțat de către M. Imbert, care a cercetat intervenția bunei-credințe în reglementarea diferendelor contractuale de către un arbitru. Astfel, în raport cu aprecierea faptelor - în ceea ce privește formarea contractului, el urma să se pronunțe *ex fide*, în ceea ce privește obiectul și durata acestuia, el se pronunța *ex aequo* (în echitate), iar în ceea ce privește executarea, el se pronunța binomului *ex fide* și *ex bono*, adică potrivit uzanțelor bunilor cetățeni. Iar la luarea deciziei, arbitrul urma să decidă asupra modului în care părțile trebuie să-și îndeplinească îndatoririle care le revin, cercetând dacă debitorul a acționat loial și potrivit uzanțelor bunilor cetățeni<sup>4</sup>.

Prin urmare, constatăm că dihotomia antică romană între *Judicium* (care statua în drept) și *Arbitrium* (care statua bazându-se pe principii morale) s-a translat în doctrina commol-law de astăzi, divizată în *equity provisions* (prevederi echitabile) și *statutory provisions* (prevederi statutare), favorizând admiterea ideii generice a judecății, cu cele două specii *stricto juris* și *bonae fidei*.

Astfel, *fides*, origine primitivă a bunei credințe, se situează mai presus de toate în afara domeniului dreptului și abia în secolul al II-lea î.Hr. noțiunea este reînnoită.

### ***Implicațiile juridice ale fides***

Paralel cu persistența noțiunii de *fides* în Roma Antică, pe lângă domeniul strict legal, se dezvoltă, din secolul al II-lea î. e. n., un fenomen de reînnoire a noțiunii, căpătând valențe juridice ce vor persista prezentului. Dezvoltarea Romei în acest moment, ca urmare a transformării cetății într-un stat, a incursiunilor străinilor, a

3 Senn F. „Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs”, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génay, Paris: Sirey, 1934, Tome I, p.62.

4 Idem, Jean-Pierre Baud. Conférence à l'Ecole doctorale des Sciences juridiques de l'Université Paris X - Nanterre (année 2001).

dezvoltării relațiilor comerciale și de afaceri, are efectul transformării relației dintre indivizi, bazate exclusiv pe fidelitate și onestitate în sens moral. Modificarea este introdusă de Pretori, care transformă *fides* în *bona fides*, astfel limitând obligațiile moral-filosofice prin norme juridice de sancționare. *Fides* devine astfel categoriei a dreptului contractelor<sup>5</sup>.

Contractele sancționate de *fides* nu erau standardizate, fiind scutite de orice formă și ulterior vor fi denumite contracte consensuale. Aceste contracte, denumite „de bună-credință” sau sinalagmatiche, se vor opune mai apoi contractelor numite „*contractus stricti iuris*”, sau unilaterale. În contextul contractelor de drept strict, judecătorul, în momentul adoptării deciziei, urma să fie mai interesat de forma actului și de cuvintele pronunțate, în timp ce în cazul contractelor de bună-credință, în aprecierea sa judecătorul urma să se ghideze de maniera comportamentală, uzanțele dintre bunii cetățeni și probe de onestitate. Merită remarcat momentul că în materie contractuală, *bona fides* marchează nu doar stadiul încheierii contractelor, ci și al executării, precum și al interpretării acestora.

### ***Buna credință, de la căderea Imperiului Roman spre secolul al XVII-lea***

Odată cu căderea Imperiului Roman, studiile referitoare la buna credință se întrerup sau dispar, însă noțiunea reapare odată cu redescoperirea Codului lui Justinian. În studiul său, autorul A. Dumas datează dispariția distincției dintre contractele de bună credință și cele de drept strict în secolul al XIV-lea, însă notează existența în secolul al XIII-lea a unor referințe ale bunei credințe în actele notariale, în care se constata că părțile au acționat cu *bona fide*<sup>6</sup>.

În definitiv, în această perioadă se conturează două aspecte importante:

- buna credință nu mai este caracteristică exclusiv raporturilor strict contractuale, fiind aplicabilă și în materie imobiliară, raporturilor dintre soți, raporturilor senior-vasal;
- dispare conceptualizarea sa de origine religioasă.

### ***Consacrarea bunei credințe în Codul civil francez***

Juriștii Domat și Pothier sunt recunoscuți a fi „părinții” Codului civil francez, iar lucrările lor premergătoare Codului civil de astăzi interesează această lucrare în sensul abordării bunei credințe.

Jean Domat (1625-1696) a fost inițial avocatul regal din Clermont-Ferrand, după care se mută la Paris unde Louis al XIV-lea îl va pensiona pentru ca acesta să își consacre tot timpul scrierii tratatului său „Legile civile în ordinea lor naturală” („*Les lois civiles dans leur ordre naturel*”) care apare în 1689. Raționamentul lui Domat a fost să ordoneze regulile și principiile de drept ale timpului, de la cele mai

5 Gorphe F. Le principe de la bonne foi. Thèse Paris, Paris: DALLOZ, 1928, p.10.

6 Dumas A. Histoire des obligations dans l'Ancien droit français. Aix-en-Provence: Publications du centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité romaine, 1972, p.15.

fundamentale la cele mai tehnice, și în acest sens Domat afirma că trebuie să pornim de la adevăruri foarte simple și elementare, similare geometriei, pentru a ajunge să cunoaștem detaliile care formează un întreg<sup>7</sup>.

Fiind un adept al jansenismului, Domat considera că dreptatea (justiția) urmează a fi făcută de către Dumnezeu și prin urmare principiile morale sunt superioare celor de drept. În acest sens, în epicentrul raționamentului său, Domat plasează două reguli: - dragostea pentru Dumnezeu și binele suprem; - dragostea pentru semenii, din care derivă principiul bunei credințe, în sensul în care toate raporturile dintre semenii trebuie să se bazeze pe sinceritate, fidelitate, respect reciproc, iar lipsa acestor premise constituie temei legal de încetare a raporturilor juridice constituite anterior.

Robert-Joseph Pothier (1699-1772) a fost profesor la Universitatea din Orléans și consilier în Prezidiul orășenesc. Considerat a fi urmașul de drept al operei academice a lui Domat, scrierile lui Pothier sunt mult mai pragmatice, fiind bazate pe numeroase ilustrații practice. Totodată, similar lui Domat, Pothier analizează importanța bunei credințe în lucrările sale „Tratat de dreptul obligațiilor” („*Traité des obligations*”) și „Tratat asupra contractului de vânzare” („*Traité du contrat de vente*”). La fel ca și Domat, Pothier atribuie bunei credințe un câmp larg de aplicabilitate, care se întinde de la întocmirea contractului până la executarea sa, și deși autorul urmează legătura de inspirație religioasă dintre buna credință și dragostea pentru semenii, Pothier o dezvoltă considerând și aspectul că trebuie să ținem cont unul de interesele celuilalt, iar această din urmă idee, *a posteriori*, urma să marcheze percepția bunei credințe până în secolul al XX-lea.

### **Conceptualizarea modernă**

În prezent, autorii de specialitate nu pot enunța unanim o definiție comună a bunei credințe. După cum am arătat anterior, istoria dezvoltării acestei instituții este lungă, iar noțiunea sa datează din negurile antichității. Fiecare perioadă istorică prin care a trecut a conturat-o și i-a atribuit o semnificație proprie, și prin urmare, ar fi rațional ca cei care vor să definească astăzi fundamentele bunei credințe să se ghideze de toate aceste particularități, care și constituie, de altfel, chintesența bunei credințe.

Istoria ne învață că considerarea intereselor altuia ne permite să identificăm astăzi altruismul drept fundament al bunei credințe, persistent în toate raporturile juridice și sociale care ne înconjoară. În acest sens unii autori de specialitate se referă la exigențele de loialitate, solidaritate sau fraternitate între subiecții raporturilor juridice, pe când alții fac referire la fraternitatea contractuală dintre părți ca fundament moral al bunei credințe<sup>8</sup>.

Totodată, lucrările seculare indică că buna credință este o noțiune de importanță primordială, deseori apărând străină materiei contractuale, depășind exclusiv cadrul

7 <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55297429/f5> (citat la 03.11.2017).

8 Jamin C. Plaidoyer pour le solidarisme contractuel. Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, études offertes à Jacques Ghestin, Paris: LGDJ, 2001, p.341.

executării contractelor, răspunzând unor exigențe superioare. Această extraneitate a fundamentului bune credințe față de materia contractuală pare a fi caracteristică și astăzi. Prin urmare, **este oare corect să ancorăm buna credință exclusiv drept o obligație contractuală?**

Istoria ne demonstrează că buna credință este o noțiune care răspunde unor considerații de ordin general. Inițial de inspirație religioasă, aceasta era considerată a fi de către romani o valoare fundamentală a vieții în societate, impusă tuturor cetățenilor, până a avea oarecare implicații de ordin juridic. Pentru Domat și Pothier, buna credință este o consecință directă a regulii dragostei pentru semenii, care guvernează toate angajamentele și se impune tuturor membrilor societății în numele imperativelor religioase. Mai târziu, buna credință este percepută derivând din dreptul natural și conceptul de echitate, și prin urmare, putem afirma că buna credință răspunde unor necesități de ordin general, și nu specifice exclusiv materiei contractuale. De altfel, în confirmarea acestei ipoteze vine și formularea art. 1134 alin. (3) din Codul civil Francez, care a stat la baza reglementărilor similare din Codurile civile din România și Republica Moldova, și care nu indică expres că contractele sunt de bună credință, ci faptul că ele trebuie executate cu bună credință, aparent în lumina unor imperative superioare. Totodată, reamintim că existența bune credințe în raporturile juridice și sociale nu depindea de existența unui contract la romani sau în perioada de după căderea Imperiului Roman, ci era aplicabilă oricăror angajamente, convenționale sau nu.

Teza lansată a fost recepționată în concepția monistă a dreptului privat din Republica Moldova. Potrivit art. 9 alin.(1) Codul civil<sup>9</sup> „Persoanele fizice și juridice **participante la raporturile juridice civile trebuie** să își exercite drepturile și să își execute obligațiile **cu bună-credință**, în acord cu legea, cu contractul, cu ordinea publică și cu bunele moravuri. Buna-credință se prezumă pînă la proba contrară”.

Astfel, în concepția Codului civil moldav buna-credință nu mai este o categorie obiectivă sau subiectivă aplicabilă doar în materia contractelor, ea, este consacrată ca îndatorire *sui generis* ce incumbă oricărui participant la raporturile juridice civile, indiferent de natura juridică al acestuia.

Curios în acest context este observația că doctrina continentală operează cu noțiuni de „principiul bune credințe” sau „obligația bune credințe”, pe când doctrina common-law cunoaște termenul de „îndatorire a bune credințe” (*the duty of good faith*). Analizând etimologia acestor termeni, înaintăm ipoteza potrivit căreia doctrina common-law a identificat mijlocul de aur în conceptualizarea bune credințe moderne de inspirație romană, care fiind o îndatorire, corespunde la ceea ce ar trebui să facem în raport cu sistemul de valori morale pe care le acceptăm, în raport cu legea, uzanțele și circumstanțele. Astfel, noțiunea de îndatorire ar corespunde mai mult conceptului de *bona fide* fondată pe altruism, solidaritate și moralitate, decât instituția obligației de origine juridică. O asemenea abordare rezidă într-o măsură

---

9 Codul civil al Republicii Moldova nr. 1107-XV din 06.06.2002.

mai mare sau mai mică în forma socială a statului contemporan. Conform art. 126 alin. (1) din Constituția Republicii Moldova „Economia Republicii Moldova este economie de piață, **de orientare socială**, bazată pe proprietatea privată și pe proprietatea publică, antrenate în concurență liberă”.

Expresia „de orientare socială” evocă fără umbră de dubiu forma socială a statului Republica Moldova cu toate implicațiile de ordin juridic, social, fiscal, economic, comercial etc. Statul social este un concept de guvernare în care statul joacă un rol cheie în protejarea și promovarea bunăstării economice și sociale a cetățenilor săi. Se bazează pe principiile egalității de șanse, pe distribuția echitabilă a resurselor și pe responsabilitatea publică față de cei care nu-și pot asigura resursele minime pentru a duce o viață mai bună. Conceptul de stat social are menirea de a realiza o egalitate substanțială între subiecții raporturilor juridice.

Importanța distincției dintre obligație și îndatorire derivă și din întinderea efectului pe care o are fiecare din ele. De vreme ce obligația poartă un caracter particular și temporar (se naște și se stinge odată cu raportul juridic), îndatorirea urmărește constant individul în particular și societatea la general.

Conceptualizarea bunei credințe sub forma unei îndatoriri vine să confirme încă o dată caracterul extra-contractual al bunei credințe, care nu depinde de existența unui contract și nu este caracteristică exclusiv relației contractuale stabilite între părți.

### ***Buna credință, instituție centrală a dreptului societar modern***

În cele prezentate supra, ne-am propus să analizăm evoluția istorică a apariției, conceptualizării și definirii instituției bunei credințe, pornind de la noțiunea de *fides*, de inspirație romană, având în vedere dihotomia caracterului juridic și extrajuridic al acestui concept; fundamentele religioase și juridice ale acestei instituții reflectate în Codul civil francez.

Îngustând câmpul de cercetare către limitele dreptului societar, în această parte a studiului urmează să prezentăm instituția bunei credințe din perspectiva dreptului societar modern, atât prin prisma doctrinei continentale, cât și prin prisma dreptului anglo-saxon.

### ***Doctrina continentală***

În doctrina continentală modernă, legislatorul nu definește noțiunea de „bună-credință” ca sintagmă atare, însă jurisprudența și teoreticienii vin cu soluția de a o defini prin prisma elementelor sale definitorii, și anume intenția dreaptă, diligența, liceitatea și abținerea de la cauzarea de prejudicii altora, elemente care reprezintă o consecință a transferării unui grup de fapte psihologice ce alcătuiesc onestitatea (loialitatea, prudența, ordinea și temperanța) în sfera dreptului. Prin urmare, elementele bunei-credințe reprezintă valorile juridice corespunzătoare valorilor morale ale onestității. Această accepțiune este confirmată și de către Judecătoria Mihaela Ganea, Gabriel Lefter și Vangheliță Tase, care au apreciat (în cuprinsul deciziei civile nr. 13

din 18 ianuarie 2010 pronunțată în recurs de Secția civilă, minori și familie, litigii de muncă și asigurări sociale a Curții de Apel Constanța) „că fiind strâns legată de formarea voinței juridice, buna credință este una din condiționările ce trebuie să apară în procesul psihologic al deliberării: cântărirea avantajelor și dezavantajelor pe care le prezintă dorințele (nevoile resimțite de om) în raport cu mijloacele de realizare a acestora. De aceea, vor constitui izvoare ale buneii-credințe faptele psihologice conforme cu normele morale specifice oricărei organizări socio-economice care au avut la origine onestitatea, loialitatea, prudența și temperanța (cumpătarea, chibzuința)”<sup>10</sup>.

*Onestitatea* este acel concept moral ce reflectă o însușire personală de a urmări, în mod constant, idealul etic; *loialitatea* este faptul psihologic ce se reflectă într-un comportament social cu reprezentarea riguroasă a îndatoririlor morale, în realizarea unei conduite drepte, astfel încât să rezulte încredere între membrii societății: *prudența* constă în acea însușire a conștiinței unei persoane ce-și conduce activitatea cu intenția de a prevedea și a evita greșelile și pericolele; în fine, *temperanța* este însușirea caracteristică persoanei de a se manifesta moderat, cumpătat, în urma unor procese deliberative care să aibă în vedere nu numai interesele unei persoane, ci și cele ale societății în ansamblu – care constituie, în fapt, limita libertății indivizilor.

### *Doctrina anglo-saxonă*

Într-o altă accepțiune, doctrina anglo-saxonă percepe buna-credință drept o îndatorire fiduciară (*the duty of good faith*) inițial în dreptul contractelor, iar mai recent și în materie de drept societar, pe lângă alte două îndatoriri complementare – îndatorirea de loialitate (*the duty of loyalty*) și îndatorirea de grijă (*the duty of care*). Aspectul fiduciar al acestei îndatoriri, la fel, derivă din dreptul roman care reglementa „pactele fiduciare” drept acele „convenții încheiate cu ocaziunea unei înstrăinări și prin care cel ce primise proprietatea unui lucru se obliga a o retransmite la o epocă hotărâtă<sup>11</sup>”, specificul cărora se explica prin lipsa unei sancțiuni și întemeierea pe buna credință a părților – *bona fide* – de unde și derivă termenul de „fiducie”, prin care erau desemnate.

În perioada Evului Mediu, cavalerii cruciați redefinesc contractul de fiducie cu scopul de a-și proteja și conserva bunurile. Similar pactelor fiduciare, acestea nu prevedeau o acțiune contra fiduciarilor, aceste raporturi juridice fiind întemeiate pe încrederea reciprocă dintre părți.

În timp, această instituție este din nou remodelată, conceptualizându-se în sistemul common-law sub forma de *trust* (încredere) la mijlocul secolului al XIV-lea și redefinit în secolul al XVII-lea, evoluția sa fiind strâns legată de existența și dezvoltarea subsistemului de drept *equity* (echitate), bazat mai mult pe norme morale decât de drept.

10 <http://e-juridic.manager.ro/articole/noul-cod-civil-buna-credinta-7872.html> (citată la 08.11.2017).

11 Buta Gh., *Fiducia și administrarea bunurilor altuia*. Universul Juridic, București, 2017, p. 22.

## *Conceptualizarea și limitele îndatorii bune credințe în dreptul societar modern*

Reglementările britanice în materie bune credințe sunt exclusiv relative dreptului societar. Amintim că sistemul common-law este tradițional marcat de dihotomia dintre reglementările echitabile (*equity provisions*) și cele statutare (*statutory provisions*). Prin urmare, din punct de vedere al echității, contractul de parteneriat (statutul întreprinderii) este un contract *uberrimae fidei* (de cea mai mare bună credință), astfel încât un asociat este obligat să dezvăluie partenerilor săi toată informația relevantă pe care o deține, în caz contrar cei din urmă sunt în drept să renunțe la raporturile juridice stabilite anterior între aceștia. Din perspectivă statutară, îndatorirea bune credințe în raporturile dintre asociați este de aplicabilitate generală, cu excepția a trei particularități stabilite la secțiunile 28-30 din *the Partnership Act 1890*<sup>12</sup>:

- Datoria de informare (*duty to disclose information*) – secțiunea 28 prevede că partenerii sunt obligați să dezvăluie toată informația referitoare la parteneriat oricărui dintre parteneri sau reprezentanților legali ai acestora. Această prevedere statutară este corelativă obligației de divulgare prevăzută în reglementările echității. O ilustrare reprezentativă se regăsește în cauza *Law v. Law [1905] 1 Ch 140* – unul dintre parteneri s-a oferit să cumpere cota-parte a altui partener la un preț care părea rezonabil vânzătorului, neimplicat prea mult în afacerea respectivă. Pe de altă parte, cumpărătorul cunoștea despre anumite circumstanțe care maximizau costul cotei-părți în cauză. În momentul în care vânzătorul a descoperit aceasta, acesta a afirmat că este îndreptățit să rezilieze contractul în temeiul nedivulgării<sup>13</sup>.

- Datoria de a dezvălui profiturile secrete (*duty to account for secret profits*) – secțiunea 29 prevede obligația fiecărui partener de a contabiliza toate profiturile percepute fără acordul celorlalți parteneri din tranzacțiile care vizează parteneriatul, sau profiturile derivate din utilizarea de către acesta a bunurilor, denumirea sau asocierile de afaceri ale parteneriatului. Aceste prevederi se aplică și în cazul dizolvării parteneriatului prin decesul unui partener, în cazul săvârșirii acțiunilor sus-menționate de către unul dintre parteneri sau reprezentantul său legal. Principiul care stă la baza acestei prevederi derivă din reglementările tradiționale relative la *trust*, în sensul în care raporturile juridice dintre parteneri trebuie să se bazeze pe încredere reciprocă.

- Datoria de a dezvălui profiturile obținute din afaceri concurente (*duty to account from profits from competing business*) – secțiunea 30 prevede situația în care unul dintre parteneri, fără consimțământul celorlalți, întreprinde o afacere concurentă și de aceeași natură ca a parteneriatului; astfel acesta va fi obligat să divulge și să verse în contul parteneriatului toate profiturile obținute din aceasta. Această prevedere este destul de îngustă, în sensul în care pentru a cădea sub incidența acestei secțiuni, partenerii trebuie să demonstreze că afacerile sunt de aceeași natură și concurează pentru aceeași

---

12 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/53-54/39/contents> (citată la 02.11.2017).

13 <http://swarb.co.uk/law-v-law-1905/> (citată la 02.11.2017).



consumatori. Astfel, în cauza *Aas v. Benham* [1891] 2 Ch 244, partenerul unei companii de brokeraj naval nu a fost obligat să divulge profiturile obținute din construcții navale<sup>14</sup>. Totodată, în *Glassington v. Thwaites* [1823] 1 Sim & St 149, un partener la un ziar matinal care a înființat un ziar seral a fost obligat să divulge profiturile<sup>15</sup>.

Conceptualizarea bunei credințe în doctrina americană, sub forma unei îndatoriri, derivă din publicația lui Robert Summers „*Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*” (1969), care devine piatra de căpătâi a noii conceptualizări a îndatoririi de bună credință în raporturile de drept societar, prin care se reține că „buna-credință este percepută drept o frază fără un înțeles independent anumit, dar care servește la excluderea multor forme de rea credință. În caz de dubii, un avocat urmează să determine ce subînțelege judecătorul prin „bună credință” dacă [avocatul], în loc să întrebe ce presupune buna credință în sine, ar întreba ce încearcă să excludă judecătorul prin utilizarea acestui concept?”<sup>16</sup>. Prin această afirmație autorul vine să demonstreze că este mai ușor să caracterizezi o anumită acțiune ca fiind lipsită de bună credință, decât să oferi o definiție propriu zisă a bunei credințe.

Totodată, Deborah DeMott observă că într-o conjunctură contractuală, buna-credință îmbracă o funcție supletivă și de protecție, limitele căreia sunt delimitate expres prin convenția părților. În contrast, referindu-ne la deciziile conducătorilor de întreprinderi, buna credință se orientează pe poziția acestora ca fiduciar obligati să servească interesele unor terți. Respectiv, observăm că și în dreptul societar îndatorirea de bună credință îmbracă o conotație pozitivă<sup>17</sup>.

Importanța delimitării îndatorii bunei credințe și aplicării acesteia situațiilor în care comportamentul necorespunzător al administratorului întreprinderii nu cade sub incidența îndatoririlor de loialitate și prudență, a fost enunțată în cauza *Disney IV*, după cum urmează: „obligațiile fiduciare de loialitate și grijă, în definierea lor tradițională, nu sunt suficient de agresive astfel încât să protejeze interesele asociaților... buna credință ar putea servi pentru a acoperi lacunele obligațiilor fiduciare tradiționale, astfel încât persoanele împuternicite de asociații companiilor din Delaware să își îndeplinească îndatoririle cu onestitate și cu conștientizarea ale cui interese trebuie să le protejeze”<sup>18</sup>.

Referindu-ne la elementele constitutive ale îndatoririi de bună credință, doctrina americană delimitează între cele subiective și cele obiective.

Astfel, drept element subiectiv apare sinceritatea subiectivă – care subînțelege că un administrator de întreprindere trebuie cu adevărat să creadă că acționează în

14 <http://swarb.co.uk/aas-v-benham-ca-1891/> (citată la 10.11.2017).

15 <http://swarb.co.uk/glassington-v-thwaites-ca-1823/> (citată la 10.11.2017).

16 Summers, R.S., *Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, Virginia Law Review no. 195, Richmond, SUA, 1968, p. 86.

17 DeMott D., *Puzzles and Parables: Defining Good Faith. the MBO Context*, 25 Wake Forest L. Rev. 15 (1990).

18 <http://caselaw.findlaw.com/de-court-of-chancery/1305898.html> (citată la 10.11.2017).

interesele întreprinderii, că afirmațiile sale făcute din poziție managerială sunt adevărate, și comportamentul său este decent. Totodată, pentru a clarifica semnificația „sincerității”, curtea a statuat în cauza *First National Bank v. F.C. Trebein Co.* că buna-credință de drept nu se raportează la standardul de bine sau corectitudine a unei persoane, ci derivă din cele prescrise de normele legale drept un standard comportamental pentru subiecții de drept<sup>19</sup>.

În dreptul societar, dar și în drept în general, de altfel, elementele obiective ale bunei credințe prevalează asupra celor subiective în practică, astfel se pune accentul pe așa numita voință juridică declarată, dar nu pe forul interior. Dreptul societar distinge trei elemente obiective ale bunei credințe, care derivă din înțelesurile uzual (de dicționar), bazat pe așteptările rezonabile ale asociațiilor, și juridic (societar) ale al bunei credințe.

Mai întâi de toate, îndatorirea bunei credințe în dreptul societar impune abținerea conducătorului comerciantului de la încălcarea standardelor unanim acceptate ale decenței aplicabile raporturilor de afaceri (sens uzual).

După care, îndatorirea bunei credințe în dreptul societar impune abținerea conducătorului de la încălcarea normelor societare unanim acceptate, derivate din standarde comerciale rezonabile și oneste (sens juridic).

În al treilea rând, îndatorirea bunei credințe în dreptul societar impune conducătorul să fie fidel întreprinderii pe care o conduce (sens bazat pe așteptările rezonabile ale asociațiilor).

### ***Paradigme derivate din îndatorirea bunei-credințe***

Obligația de a nu determina cu bună știință crearea unei situații în care întreprinderea este obligată să încalce legea (*the obligation not to knowingly cause the corporation to violate the law*). Una din regulile circumscrise îndatoririi bunei credințe derivă din obligația conducătorului de a nu determina în mod deliberat și în cunoștință de cauză crearea unei situații în care societatea este obligată să încalce legea, chiar dacă, conform raționamentului, efectul previzibil este maximizarea profiturilor acționarilor ca rezultat al încălcării.

Motivul instituirii acestei obligații este următorul – o societate complexă în care indivizii se subordonează legilor doar din frica de a nu fi pedepsiți nu poate progresa. Pentru a evolua, marea majoritatea a membrilor societății ar trebui să conștientizeze aspectul moral al obligației de a respecta normele de drept. Similar, asimilat raporturilor de drept societar, o întreprindere nu se va putea dezvolta atât timp cât conducătorii se vor considera lipsiți de obligația morală de respectare a legilor în momentul acționării de pe poziție managerială și nu personală. Un conducător de întreprindere care cu bună știință determină întreprinderea să încalce normele de drept nu poate fi declarat sincer, întrucât conștientizează că încalcă standardele unanim acceptate ale decenței aplicabile raporturilor de afaceri. Mai mult, un astfel de

---

19 <http://caselaw.findlaw.com/fnb-fc-trebein-co/1504888.html> (citată la 11.11.2017).

conducător nu este fidel întreprinderii, care activând în limitele elegii are așteptarea rezonabilă că conducătorii acționează la fel.

Obligația de nepărtinire (*the obligation of candor*). Obligația de nepărtinire înglobează două aspecte. Primul - conducătorii au obligația de a nu face afirmații false sau înșelătoare, cu intenție sau din imprudență, din poziția lor managerială – obligația de a nu înșela (*the obligation not to mislead*). După care – conducătorii au obligația de a nu eșua, cu intenție sau din imprudență, să informeze alți membri ai organelor de conducere despre faptele care îi privesc în luarea sau scutirea de la luarea unor decizii – obligația de informare corespunzătoare (*the obligation to duly inform*).

Inducerea, prin mijloace manipulative, a organelor de conducere să acționeze contrar normelor de drept societar unanim recunoscute (*obtaining action by a corporate organ through the use of a manipulative process that violates generally accepted basic corporate norms*).

Per general, această regulă operează mai mult ca o condiție decât drept un temei de răspundere, întrucât prin aplicare, efectul său principal este de a executa sau de a contribui la o acțiune din partea organelor de conducere. Dacă acțiunea este ineficientă, atunci comportamentul conducătorului nu va prejudicia întreprinderea și acesta nu va fi răspunzător.

Motive non-pecuniare nepermisive (*impermissible nonpecuniary motives*). Uneori, un conducător poate manifesta un comportament care, deși nu este făcut în interes financiar propriu, este în conflict cu poziția sa managerială. Doctrina mai definește acest comportament drept „motive intolerabile”. În acest sens, interesul personal a fost definit în cauza *In re RJR Nabisco, Inc. Shareholders Litigation* după cum urmează: „un conducător nu acționează cu bună credință dacă este motivat de sentimente de ură, dorință, invidie, răzbunare, rușine sau mândrie”<sup>20</sup>.

Ignoranță substanțială a îndatoririlor (*substantial disregard of responsibilities*). Ignoranța substanțială a îndatoririlor prescrise conducătorului constituie o lipsă de bună credință atât în sensul lipsei fidelității față de întreprindere, precum și din perspectiva lipsei de sinceritate în activitatea sa.

### ***Concluzii și recomandări***

În concluzie menționăm că din perspectiva dreptului societar, îndatorirea bunei credințe reprezintă factorul central care urmează să caracterizeze fiecare raport juridic ce apare între subiecții raporturilor de drept comercial în sens larg, nu în ultimul rând datorită caracterului predominant contractual al acestor raporturi juridice. De asemenea, optăm *de lege ferenda* reglementarea expresă în codul civil al îndatoritei de bună credință cu prevalență punctând pe aspectul de drept societar al acesteia; definirea acesteia, limitele și implicațiile particulare în dreptul societar. În opinia noastră conturarea juridică al acestui concept domeniului dreptului comercial ar

---

20 <https://law.justia.com/cases/delaware/court-of-chancery/1990/576-a-2d-654-4.html> (citată la 12.11.2017).

constitui o paradigmă *sine qua non* pentru disciplinarea activității de întreprinzător, consolidarea eticii în afaceri, protecția investițiilor, crearea de bogăție și prosperitate pentru societatea din Republica Moldova. În aparență amendarea sar cere de operat în Legea nr. 135 din 14.06.2007 privind societățile cu răspundere limitată, Legea nr. 1134 din 02.04.1997 privind societățile pe acțiuni și în Legea nr. 845 din 03.01.1992 cu privire la antreprenoriat și întreprinderi, însă noi avem convingerea că aceste acte legislative urmează a fi abrogate, iar materia respectivă să fie reglementată în codul civil, având în vedere caracterul monist al dreptului privat în Republica Moldova.

În concepția noastră este binevenită amendarea Codului civil cu art. 9<sup>1</sup> în care este consacrată că „Bună-credință este un standard de conduită al unei părți, caracterizată prin corectitudine, onestitate, deschidere și luarea în cont a intereselor celeilalte părți la acel raport juridic. În special, este contrar bunei-credințe ca o parte să acționeze în contradicție cu declarațiile pe care le-a făcut anterior sau cu comportamentul pe care l-a avut anterior în cazul în care cealaltă parte, în detrimentul său, s-a bazat în mod rezonabil pe acele declarații sau comportament”, însă din esența textului se pune accentul pe bună-credință în raporturile contractuale, astfel, urmează extins obiectul de reglementare al acestui articol cu regulile supra abordate.

**TRIBUNA DOCTORANDULUI**  
**TRIBUNE OF THE POST-GRADUATE STUDENTS**



# REFERENDUMUL — MODALITATE DIRECTĂ DE EXERCITARE A SUVERANITĂȚII NAȚIONALE

**Andrei CUCULESCU**, doctorand ULIM

Recenzent: Victor POPA, doctor habilitat, profesor universitar

## **REFERENDUM – A DIRECT WAY TO EXERCISE NATIONAL SOVEREIGNTY**

*The referendum is a process wherein the electorate, and sometimes a wider circle of people than those who have the capacity of voters, is summoned, at the initiative of the parliament, president, government or other subjects prescribed by law, to decide on issues of general interest (such as maintenance or repeal of a law in force, the adoption or amendment of the Constitution, adopt a certain behavior in a given question of international relations, improvement or maintenance of a treaty, etc.). At the referendum, the citizens of a state are called to express by popular vote their will for a measure taken by or foreseen by an authority.*

**Keywords:** referendum, Constitution, parliament, democracy, electorate.

*Referendumul este un proces în care electoratul, și uneori un cerc mai larg de oameni decât cei care au capacitatea de a alege, este convocat, la inițiativa parlamentului, președintelui, guvernului sau altor subiecte prevăzute de lege, să decidă asupra problemelor de interes general (cum ar fi menținerea sau abrogarea unei legi în vigoare, adoptarea sau modificarea Constituției, adoptarea unui anumit comportament într-o anumită situație a relațiilor internaționale, îmbunătățirea sau menținerea unui tratat etc.). La referendum, cetățenii unui stat sunt chemați să-și exprime prin vot voința lor pentru o măsură luată sau prevăzută de o autoritate.*

**Cuvinte cheie:** referendum, Constituție, parlament, democrație, electorat.

Termenul *referendum* își are originea în dreptul roman. În limba latină, gerunziul verbului *refere* desemna o procedura prin care întreg corpul electoral era consultat în mod direct cu privire la o temă precisă, conferind astfel legitimitate deciziei adoptate. Și în Antichitate, ca și astăzi, referendumul era apreciat drept instrument prin excelență al democrației directe, în care alegătorii își stabileau opinia și adoptau o decizie (de regulă, cu caracter normativ) în mod direct, fără niciun intermediar<sup>1</sup>.

Prin referendum, corpul electoral, iar uneori chiar un cerc mai larg de persoane decât cele care au calitatea de alegători, este convocat, la inițiativa organului legiuitor, a Șefului statului, a Guvernului ori a altor subiecte prevăzute de legi, pentru a decide asupra unor probleme de interes general (cum ar fi menținerea sau

<sup>1</sup> *Constituția Republicii Moldova: comentariu*. Chișinău: Arc, 2012. p. 288.

abrogarea unei legi în vigoare, adoptarea sau modificarea Constituției, adoptarea unei anumite conduite într-o chestiune dată a vieții internaționale, perfectarea sau menținerea unui tratat ș.a.). În Suedia și Norvegia, deși referendumul este instituționalizat, el nu are decât o valoare consultativă. De asemenea, anumite cantoane elvețiene permit un referendum consultativ. Constituția României consacră trei forme de referendum; două obligatorii și de decizie – referendumul constituțional, referendumul pentru demiterea din funcție a Președintelui României; unul facultativ și consultativ – referendumul cu privire la probleme de interes național<sup>2</sup>.

În sens larg, referendumul este ca un apel către electorat în o problemă de ordin legislativ sau administrativ, dacă el emană de la un organ reprezentativ. Referendumul poate avea loc *post legem* sau *ante legem*, poate fi *obligatoriu* sau *facultativ*<sup>3</sup>. Indiferent însă de caracterul lui, referendumul constituie forma cea mai expresivă de asociere a poporului la procesul legislativ, poporul trebuind să se pronunțe expres asupra unui proiect de lege ce urmează a fi eventual adoptat, cu condiția însă ca votul popular să nu fie deviat de la finalitatea lui<sup>4</sup>. Or, uneori, mai ales atunci când referendumul este provocat de șeful statului, el ia forma unui plebiscit, fiind transformat într-o operație având ca scop obținerea unui „vot de încredere națională”. Soluția propusă pentru problema care face obiectul referendumului reflectă mai degrabă concepția șefului statului și dorința acestuia de a-și consolida poziția. Alteori, prin obiectul său – o temă sau o reformă incontestabil populară – referendumul poate deveni un instrument demagogic de succes și popularitate facile<sup>5</sup>.

În opinia lui T.Cârnaț, referendumul este „o formă a democrației directe, prin care se realizează suveranitatea poporului în cele mai importante probleme de interes național și social, având drept scop soluționarea acestora, precum și consultarea cetățenilor în problemele locale de interes deosebit și revocarea primarului satului (comunei), sectorului, orașului (municipiului)”.

Totodată, autorul formulează câteva criterii ce permit a delimita „alegerile” de „referendum”, printre care menționăm:

1. Obiectul de exprimare a voinței alegătorilor:

a) la alegeri obiectul îl constituie candidatul sau lista de candidați în organul reprezentativ al statului;

b) la referendum sunt supuse probleme concrete formulate fie în proiecte legislative, fie în concepții.

De regulă, referendumului republican se supun: textul Constituției; proiecte de legi; alegerea formei de guvernământ etc., precum și modificări ale Constituției ce

2 Deleanu I. *Instituții și proceduri constituționale: în dreptul român și în dreptul comparat*. București: C. H. Beck, 2006. p. 112.

3 *Constituția Republicii Moldova: comentariu*. Chișinău: Arc, 2012. p. 288.

4 Arseni A. *Drept constituțional și instituții politice*. Tratat, vol.I. Chișinău: CEP USM, 2005. p. 466.

5 Deleanu I. *Op. cit.*, p. 113.



țin de caracterul suveran, independent și unitar al statului, neutralitatea permanentă a statului (art. 75 alin. (2) din Constituție);

2. Referendumul se petrece în baza sistemului electoral majoritar, iar alegerile fie prin sistemul electoral majoritar, fie prin sistemul reprezentării proporționale;

3. Aspectul organizatoric atât la referendum, cât și la alegeri este același, cu excepția că la referendum nu se constituie circumscripții electorale<sup>6</sup>.

*Inițiativa desfășurării referendumului* poate surveni, în funcție de prevederile constituționale, din partea Parlamentului, Șefului statului, Guvernului sau unui grup de cetățeni cu drept de vot. Astfel, spre exemplu, *Președintele Republicii* poate iniția desfășurarea referendumului în *Ungaria* (art. 8, alin. (1) al Constituției din 25 aprilie 2011), *Armenia* (art. 111, alin. (1) al Constituției din 5 iulie 1995), *Georgia* (art. 74, alin. (1) al Constituției), *Belarus* (art. 74, alin. (1) din Constituție), *Tadjikistan* (art. 99, alin. (2) al Constituției din 6 noiembrie 1994). *Guvernul* beneficiază de acest drept în *Franța* (art. 11, alin. (1) al Constituției din 4 octombrie 1958), *Austria* (art. 49 b, alin. (1) din Legea Constituțională Federală), *Croația* (art. 87, alin.(2) al Constituției din 22 decembrie 1990), *Slovacia* (art. 96, alin. (1) al Constituției din 1 septembrie 1992) ș.a. În *Spania* (art. 92, alin. (2) din Constituție) inițiativa desfășurării referendumului poate parveni din partea Președintelui Guvernului, cu acordul prealabil al Congresului Deputaților. *Alegătorii* pot iniția desfășurarea referendumului în *Slovenia* (40 000 cetățeni), *Elveția* și *Ungaria* (50 000 de cetățeni), *Macedonia* (150 000 cetățeni), *Georgia* (200 000 cetățeni), *Slovacia* (350 000 cetățeni), *Belarus* (450 000 cetățeni, din fiecare regiune și orașul Minsk fiind colectate nu mai puțin de 30 000 semnături), *Italia* (500 000 cetățeni).

De remarcat faptul că *inițiativa desfășurării referendumului poartă un caracter limitativ*, or, Legile Fundamentale ale statelor interzic organizarea referendumurilor în anumite domenii. Astfel, spre exemplu, nu pot fi desfășurate referendumuri în materia: *finanțelor și impozitării* în *Italia* (art.75, alin. (2) al Constituției din 22 decembrie 1947), *Portugalia* (art. 115, alin. (4) al Constituției din 2 aprilie 1976), *Ucraina* (art. 74 al Constituției din 28 iunie 1996), *Letonia* (art. 73 al Constituției) ș.a.; *ratificării tratatelor internaționale* în *Estonia* (art. 106, alin. (1) al Constituției din 28 iunie 1992), *Albania* (art. 74, alin. (3) din Constituție) ș.a.; *amnistiei și grațierii* în *Georgia* (art. 74, alin. (2) din Constituție); *exproprierei* în *Danemarca* (art. 42, alin. (6) al Constituției din 5 iunie 1953) și *Paraguay* (art. 122 al Constituției din 22 iunie 1992).

*Competența de a numi referendumul*, de regulă, *aparține Președintelui Republicii* (*Franța* (art. 11, alin. (1) din Constituție), *Italia* (art. 87, alin. (6) din Constituție), *Federația Rusă* (art. 84 al Constituției din 12 decembrie 1993), *România* (art. 90 al Constituției), *Slovacia* (art. 95, alin. (1) din Constituție), *Bulgaria* (art. 98, p. 1) al Constituției din 13 iulie 1991), *Azerbaidjan* (art. 109, p. 18) al Constituție din 12 noiembrie 1995), *Kazahstan* (art. 44, p. 10) al Constituției din 30 august 1995), *Alger* (art. 77, p. 8) al Constituției din 19 noiembrie 1976) ș.a. În unele statele este prevă-

6 Cârnaț T. *Drept Constituțional*. Chișinău: Print-Caro, 2010. p. 334.

zută competența alternativă a șefului statului și Parlamentului în vederea convocării referendumului (Polonia (art. 125, alin. (2) al Constituției din 25 mai 1997), Ucraina (art. 72, alin. (1) din Constituție), Croația (art.87, alin.(1), (2) din Constituție) sau competența exclusivă a Parlamentului în acest domeniu (Austria (art. 49b, alin. (1) al Legii Constituționale Federale), Macedonia (art. 73, alin. (1) din Constituție), Estonia (art. 105, alin. (1) din Constituție), Vietnam (art. 84, p. 14) al Constituției din 15 aprilie 1992) ș.a.)<sup>7</sup>.

În funcție de caracterul referendumului, pot fi evidențiate *trei modalități de participare directă a cetățenilor*:

1. *Referendum constituțional* – referendum organizat în scopul adoptării sau revizuirii Constituției (Elveția (art. 140, alin. (1) din Constituție), Danemarca (art.88 din Constituție), Croația (art. 87, alin. (2) din Constituție), Letonia (art. 79 din Constituție), Armenia (art. 111 din Constituție), Republica Coreea (art. 130, alin. (2) al Constituției din 27 octombrie 1987), Maroc (art. 174, alin. (2) al Constituției din 1 iulie 2011) ș.a.);

2. *Referendum legislativ* – referendum desfășurat în scopul adoptării (*referendum aprobativ*) sau abrogării legii (*referendum abrogativ*). Astfel, în Franța, în conformitate cu prevederile alin.(1), art.11 al Constituției, Președintele Republicii, la cererea Guvernului sau la propunerea conjugată a celor două camere, poate supune referendumului orice proiect de lege asupra organizării autorităților publice, asupra reformelor privind politica economică, socială sau ecologică a națiunii și privind serviciile publice care contribuie la acestea, sau vizînd autorizarea ratificării unui tratat internațional care ar avea implicații asupra funcționării instituțiilor. Desfășurarea referendumului legislativ este prevăzută și de Constituțiile Croației (art. 87, alin.(1)), Estoniei (art. 105, alin. (1)), Armeniei (art.112, alin. (1)), Senegalului (art. 51 al Constituției din 7 ianuarie 2001), Tunisiei (art. 47, alin. (1) al Constituției din 1 iunie 1959) ș.a. Referendumul *abrogativ* poate fi organizat în Italia, unde în conformitate cu prevederile alin. (1), art. 75 din Constituție, Președintele va numi un referendum popular pentru a hotărî abrogarea, totală sau parțială, a unei legi sau a unui act cu putere de lege, în cazul în care solicitarea vine din partea a 500 000 de alegători sau cinci consilii regionale;

3. *Referendum arbitral* – referendum desfășurat pînă la promulgarea legii. Astfel, în Spania, reieșind din faptul că legea nu poate intra în vigoare fără promulgarea acesteia de către Rege, iar întoarcerea legii spre reexaminare Cortesurilor Generale (Parlamentului) nu este prevăzută de Constituție, șeful statului poate utiliza mecanismele prevăzute în p. 3), art. 62 și art. 92 din Legea Fundamentală numind un referendum, în cadrul căruia poporul devine arbitru în litigiul dintre monarh și legislativ. În Danemarca (art. 42 din Constituție) 1/3 din deputați se pot adresa în termen de trei săptămîni de la data adoptării proiectului de lege președintelui Folket-

---

7 Țurcan S., Smochină A. *Reglementarea constituțională a mecanismelor extraparlamentare de realizare a funcției legislative a statului*. În: In Honorem Andrei Smochină. Studii de drept național. Chișinău: CEP USM, 2013, p. 182-183.

ingului (Parlamentului) cu cererea de a fi desfășurat un referendum pe marginea acestuia. Proiectul de lege nu poate fi promulgat de Rege pînă la expirarea acestui termen sau pînă la desfășurarea referendumului. În *Irlanda* (art. 27 al Constituției din 29 decembrie 1937) majoritatea membrilor Senatului și nu mai puțin de 2/3 din membrii Camerei Reprezentanților pot cere Președintelui Republicii să renunțe la promulgarea proiectului de lege în baza faptului că acesta conține prevederi de importanță națională și voința poporului, manifestată prin referendum, trebuie aflată în această materie. În *Letonia* (art. 72 din Constituție) Președintele Republicii, în termen de 7 zile de la data adoptării proiectului de lege, la propria inițiativă sau la solicitarea a cel puțin 1/3 din numărul membrilor Seimului (Parlamentului), este în drept să amîne promulgarea legii pentru un termen de două luni. La cererea 1/10 din numărul alegătorilor acest proiect de lege va fi supus referendumului. Trebuie remarcat faptul că legea adoptată la referendum nu poate fi respinsă de către șeful statului și nu se supune controlului constituționalității. Aceasta se explică prin faptul că legile adoptate de către purtătorul suveranității au forță juridică supremă, nu necesită o confirmare ulterioară din partea autorităților publice și pot fi modificate sau abrogate numai prin exprimarea expresă a voinței poporului la referendum<sup>8</sup>.

În *Republica Moldova*, în conformitate cu prevederile art. 75, alin. (1) din Constituție, cele mai importante probleme ale societății și ale statului sînt supuse referendumului<sup>9</sup>. Desfășurarea acestuia este obligatorie în cazul revizuirii dispozițiilor Constituției privind caracterul suveran, independent și unitar al statului, precum și cele referitoare la neutralitatea permanentă. Totodată, art. 142 alin. (1) din Codul electoral, stabilește că „referendumul republican se desfășoară în scopul exercitării puterii poporului și participării lui nemijlocite la conducerea și administrarea treburilor de stat”<sup>10</sup>.

Art. 143 din Codul electoral stabilește tipurile de referendum republican – constituțional, legislativ, privind demiterea Președintelui Republicii Moldova și consultativ. Obiectul referendumului constituțional îl constituie propunerile privind revizuirea Constituției. În cazul referendumului legislativ, cetățenii sunt consultați referitor la proiectele de legi sau unele prevederi ale acestora de importanță deosebită. Referendumul consultativ vizează problemele de interes național, în scopul consultării opiniei poporului asupra unor astfel de probleme și adoptării ulterioare, de către autoritățile publice competente, a unor hotărâri definitive<sup>11</sup>.

Așadar, referendumul republican sau național are loc pe întreg teritoriul Republicii Moldova și se desfășoară în scopul exercitării puterii poporului și participării lui nemijlocite la conducerea și administrarea treburilor de stat. Propunerea privind

8 Țurcan S., Smochină A. *Op. cit.*, p. 183-184.

9 *Constituția Republicii Moldova*, adoptată la 29 iulie 1994. În: Monitorul Oficial al RM nr.1 din 12.08.1994.

10 *Codul electoral al Republicii Moldova nr.1381-XIII*, adoptat la 21 noiembrie 1997. În: Monitorul Oficial al RM nr.81 din 08.12.1997, art. 667.

11 *Ibidem*

desfășurarea referendumului trebuie să includă problemele ce urmează să fie supuse votului, expuse clar, excluzându-se interpretarea lor ambiguă, precum și scopul desfășurării, data preconizată pentru desfășurarea lui<sup>12</sup>.

În art. 146 alin. (1) din Codul electoral, sunt enumerate problemele ce pot fi supuse referendumului republican:

- a) adoptarea Constituției Republicii Moldova și revizuirea Constituției Republicii Moldova;
- b) aprobarea legilor constituționale adoptate de Parlament pentru revizuirea dispozițiilor privind caracterul suveran, independent și unitar al statului, precum și a celor privind neutralitatea permanentă a statului;
- c) demiterea Președintelui Republicii Moldova;
- d) alte probleme importante ale societății și ale statului).

Totodată, în art. 147 din Codul electoral, sunt enumerate problemele ce nu pot fi supuse referendumului republican:

- a) privind impozitul și bugetul;
- b) privind amnistierea și grațierea;
- c) privind măsurile extraordinare sau de urgență pentru asigurarea ordinii publice, sănătății și securității populației;
- d) privind alegerea, numirea, demiterea persoanelor în/ din anumite funcții, care țin de competența Parlamentului, Președintelui Republicii Moldova și Guvernului; e) ce țin de competența instanțelor de judecată și procuraturii<sup>13</sup>.

Legea distinge, în raport cu prevederile constituționale, între două tipuri de referendum:

- a) Referendumul *obligatoriu* – cu privire la revizuirea Constituției și cu privire la demiterea Președintelui Republicii Moldova;
- b) Referendumul *facultativ* – cu privire la alte probleme importante ale societății și ale statului. Cele două forme ale referendumului obligatoriu pot fi considerate ca fiind referendumuri de *decizie*; cel de-al doilea tip de referendum este *consultativ*, atât în ce privește organizarea, cât și în ce privește rezultatele lui.

Astfel, *referendumul constituant* poate avea ca obiect fie adoptarea Constituției, fie revizuirea acesteia. *Referendumul pentru demiterea Președintelui Republicii Moldova* exprimă, de asemenea, principiul paralelismului formelor procedurale: fiind ales prin vot universal, egal, direct, secret și liber exprimat, tot astfel urmează ca el să fie demis. Dar nu numai atât, referendumul – în această situație - este și o formă de arbitraj popular. *Referendumul consultativ* este mijlocul constituțional prin care Președintele Republicii Moldova, solicită poporului – în realitate corpului electoral – să-și exprime voința „cu privire la probleme de interes național”. Este un referendum facultativ, de opinie, nu de decizie<sup>14</sup>.

12 *Constituția Republicii Moldova: comentariu. Op. cit.*, p. 289.

13 *Codul electoral al Republicii Moldova nr.1381-XIII*, adoptat la 21 noiembrie 1997. În: Monitorul Oficial al RM nr.81 din 08.12.1997, art. 667.

14 Deleanu I. *Op. cit.*, p. 577-579.

Curtea Constituțională a Republicii Moldova prin Hotărîrea nr. 57 din 03.11.1999 „privind interpretarea art. 75, art. 141 alin. (2) și art. 143 din Constituție” a menționat că, potrivit art. 75 din Constituție, cele mai importante probleme ale societății și ale statului sînt supuse referendumului, care este de fapt mijlocul prin care poporul își exercită nemijlocit voința sa. Referendumul poate privi fie un proiect de lege, atunci cînd este declarat de către Parlament în baza art.66 lit.b) din Constituție, fie o problemă de interes național, pentru care se cere exprimarea opiniei alegătorilor, atunci cînd este inițiat de Președintele Republicii Moldova în baza atribuțiilor sale prevăzute de art.88 lit.f) din Constituție<sup>15</sup>.

Aceste prevederi ale Constituției sînt dezvoltate prin dispozițiile Codului Electoral din 21 noiembrie 1997, care în art. 143, alin. (1) și art. 144, alin. (1) stipulează că referendumul republican, care, în funcție de natura juridică a problemelor supuse acestuia, poate fi constituțional, legislativ și consultativ, poate fi inițiat de un număr de 200 000 de cetățeni cu drept de vot, un număr de cel puțin de 1/3 din deputații în Parlament, Președintele Republicii Moldova și Guvern.

În contextul celor expuse, menționăm că Curtea Constituțională a Republicii Moldova prin Hotărîrea nr.24 din 27.07.2017 „privind controlul constituționalității Decretului Președintelui Republicii Moldova nr. 105-VIII din 28 martie 2017 privind desfășurarea referendumului republican consultativ asupra unor probleme de interes național”<sup>16</sup>, a declarat **neconstituțional** alineatul (2) al articolului 144 din Codul electoral din 21 noiembrie 1997 prin care se stabilea că „*subiecții menționați la art. 144 alin. (1) pot iniția orice tip de referendum prevăzut la art. 143*” și a indicat că potrivit prevederilor art. 150 alin. (1) din Codul electoral *doar* Parlamentul prin hotărîre poate declara referendum republican pentru toate propunerile de inițiere a referendumului de către subiecții care dispun de acest drept. Astfel, Președintele Republicii Moldova urmare a Hotărîrii Curții Constituționale este abilitat *doar cu dreptul de a iniția* referendum republican consultativ *nu și cu dreptul de a-l declara*, acest drept aparținînd exclusiv Parlamentului Republicii Moldova.

Vom menționa că suntem de acord cu opinia autorului Victor Popa în ce privește faptul că este destul de neclară formula alin. (1) al art. 75 din Constituția Republicii Moldova, care spune că sunt supuse referendumului cele mai importante probleme ale societății și ale statului. În acest sens, este nevoie de un criteriu în funcție de care ar putea fi stabilit gradul de importanță al unei probleme. Constituția, în art. 142, fixează un set de probleme care trebuie supuse în mod obligatoriu aprobării prin referendum cu votul majorității cetățenilor înscriși în listele electorale. Acestea sunt

---

15 *Hotărîrea Curții Constituționale nr.57 din 03.11.1999 privind interpretarea art.75, art. 141 alin.(2) și art.143 din Constituție*. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr.124-125 din 11.11.1999, art.68.

16 *Hotărîrea Curții Constituționale nr.24 din 27.07.2017 privind controlul constituționalității Decretului Președintelui Republicii Moldova nr.105-VIII din 28 martie 2017 privind desfășurarea referendumului republican consultativ asupra unor probleme de interes național*. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 335-339 din 15.09.2017, art.89.

dispozițiile privind caracterul suveran, independent și unitar al statului, precum și cele referitoare la neutralitatea permanentă a statului. Nicio revizuire nu poate fi făcută, stabilește alin. (2) al art. 142, dacă are ca rezultat suprimarea drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor sau a garanțiilor acestora.

Alin. (1) al art. 75 din Constituție face referire la un set de probleme care trebuie calificate ca cele mai importante. Anume și din aceste considerente, Constituția ar trebui să prevadă o listă de probleme care pot fi calificate ca cele mai importante pentru a exclude arbitrariul în stabilirea problemei ce urmează a fi supusă referendumului.

Conform prevederilor art.135 lit.d) din Constituție și art.167 din Codul electoral, confirmarea rezultatelor referendumului republican o face Curtea Constituțională care, în termen de 10 zile, examinează actele remise de Comisia Electorală Centrală și confirmă sau infirmă, printr-o hotărâre, rezultatele referendumului republican<sup>17</sup>.

Art. 168 alin. (1) din Codul electoral stabilește că hotărârea se consideră adoptată prin referendum republican dacă pentru ea au votat majoritatea cetățenilor care au participat la referendum. În cazul în care este supusă referendumului o lege constituțională, care prevede modificarea dispozițiilor privind caracterul suveran, independent și unitar al statului, precum și a dispozițiilor referitoare la neutralitatea permanentă a statului, aceasta se consideră aprobată dacă pentru ea au votat cel puțin jumătate din numărul total al persoanelor înscrise în listele electorale. Hotărârea privind demiterea Președintelui Republicii Moldova se consideră adoptată prin referendum republican dacă pentru ea au votat un număr de alegători egal sau mai mare decât în cazul alegerii Președintelui Republicii Moldova, dar nu mai puțin de jumătate din numărul alegătorilor care au participat la referendum<sup>18</sup>.

Ca finalitate Hotărârile adoptate potrivit rezultatelor referendumului republican au putere juridică supremă (art. 75 alin. (2) din Constituție) și respectiv au efect juridic direct nemijlocit. Însă, numai referendumul republican este forma directă de exercitare a suveranității naționale, dat fiind că rezultatele lui vizează interesele întregii societăți. Pe când referendumul local vizează doar interesul localității și al comunității respective. Astfel, referendumul este forma de realizare directă a suveranității naționale de către popor în procesul soluționării celor mai importante probleme ale societății și ale statului, atribuind deciziilor adoptate forță juridică supremă<sup>19</sup>.

Printre **neajunsurile referendumului**, ca formă de macrodemocrație, Giovanni Sartori menționa: actorul referendumului acționează singur, fără „a participa la debateri”, așa încât „iluminarea prin discuții” este exclusă; referendumul nu lasă loc concesiilor; agenda referendumului este preelaborată de către guvernanți, așa încât, paradoxal, cu cât este mai mare dimensiunea democrației directe, cu atât mai mică este autenticitatea ei; democrația prin referendum stabilește din start un „mecanism

17 *Constituția Republicii Moldova: comentariu. Op. cit.*, p. 289-290.

18 *Codul electoral al Republicii Moldova nr.1381-XIII*, adoptat la 21 noiembrie 1997. În: Monitorul Oficial al RM nr.81 din 08.12.1997, art. 667.

19 Arseni A. *Legitimitatea puterii de stat: fenomen complex și indispensabil societății umane contemporane*. Teză de doctor habilitat în drept. Chișinău, 2014. p. 101-102.

de sumă zero” al luării deciziilor, adică o domnie literală a majorității, care exclude drepturile minorității; informația nu înseamnă cunoaștere, iar cunoașterea nu implică totdeauna și competența așa încât actorul referendumului poate deveni sau o piesă inutilă în jocul democrației sau un factor care tinde spre extremism – acea luare tranșantă de poziție într-o lume cu numai două dimensiuni: alb sau negru, deoarece rareori s-a recurs la un referendum cu trei opțiuni (în Elveția sau în Suedia) ori chiar cu patru opțiuni (în Australia, în 1977, pentru noul imn național)<sup>20</sup>.

În sensul celor expuse, conchidem că referendumul este, prin excelență, un instrument al democrației directe, prin intermediul căruia cetățenii își exprimă opinia și adoptă o decizie în mod direct. Principala caracteristică a referendumului rezidă în funcția sa de legitimare a puterii, voința populară validând actele supuse votului. Prin referendum se atenuază distanța dintre guvernanți și guvernați, completându-se în mod democratic raporturile care rezultă în urma alegerilor. Cu alte cuvinte, referendumul reprezintă un mijloc de manifestare a voinței populare, precum și a rolului cetățeanului în politică, în cadrul circumscris sferei dezbaterii publice. Pe de altă parte, referendumul oferă poporului posibilitatea de a controla puterea și modul de exercitare a acesteia, precum și posibilitatea de a media probleme extrem de importante de natură politică.

---

20 Deleanu I. *Op. cit.*, p. 115-116.

# NATURA JURIDICĂ A REZOLUȚIEI 1483 DIN 22.05.2003 ADOPTATĂ DE CONSILIUL DE SECURITATE AL ONU ÎN RAPORT CU IRAK

Kordee BADIR, doctorand ULIM

Recenzent: Nicolae OSMOCHESCU, doctor, profesor universitar

## LEGAL NATURE OF RESOLUTION 1483 OF 22.05.2003 ADOPTED BY THE UN SECURITY COUNCIL IN REPORT WITH IRAQ

*The intervention of the US and British Armed Forces in Iraq in March 2003 has sparked a number of discussions on the appreciation from the point of view of international law. An answer to this question was given by the UN Security Council through the adoption on 22 May 2003 of Resolution 1483, by which these states were recognized as occupation forces. But a broad analysis of the content of this resolution allows us to find some deviations from international humanitarian law.*

**Keywords:** resolution, occupation force, international humanitarian law, Security Council, Iraq.

*Intervenția forțelor armate ale SUA și a Marii Britanii în Irak în martie 2003 au trezit mai multe discuții referitor la aprecierea din punct de vedere al dreptului internațional. Răspuns la această întrebare a dat Consiliul de Securitate al ONU prin adoptarea la 22.05.2003 a rezoluției 1483, prin care aceste state au fost recunoscute forță de ocupație. Însă o analiză amplă a conținutului acestei rezoluții, ne permite să constatăm unele abateri de la dreptul internațional umanitar.*

**Cuvinte-cheie:** rezoluție, forță de ocupație, drept internațional umanitar, Consiliul de Securitate, Irak.

### Introducere

Dreptul internațional umanitar de ocupație este chemat să reglementeze modul de conduită în timpul acțiunilor militare de ocupare și după instaurarea acesteia și nu este preocupat de legalitatea acestei instaurări. Putem observa că este exact cazul Irak-ului, forțele coaliției au ocupat teritoriul Irak-ului și numai după aceasta Consiliul de Securitate a elaborat rezoluția 1483 din 22 mai 2003 care recunoaște aceste state ca forță de ocupație sub comandament unic înzestrându-le cu drepturile și obligațiile respective.<sup>1</sup> Problema legalității ocupației din Irak a fost una fără de soluție la moment. Chiar dacă ar exista un proiect de rezoluție care ar califica ocupația ca ilegală ea nu ar putea fi adoptată deoarece SUA și Marea Britanie sunt membri permanenți, cu drept de *veto*, în cadrul Consiliului de Securitate.

1 Rezoluția Consiliului de Securitate al ONU 1483 din 22.05.2003 <https://www.iaea.org/sites/default/files/unsc1483.pdf> (consultat la 16.11.2017).



Astfel, putem afirma că ocupația Irak-ului presupune implicit și termenul de „control” pe teritoriul acestuia. Termenele de ocupație și control sunt însă evitate de Comandamentul Forțelor Coaliției și de Autoritatea Provizorie în Irak în scrisorile și relatările adresate Consiliului de Securitate. Această evitare a termenului de „ocupație” este înțeleasă ca având un scop dublu. Primul este cel de a evita aplicarea dreptului internațional de ocupație și răspunderea pentru nerespectarea prevederilor acestuia. Al doilea, se evită efectele negative care le-ar putea provoca utilizarea acestui termen în mediul statelor musulmane. State în care acest termen poate căpăta un aspect religios, religia devenind axul de sprijin care poate „exploda” Asia.

### ***Obiectivele urmărite de rezoluția 1483 din 22.05.2003***

Claritatea în această problemă a fost impusă de Consiliul de Securitate, care prin rezoluția 1483 din 22 mai 2003 a recunoscut autoritatea specială, responsabilitatea și obligațiile impuse de dreptul internațional de ocupație, apreciind SUA și Marea Britanie drept puteri de ocupație sub comandament unic. Rezoluția ONU nu a creat ocupația în Irak, ci doar a calificat și a recunoscut o situație deja existentă, cerând statelor ocupante să respecte în legătură cu aceasta prevederile Convențiilor de la Geneva din 1949 și prevederile Convenției de la Haga cu privire la „legile și cutumele ducerii luptei pe uscat” din 1907, susținând Administrația provizorie în tendința ei de a crea un Guvern interimar și alegerea ulterioară a unui legislativ reprezentativ pentru elaborarea unui proiect de constituție, în care ar putea fi recunoscută de comunitatea internațională.

Rezoluția 1483 a Consiliului de Securitate a creat însă și o altă problemă. Recunoscând SUA și Marea Britanie drept forțe ocupante, rezoluția nu a oferit același statut și altor state ca Spania și Japonia, de exemplu, care la fel au contingente militare în zonă, lucru ce poate trezi o ambiguitate în tratarea lor ca state obligate să respecte dreptul de ocupație. Însă realitatea este alta, aceste state sunt obligate să respecte prevederile dreptului internațional umanitar. Lipsirea lor de statutul oficial de forțe de ocupație a permis guvernelor acestor state să evite atitudinea negativă, pe care o manifestă cetățenii față de utilizarea acestui termen în raport cu patria sa.

Totodată, lipsa acestui statut de putere ocupantă, nu a împiedicat persoanele ce opun rezistență armată ocupației, să lupte prin orice metode și cu forțele acestor state, nu doar cu cele ale SUA și ale Marii Britanii.

Rezoluția dată mai pune în discuție două întrebări.

(a) Prima întrebare – este oare Consiliul de Securitate autorizat să deroge de la prevederile dreptului de ocupație.

(b) Cea de-a doua întrebare este dacă a derogat anume în cazul rezoluției 1483.

a) Carta ONU este un izvor de drept internațional, care impune anumite drepturi și obligații. Carta este un tratat și ca atare organizațiile și diviziunile ONU trebuie să respecte competențele și limitările prevăzute de aceasta.

Art. 24 al Cartei ONU recunoaște rolul oferit Consiliului de Securitate, ca fiind unul de importanță majoră pentru asigurarea și menținerea păcii și securității inter-

naționale. Consiliul de Securitate trebuie să activeze conform principiilor generale de constituire a ONU prevăzute de art. 1 al Cartei.

Art. 1 prevede menținerea păcii ca obiectiv principal spre care tinde ONU. În egală măsură, articolul prevede că activitatea ONU și a organelor sale trebuie să se bazeze pe normele dreptului internațional și justiției în soluționarea disputelor sau situațiilor care pot duce la încălcarea păcii. În acest context vom presupune că în baza art. 24 și 25 al Cartei, rezoluțiile Consiliului de Securitate, emise în baza atribuțiilor oferite de prezenta Cartă, pot deroga de la normele de drept internațional normal aplicabile într-o situație anumită, ele fiind obligatorii spre a fi îndeplinite de către statele membre ale ONU. Asta deoarece art. 103 al Cartei menționează că obligația statelor impuse de Cartă sunt superioare altor obligații internaționale asumate de către statul membru.

Superioritatea obligațiilor impuse de Carta ONU a fost confirmată și de Curtea Internațională de Justiție (CIJ), de exemplu, în cazul Lockerbie.<sup>2</sup> Cazul a prevăzut că o rezoluție a Consiliului de Securitate, emisă în baza îndeplinirii Cartei, poate avea forță superioară și imperativă, indiferent de faptul că ea vine în contradicție cu alte obligații internaționale asumate de stat.

Deși art. 103 al Cartei se referă numai la obligațiile rezultate din tratate, aceasta nu înseamnă că Carta nu este superioară și normelor de drept internațional cutumiar.

Un alt moment care trebuie aici examinat este cum va fi soluționat conflictul apărut între rezoluția Consiliului și o normă *jus cogens*. În această privință există doar o opinie separată pronunțată de un judecător al Curții Internaționale de Justiție în cazul cu privire la genocid.<sup>3</sup> Opinia dată susține că în general, conceptul *jus cogens* este superior oricărei prevederi, atât cutumiare, cât și rezultate din tratat. Astfel, în cazul conflictului dintre o normă *jus cogens* și una constituită în baza de tratat, acesta va trebui soluționat în favoarea celei dintii.

Încadrarea normelor de drept ocupațional în norme *jus cogens* ar soluționa problema superiorității dintre acesta și rezoluția 1483, în favoarea primului. Din păcate în această privință există doar un singur precedent care a recunoscut că numai normele dreptului umanitar care interzic crimele de război, crimele împotriva umanității și genocidul fac parte din normele recunoscute *jus cogens*.

Din aceste motive problema conflictului dintre normele dreptului umanitar și normele conținute în rezoluțiile Consiliului va fi soluționată de fiecare dată în dependență de situație și de interesele părților care sunt implicate.

În aceste condiții, dacă decizia se va soluționa în favoarea rezoluției, care derogă sau stopează acțiunea unor prevederi ale altor obligații asumate de către stat, ar fi

---

2 International Court of Justice. Lockerbie Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America) <http://www.icj-cij.org/en/case/89> (consultat la 16.11.2017).

3 International Court of Justice. Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Judgment of 26 february 2007. Separate opinion of judge Ranjeva <http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-FR.pdf> (consultat la 16.11.2017).

logic ca rezoluția să ofere un alt regim legal aplicabil în schimb. Scopul acestei soluții fiind nelăsarea unui vid legal pe care partea ar putea să o folosească în interesele proprii și în evitarea principiului justiției.

b) Rezoluția 1483 cheamă la promovarea bunăstării poporului irakian prin administrarea efectivă a teritoriului. În plus rezoluția se referă la rolul Autorității (se are în vedere SUA și Regatul Unit) în promovarea reconstrucției economice și reformei legale și judiciare. Aceste cerințe ale Rezoluției, sunt destul de complicat de îndeplinit fără a încălca prevederile restrictive ale dreptului ocupațional. Deoarece printr-o interpretare a acestei cerințe Puterea de ocupație poate introduce modificări esențiale în legislația și instituțiile existente. Faptul dat creează o „excepție” de la prevederile dreptului de Haga și celui de Geneva, în privința obligației de intervenție minimă în situația juridico-instituțională existentă.

Pe de altă parte, totuși rezoluția cere Puterilor să respecte totalitatea prevederilor Convențiilor de la Geneva din 1949 și de la Haga din 1907.

Cum putem observa din situația din Irak, Autoritatea a interpretat destul de extensiv prevederile rezoluției 1483, în favoarea sa, desigur. Aceasta ia permis să înlocuiască de fapt prevederile dreptului ocupațional, printr-un regim juridic favorabil, situației de anomalie care sa creat, instituind propria legislație de tranziție.

### ***Conținutul rezoluției 1483 din 22.05.2003***

Dar, să revenim la conținutul rezoluției examinate. Așa, la 23 mai 2003, Consiliul de Securitate al ONU, cu unanimitatea celor 14 state prezente (Siria era absentă), adoptă rezoluția 1483, în baza unui proiect prezentat de SUA, Marea Britanie și Spania. În esență, rezoluția în cauză dispune:

- 1) ridierea embargoului contra Irak-ului;
- 2) acordarea statelor ce au ocupat Irak-ul controlul asupra economiei și al viitorului politic al Irak-ului, astfel, încălcând secțiunea a 3-a a Titlului III (teritorii ocupate) a Convenției IV de la Geneva (1949), care acordă prerogative limitate forțelor de ocupație al unui teritoriu străin;
- 3) solicitarea Puterilor ocupante să contribuie la formarea unei administrații provizorii „până ce un guvern recunoscut la nivel internațional și reprezentativ va putea fi instaurat de poporul irakian”, însă nu stabilește nici un calendar în acest sens, nici un termen pentru a pune capăt ocupației;
- 4) prevederea formării unui Fond pentru dezvoltarea Irak-ului, gestionat de Banca centrală a Irak-ului sub supravegherea Puterilor ocupante și aprovizionat din venituri parvenite din exploatarea petrolului. Acest Fond va fi destinat reconstrucției economice și restabilirii infrastructurii, cea mai mare parte a căreia a fost distrusă chiar de forțele aliate, Fond, care *de facto* a fost atribuit în exclusivitate întreprinderilor americane.

Astfel, putem constata următoarele.

În primul rând, Consiliul de Securitate prin rezoluția 1483, recunoscând ocupația străină pentru un timp nedeterminat a unei țări independente și însușire de

Puterile ocupante a resurselor sale naturale, în special a petrolului, încalcă principiile fundamentale ale Cartei ONU, a Declarației Universale a Drepturilor Omului și a Pactelor internaționale ale drepturilor omului. Și ce este mai mult, Consiliul de Securitate acceptă ca un stat independent să fie plasat într-o situație inferioară celei prevăzute în Capitolele XI și XII ale Cartei ONU (teritorii care nu se autoguvernează și sistem internațional de tutelă).

În al doilea rând, rezoluția 1483 este în contradicție flagrantă cu rezoluția 1514 (XV) a Adunării Generale a ONU din 14 decembrie 1960, prin care a fost adoptată „Declarația privind acordarea independenței țărilor și popoarelor coloniale”, care proclamă în mod solemn că „supunerea popoarelor la o subjugare, la o dominație și la o exploatare străină constituie o negare a drepturilor fundamentale ale omului, este contrară Cartei Națiunilor Unite și compromite cauza păcii și cooperării mondiale” (*traducerea noastră*).<sup>4</sup>

În al treilea rând, rezoluția 1483 restabilește în mod oficial în cutuma internațională războaiele de agresiune, colonialismul și neocolonialismul, precum și utilizarea sistematică ale resurselor țării victime a agresiunii.

La 16 octombrie 2003, Consiliul de Securitate a adoptat rezoluția 1511,<sup>5</sup> care legitimează în continuare ocupația străină a Irakului. La 8 iunie 2004, Consiliul de Securitate a adoptat rezoluția 1546, care printre altele, prevede:

„1. Aprobă formarea în Irak a unui guvern interimar suveran, cel ce a prezentat la 1 iunie 2004 responsabilitatea și autoritatea pentru a guverna Irak-ul, în timp ce se abțin de a lua decizii ce afectează destinul Irak-ului în comparație cu perioada interimară, până la intrarea în exercițiu a unui guvern de tranziție ales după cum prevede paragraful 4 al prezentei rezoluții” (*traducerea noastră*).<sup>6</sup>

Rămâne să ne întrebăm, dacă guvernul interimar, care trebuie „să se abțină să ia decizii ce ar putea afecta destinul Irak-ului în perioada interimatului”, are dreptul să abroge *Coalition Provisional Authority Orders* nr. 39,<sup>7</sup> care a privatizat întreprinderile de stat și a deschis piețele irakiene nelimitat investitorilor străini, astfel, derogând de la legislația anterioară în materie? Trebuie să constatăm, că aceasta constituie o încălcare a dreptului internațional umanitar, în special a Convenției IV de la Geneva (1949) și a Convenției de la Haga (1907), care nu permit transferul suveranității de la un stat ocupat la un stat ocupant. Or, ocupația trebuie privită ca un efect și nici într-un caz nu ca o sursă de drept. Mai mult, *Coalition Provisional Authority Order*

4 Rezoluția Adunării Generale a ONU nr. 1514 (XV) din 14.12.1960 [https://fr.wikisource.org/wiki/Page:R%C3%A9solution\\_1514\\_\(XV\)\\_de\\_l%27Assembl%C3%A9e\\_g%C3%A9n%C3%A9rale\\_des\\_Nations\\_unies.pdf/1](https://fr.wikisource.org/wiki/Page:R%C3%A9solution_1514_(XV)_de_l%27Assembl%C3%A9e_g%C3%A9n%C3%A9rale_des_Nations_unies.pdf/1) (consultat la 16.11.2017).

5 Rezoluția Consiliului de Securitate al ONU nr. 1511 din 16.10.2003 <http://www.voltairenet.org/article10852.html> (consultat la 16.11.2017).

6 Rezoluția Consiliului de Securitate al ONU nr. 1546 din 08.06.2004 [http://www.un.org/fr/documents/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1546%20\(2004\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1546%20(2004)) (consultat la 16.11.2017).

7 A se vedea : Hélène Tigroudja. Le régime d'occupation en Iraq. In : *Annuaire français de Droit International*. 2004, pp. 77-101.

nr. 37 eliberează de impozite forțele de ocupație și autoritățile coaliției,<sup>8</sup> iar *Coalition Provisional Authority Order* nr. 17 acordă imunitate juridică ocupanților.<sup>9</sup>

În urma studiului efectuat, trebuie să recunoaștem, că rezoluția 1483 a creat un regim *inedit* ce a gestionat ocupația Irakului de către SUA și Marea Britanie. Astfel, constatăm că interesele ce au motivat adoptarea acesteia, au preluat forma unui text ambiguu, care îndeamnă la unele obiective contradictorii, în contextul argumentării necesității respectării dreptului de ocupație. Această ambiguitate oferă, în viziunea noastră, ocupantului posibilitatea de a facilita atingerea unor obiective, însă nu le reflectă pe acele ce le creează însăși Puterea ocupantă. Rezoluția nu îndeamnă la ignorarea dreptului de ocupație, ce ar putea duce la impunerea unor reforme de amploare, ci favorizează crearea condițiilor ce ar facilita realizarea acestor reforme de către un viitor guvern irakian reprezentativ. Doar acțiunile necesare în contextul caracterului provizoriu al ocupației, urmărind obiectivele de restabilire a condițiilor exercitate anterior intervenției, pot fi considerate legitime.

Astfel, constatăm că nu putem doar să prezumăm o asemenea derogare de la drept, trebuie ca această ultimă să fie clară și stabilită printr-o dispoziție ce ar avea un caracter expres. Trebuie deci, să interpretăm aceste rezoluții, atunci când acest lucru este posibil, într-o manieră care să fie compatibilă cu dreptul internațional umanitar.<sup>10</sup> Nu putem crea o situație prin intermediul unor rezoluții, prin care se reafirmă aplicabilitatea dreptului de ocupație de o manieră mai explicită. Astfel, dat fiind că există un regim legal în materie, admis de state, va trebui acceptată o derogare explicită de la drept pentru a argumenta despre o schimbare a regimului, ceea ce nu poate fi aplicabil în cazul dat.<sup>11</sup> Această imprecizie a rezoluțiilor le împiedică să fie creatoare de drepturi sau obligații, ce ar permite derogarea de la dreptul internațional în vigoare.<sup>12</sup>

Regimul pus în aplicare nu trebuie să derogeze de la principiul *status quo* legislativ, astfel ar trebui să fie interpretat el de către puterile ocupante, inclusiv conceptul extensiv al împuternicirilor acestora, introdus pentru a argumenta încălcarea dispozițiilor dreptului internațional umanitar. Era totuși, imposibil la momentul adoptării rezoluției de a deroga explicit de la drept, deoarece aceasta era percepută ca o aprobare a intervenției armate din partea coaliției. În final, dacă admitem că această rezoluție creează o derogare, ar putea pune în pericol obiectivele dreptului

---

8 Idem.

9 Idem.

10 A se vedea: Robert Kolb. Occupation in Iraq since 2003 and the powers of the UN Security Council. In: International Review of the Red Cross. Vol. 90, N° 869, mars 2008, pp. 29-50.

11 Idem.

12 Laura Barjot. Droit de l'occupation et reconstruction de l'Etat irakien: Le droit de l'occupation militaire à l'épreuve de la reconstruction de l'Etat par les puissances occupantes en Irak. Editions universitaires europeennes, 2012, pp. 54-55 [http://doc.sciencespo-lyon.fr/Ressources/Documents/Etudiants/Memoires/Cyberdocs/MFE2011/barjot\\_1/pdf/barjot\\_1.pdf](http://doc.sciencespo-lyon.fr/Ressources/Documents/Etudiants/Memoires/Cyberdocs/MFE2011/barjot_1/pdf/barjot_1.pdf) (consultat la 16.11.2017).

internațional umanitar. Pentru Robert Kolb, pericolul cel mai mare este că „un organ politic se vede în calitate de arbitru ce aplică dreptul umanitar, vizând regimuri juridice selective de la caz la caz, reieșind din interese politice a unei sau altei puteri preponderente în cadrul acestuia, în contextul actual al istoriei.”<sup>13</sup> Or, altfel, dreptul de ocupație, un drept fundamental pentru protecția populației și al dreptului la autodeterminare, va pierde din credibilitatea sa.

Chiar dacă se pare că a fost stabilit că Consiliul de Securitate poate deroga de la dreptul de ocupație, exceptând totodată prevederile ce fac parte din *jus cogens*, această întrebare face obiectul unor dezbateri importante. Astfel, se creează situația în care nici o dispoziție a rezoluției 1483 sau a următoarelor, nu poate să deruleze într-un mod bine determinat. Nimic nu permite deci, să se vorbească despre prezența unei permisiuni exprese acordate ocupantului de a acționa contrar obligațiilor impuse de dreptul internațional umanitar. Este vorba mai degrabă despre o rezoluție de compromis, între satisfacerea exigențelor diferitor părți și necesitatea legitimității ocupației și a Autorității. Aceasta a permis o interpretare a regimul „hibrid” instaurat de manieră foarte extensivă, fiind prezentată drept autoritate în contextul realizării reformelor de amploare. Această interpretare a situației create, care în sensul nostru este una nejustificată, nu poate fi argumentată prin intermediul rezoluțiilor Consiliului de Securitate adoptate în baza dreptului internațional umanitar.

### *Încheiere*

Situația astfel creată a atras încă odată atenția statelor asupra imperfecțiunii normelor de drept internațional existent și totodată a atras atenția asupra necorespunderii cerințelor actuale ale prevederilor dreptului de ocupație.

Concluzionând, putem spune că Consiliul de Securitate poate, cel puțin teoretic, să impună aplicarea prioritara a rezoluțiilor sale asupra altor izvoare obligaționale de care sunt legate statele membre. Referitor la dreptul de ocupație prin interpretarea efectuată de către statele puterii ocupante, rezultă că rezoluția 1483 a permis să derogarea de la normele dreptului de ocupație, dar numai în limitele acelor prevederi care nu fac parte din *jus cogens*.

Totuși întreaga situație de neclaritate în această privință a fost creată de însăși rezoluția 1483, care utilizează termeni și formule care pot fi interpretate diferit în dependență de interesele statului care o face. O altă lipsă în acest sens este nestipularea expresă a prevederilor care trebuie să prevaleze în cadrul executării rezoluției.

---

13 Idem, p. 55.

# CERCETAREA PREVEDERILOR NORMATIVE ASUPRA STATUTULUI JURIDIC AL COMPANIILOR MILITARE PRIVATE

**Corina ZACON**, doctorandă ULIM

Recenzent: *Vitalie GAMURARI*, doctor în drept, conferențiar universitar

## RESEARCH ON NORMATIVE PROVISIONS ON THE LEGAL STATUS OF PRIVATE MILITARY COMPANIES

*The herein scientific article keens on relating over the legal norms meant to regulate the status of Private Military and Security Companies. Scientifically speaking, the idea of social responsibility it is a basis for discussion both at national and international level. Thus, by referring to the national arena, majority of Private Military and Security Companies wishes to implement within their practice multiple legal norms, created voluntarily, that would keep in chain, one way or the other, the actions of the military personnel, as well as limit situations where use of force is allowed. However, as much as they are trying, most of these judicial norms are confronting with diverse challenges that allows to create a fake labelling of the above mentioned norms having sole purpose of maintaining a brand within the market place. Should under normal circumstances the assumptions of International Humanitarian Law, articles of Universal Declaration for Human Rights, as well as the rules stipulated within Geneva Convention, follow the same and only purpose, mainly to limit the abuse of armed force by private militaries in grey zones, these particular norms, as well as the surveillance of the military's actions it is quite a challenge, and realistically speaking – it is quite impossible to achieve. This paper, will present two aspects, completely controversial referencing multiple judicial tools and attempts to regulate the status of Private Military and Security Companies, as well as the multiple challenging within International Humanitarian Law when it is needed to put at use those specific tools.*

**Keywords:** *International humanitarian law, Private military Companies, Association, code of conduct, Peacekeeping Operations.*

*Această lucrare științifică ține să detalieze prevederile normative asupra statutului juridic a Companiilor Militare și de Securitate Private. În contextul științific, ideea responsabilității este un aspect bine evaluat atât la nivel local cât și cel internațional. Respectiv, menționând arena națională, diverse Companii Militare și de Securitate Private țin să implementeze în activitatea lor norme circumstanțiale, voluntar pregătite care ar regula într-un mod sau altul acțiunile personalului militar precum și situațiile în care se permite recurgerea la forță, dar întâlnesc de astfel un șir de provocări care fac aceste norme să însușească un aspect fals cu prim scop de menținerea reputației pe piața competitivă.*

**Cuvinte cheie:** *drept internațional umanitar, asociația companiilor militare private, responsabilitate, cod de conduită, operațiuni de menținere a păcii.*

Pentru a începe pe o linie generală, în următoarele subdiviziuni vor prezenta și evalua aplicabilitatea prevederilor normative în cadrul inițiativelor regulatorii, care în cazul Companiilor Militare Private și de Securitate sunt identificate de cele mai multe ori sub autoritatea corporativă a responsabilității sociale.

Respectiva analiză vizează caracterul integru al reglementărilor și al noțiunii de responsabilitate corporativă socială ca un concept destul de nou dezvoltat și promovat în cadrul Industriei Militare și de Securitate Privată. Teoretic, respectivul concept de **Responsabilitate Corporativă Socială** poate fi adesea definit ca un concept prin care companiile integrează aspectele sociale și guvernamentale în desfășurarea operațiunilor militare interacționând cu părțile interesate printr-un regim de voluntariat.<sup>1</sup>

Obiectivul acestui articol este de a limita discuția asupra subiectului general al Industriei Militare și de Securitate Privată, la acele unelte sau mijloace juridice desemnate cel puțin parțial să fie aplicate asupra furnizării de servicii coercitive în contextul ostilităților. Respectiv, afirmațiile etice susținute de firmele care promovează exclusiv servicii non-coercitive, precum cele în domeniul alimentar, și care nu conțin limbaj specific atribuit serviciilor coercitive, nu constituie obiectul de cercetare al prezentului articol.

Respectiva etalonare de „Coduri de Conduită” reflectă o varietate de inițiative care sunt desemnate distinct ca fiind „coduri de etică”, „regulamente private”, „coduri private de conduită”, „principii voluntare”, prin care aceste inițiative materializate.

Prin sintagma „principii voluntare”, „reglementări independente”, și „coduri de etică” se prezumă ideea Companiilor Militare și de Securitate Private precum că acestea se supun benevol reglementărilor care nu sunt impuse de un subiect public<sup>2</sup>, adică de stat.

De cele mai multe ori, Companiile Militare Private creează noi reglementări în colaborare cu alți actori, mai ales cei non-guvernamentali, cum ar fi ONG-urile, Statele și alte Organizații Guvernamentale. Respectiv, Principiile Voluntare pentru Securitate Drepturilor Omului sunt standarde aplicabile responsabilității sociale corporative din cele mai multe ori în Statele Unite ale Americii, Marea Britanie, Norvegia și de către Organizații Non-Guvernamentale precum și alte companii private.<sup>3</sup>

Acestea se axează în prim plan pe companii de business care operează în domeniile de extragere și energetică, pe când o bună parte a celorlalte sectoare apla-

---

1 „Documentul Verde al Comisiei Europene, Promovând o Structură de Lucru Europeană pentru Responsabilitatea Socială Corporativă”, COM (201) 366, paragraful 20, disponibil la: <http://eur-lex.europa.eu>, accesat în 15 Ianuarie 2018.

2 „Un Sondaj Obiectiv asupra Mecanismelor de Instituționalizare a Responsabilității Sociale Corporative în cadrul Organizațiilor de Business” de M. Moraru și F. Francioni, în cadrul articolului *[The Pluridisciplinary Dimension of Corporate Social Responsibility]* din 2007, pagina 201, 203.

3 Articol despre Principiile Voluntare cu privire la Securitate Drepturilor Omului, disponibil la: <http://www.voluntaryprinciples.org>, accesat în 5 Ianuarie 2018.



nează reguli fundamentale în momentul în care aceste companii angajează agenți privați pentru asigurarea securității. Aceste principii sunt elaborate drept Codurile de Conduită a Companiilor Militare Private și de Securitate. Dintre cele mai cunoscute Coduri de Conduită se enumeră și Codul de la Sarajevo pentru Companiile Militare Private, care este de fapt un set de reguli întocmit de Companiile Militare Private în colaborare cu clienții lor, Organizații Non-Guvernamentale și Agenții Guvernamentale (Procesul de la Sarajevo).<sup>4</sup> Per general, fiind ”privat” prin natura sa, acesta reprezintă cea mai dezvoltată normă voluntară care se axează în prim plan pe Companiile Militare Private.

În scopul de a îmbunătăți calitatea și eficacitatea regulilor de aplicare un proiect bine cunoscut de Cod de Conduită pentru Companiile Militare Private a fost pus în aplicare.<sup>5</sup> Procesul de participare în acest Cod de Conduită Universal este văzut ca fiind gradual, inițial făcând referință la doar obligațiunile de bază și excepții la companiile de monitorizare externe.<sup>6</sup> Un astfel de Cod ar trebui să îmbine interesele companiilor, părților interesate, grupurile din societatea civilă și consider că are nevoie să fie implementate la nivel intern. Din punctul meu de vedere, un astfel de Cod reprezintă un remediu împotriva multiplicăției regulilor voluntare, care de fapt creează norme fragmentare, și care e foarte probabil să adopte predictibilitate și condiții competitive egale pentru toți prestatorii de acest gen de servicii.<sup>7</sup>

Subiectul de „Reglementări Private” se rezumă la natura subiectului determinând un plan regulator pentru companiile private. De aceea, acestea definesc Codurile de Conduită ca fiind elaborate pentru uzanța companiilor private individual (coduri individuale), sau pentru uzul asociațiilor companiilor private (coduri în grup). La baza elaborării respectivelor Coduri stă prezumția faptului că Companiilor Militare Private dispun de cunoștințe și informații directe asupra acțiunilor ce urmează a fi întrunite pe teren, și respectiv, sunt capabile de a întocmi reguli adecvate realităților din teren.

Codurile Private totuși au diferite scopuri de aplicare. În primul rând, acesta depinde de natura activității oferite de respectiva Companie Militară Privată. În fapt, denumirea de ”Companii Militare și de Securitate Private” acoperă un spectru foarte amplu. Unele companii, care sunt sub incidența scopului oferit de Companiile de Securitate Private spre exemplu, oferă doar servicii de suport tehnic și managerial pentru o vastă categorie de clienți, care nu sunt neapărat concentrați în sectorul privat și fac parte domeniul transportului sau chiar cel ecologic. Pe de altă parte însă, alte companii, precum este Dyncorp, operează exclusiv în sectorul privat. Din

---

4 Codul de Conduită de la Sarajevo pentru Companiile Militare Private, disponibil la: <http://www.seesac.org>, accesat în 5 Ianuarie 2018.

5 „Cod de Conduită: Unealtă a normelor cu aplicare individuală pentru Companiile Militare Private” de N. Rosemann, în cadrul Centrului pentru Controlul Democratic al Forțelor Armate, *Lucrare Voluntară numărul 15 din 2008*, pagina 19.

6 Idem, pagina 37, 39.

7 Idem, pagina 24.

acest punct de vedere, distincția dintre Companiile Militare Private și Companiile de Securitate Private și alte businessuri arată foarte simplist. Prin urmare, abordarea este una foarte variată, din cauza că unele Coduri de Conduită vizează din punct de vedere general activitatea Companiilor Militare și de Securitate Private, pe când altele, se concentrează pe obiective specifice, cum ar fi operațiunile militare. Doresc să aduc în vizor, diferitele tipuri de Companii Militare și de Securitate Private, precum și a Codurilor de Conduită, făcând o referință specifică la serviciile coercitive care ar putea implica violarea drepturilor omului și prevederile dreptului internațional umanitar.

La nivelul Codurilor individuale, as vrea să-mi concentrez atenția asupra analizei unor companii private specifice cum sunt: Dyncorp<sup>8</sup>, G4S<sup>9</sup>, Blue Sky/Guardian Security Consultant<sup>10</sup> etc.

La nivel federal, Companiile Militare Private din Regatul Unit care prestează servicii la nivel internațional și satisfac procedurile disciplinare, pot adera la Asociația Britanică a Companiilor Militare și de Securitate Private<sup>11</sup> a căror constituire a fost recomandată de Cartea Verde asupra Companiilor Militare și de Securitate Private.<sup>12</sup> La baza edificării acestor entități stă ideea că aceste asociații promovează asigurarea respectului prin suplینirea oportunităților de business pentru companii legale, denigrând entitățile a căror operațiuni contravin legii.

Cu atât mai mult, făcând referință la Preambulul Cartei Verzi asupra Companiilor Militare și de Securitate Private, Asociația are următoarele scopuri:

1. Promovarea și reglementarea intereselor și activităților companiilor și firmelor cu sediul în Regatul Unit care prestează servicii de securitate militară în afara Marii Britanii;
2. Să reprezinte interesele și activitățile companiilor membre în limitele legislației în vigoare.

În aceeași ordine de idei și referindu-ne la legislațiile domestice și Codurile de Conduită Voluntare, contractorii privații sunt obligați să se conformeze cu standardele concrete pentru practicarea și utilizarea forței armate precum și a serviciilor de securitate. Respectivul companii și angajații săi trebuie să satisfacă cerințele calificării profesionale, să nu fie văzuți ca o amenințare asupra securității statului, precum și să aibă un cazier juridic impecabil. Aceste cerințe sunt verificate de procedurile de

---

8 Vezi, <http://www.dyn-intl.com>, accesat în 5 Ianuarie 2018.

9 Vezi, <http://www.g4s.com>, accesat în 5 Ianuarie 2018.

10 Vezi, <http://BlueSkysc.org>, accesat în 5 Ianuarie 2018. Aparent, Blue Sky a devenit defunct din momentul inițierii acestui articol și până la publicarea lui. Cu toate acestea, Guardian Security Consultant aparent, a copiat cel puțin o parte din responsabilitatea socială corporativă și mecanismele Blue Sky. Dacă ar exista careva dubluri la nivelul patronajului, rămâne neclar în momentul publicării acestui articol.

11 Vezi, <http://www.bapsc.org.uk>, accesat în 5 Ianuarie 2018.

12 Vezi Green Paper pe marginea Companiilor Militare și de Securitate Private, Opțiuni pentru Regulații din 2002, disponibil la <http://www.fco.gov.uk>, accesat în 5 Ianuarie 2010.

licențiere în jurisdicția statului unde prestează servicii sau a statului unde compania este înregistrată.<sup>13</sup>

În vederea licențierii personalului, Codul de Conduită de la Sarajevo prevede completarea întru totul a sesiunii de pregătire, în special ce ține de utilizarea forțelor armate pentru angajații autorizați să poarte arme.<sup>14</sup> Transparența în cadrul activităților este obținută prin obligarea companiilor de a-și înregistra angajații, inclusiv investigațiile personale și incidentele de securitate.

Uniunea Europeană susține că recrutarea angajaților noi este esențială să fie realizată în baza unor criterii obiective, permițând o evaluare corectă a calificărilor profesionale a fiecărui angajat precum și a valorilor sale morale. Respectivul Cod necesită aplanarea procedurilor efective pentru a fi conlucra cu regulile impuse personalului armat.<sup>15</sup>

Este la fel de important ca angajații recent recrutați să primească o pregătire de bază, specifică și continuă. În baza prevederilor Codului de Conduită licența se eliberează doar dacă companiile pot demonstra că nu doar ele livrează calitate și încredere, dar și angajații lor prezintă aceleași calități prin programele de antrenament.<sup>16</sup> Urmând aceste reguli, se susține ideea că la baza recrutării se caută personal de înalt calibrul și extrem de calificat. Toți cei ce aplică vor fi solicitați pentru a demonstra capacitățile fizice și atitudinea psihologică, precum și să prezinte anumite certificate, în dependență de scopul recrutării.

Precum este bine știut, Companiile Militare și de Securitate Private își promovează serviciile în cercul subiecților de stat, cum ar fi Guvernele, Organizațiile Non-Guvernamentale, Corporațiile Transnaționale și alte entități private. Făcând referință la normele publice și voluntare, aceste angajamente scrise, în mod normal s-ar baza pe principiul libertății contractuale, dar care nu pot fi în același timp împotriva prevederilor normative și a moralității. Anumite norme naționale stabilesc regulile în baza cărora se întocmesc respectivele contracte de recrutare.

Codul de Conduită de la Sarajevo interzice relațiile ilicite între competitori, relațiile între federații și solicită companiilor respingerea contractelor care violează dreptul național sau cel internațional. Respectivul contracte pot deveni obiectul investigațiilor comportamentelor abuzive sau ilegale, precum și sancționarea disciplinară a respectivelor companii. În aceeași ordine de idei, în cadrul Uniunii Europene a fost elaborat un ghid pentru asigurarea competiției loiale între concurenți.<sup>17</sup> Astfel este solicitat să nu fie acceptate contractele care ar implica activități criminale sau

---

13 |Modele Naționale de Regulare pentru Companiile Militare și de securitate Private și implicațiile pentru o Regulație Internațională ulterioară| de O. Quirico, EUI MWP Articolul de lucru din 2009/25, 2-4, disponibil pe: <http://www.eui.eu>, <http://priv-war.eu>, accesat în 5 Ianuarie 2018.

14 Codul de Conduită de la Sarajevo, art. 2.4

15 Codul de Conduită CoESS/UNI-Europa, art. III-4

16 Codul de Conduită CoESS/UNI-Europa, art. III-5

17 Vezi, <<http://www.css.ba/docs/the%20sarajevo%20client%20guidelines.pdf>, accesat în 18 Ianuarie 2018.

încălcarea drepturilor omului, obligând astfel Companiile Militare Private să nu semneze contractele în care serviciile ce urmează a fi prestate ar afecta balanța militară sau pe cea politică în țara unde serviciile armate sunt realizate.<sup>18</sup>

La nivelul Codurilor de Conduită individuale, Sharp End International declară că furnizează doar servicii de pregătire clienților guvernamentali legitimi și organizațiilor legale în cadrul cărora sunt luate în considerație evaluarea riscurilor, aspectul etic, reputația și potențialele probleme juridice înainte de semnarea contractului cu noii clienți.<sup>19</sup>

Statele de obicei tind să excludă participarea directă a Companiilor Militare și de Securitate Private în cadrul ostilităților. Recurgerea la forțele armate este permisă oficial în câteva cazuri în particular. La modul general, portul și folosirea armelor este autorizat pentru o categorie foarte restrânsă de activități care sunt subiectul sistemului de licențiere și sunt permise anumitor indivizi având un curs de pregătire pentru folosirea armelor. În afara acestor limite, utilizarea armelor de foc constituie o infracțiune cu excepția cazurilor de apărare.

Pentru că limitarea dură a utilizării armelor de foc este inacceptabilă pentru majoritatea Companiilor Militare și de Securitate Private, Proiectul Comun al Codurilor de Conduită permite recurgerea la forța armată doar în cazurile de apărare.<sup>20</sup> Codul de Conduită de la Sarajevo alături de alte doctrine juridice insistă asupra faptului ca Companiile Militare și de Securitate Private să aprovizioneze servicii de apărare, interzicând participarea Companiilor Private în activități ce sunt de competența exclusivă a forței armate a statului.

În consecință, forțele armate ar trebui să fie folosite doar în situațiile de strictă necesitate, direct proporțional cu amenințarea și în strictă concordanță cu regulile obiective de recrutare. La fel este recomandat activitatea Companiilor Militare să fie în strictă concordanță cu practicile internaționale, în particular: Principiile Uniunii Europene pentru Folosirea Forței și a Armelor de Foc de către Oficialii Aparatul Coercitiv și Codul de Conduită al Națiunilor Unite pentru Oficialii Aparatului Juridic Executiv.<sup>21</sup> La fel, Codul de Conduită de la Sarajevo a dezvoltat Regulamentul Procedurilor de Operațiune pentru:

- a) portul, stocarea, menținerea, patronajul și înregistrarea armelor de foc;
- b) metodele de siguranță pentru încărcarea și descărcarea armelor de foc.

De cele mai multe ori Companiile Militare și de Securitate Private care potențial urmează a fi implicate în ostilități, trebuie să stabilească cu clienți săi regulile de angajare în cadrul ostilităților, pentru a minimaliza numărul persoanelor afectate precum și a distrugerilor, menținând însă dreptul individual la apărare. Companiile respective sunt obligate să controleze și să poarte responsabilitate pentru armele de foc și munițiile utilizate de către angajații lor. Conform doctrinei de specialitate, doar

18 Preambului BAPSC, art. 4-5,7.

19 Vezi, <http://www.controlrisks.com/default.aspx?page=7>, accesat în 18 Ianuarie 2018.

20 Vezi, Rosemann (citată mai sus) 30-1.

21 Vezi, <http://www.voluntaryprinciples.org>, accesat în 20 Ianuarie 2018.

armele adecvate, specifice militarilor implicați în domeniul de securitate și aparatul administrativ au dreptul de a întreprinde acțiuni de forță, pe când Companiile Militare și de Securitate Private sunt obligate să se abțină de la folosirea armelor ilicite, în special cele toxice, chimice și cele ce au efect de lungă durată, în special cele vizate de Convenția asupra Armelor Chimice.<sup>22</sup> Aceste norme internaționale obligă Companiile Militare Private să se resemneze la regulile de folosință a forței, definite de legile din Irak precum și normele internaționale asupra conflictului armat, asigurând faptul că personalul recrutat este foarte bine pregătit și cunoaște foarte bine respectivele reglementări.<sup>23</sup> Astfel, guvernelor le este interzis aprovizionarea Companiilor Militare și de Securitate Private cu echipament letal care ar putea afecta drepturile universale ale omului.

Inițiativele juridice implementate în Industria Privată a Forțelor Armate presupun că existența Codurilor de Conduită menționate în capitolul anterior ar menționa și obligațiuni juridice, care în mod formal nu ar fi necesar sau posibil de a fi respectate. Un exemplu adecvat ar fi Tratatul Internațional cu privire la Drepturile Omului. Obligațiunile alternative, cum ar fi clauzele dreptului natural care în mod normal și formal ar fi obligatorii de respectat, potențial ar putea fi dificil de implementat din cauza sistemului juridic din zonele de conflict în care Companiile Militare și de Securitate Private activează de obicei.

Cu toate acestea, implementarea obligațiilor adiționale în prevederile Codurilor de Conduită ar fi credibile și efective doar dacă sunt axate pe responsabilitatea Companiilor recrutate, fiind în mod adițional interdependente de un mecanism juridic de implementare adițional.<sup>24</sup> Un Cod de Conduită nu poate fi efectiv dacă ambele acte de aderare la un cod și respectarea prevederilor aceluiași cod se petrec în mod voluntar, iar ilegalitățile rămân fără consecințe. În acest sens, reglementarea juridică ar presupune că entitatea recrutată ar risca să își distrugă reputația dacă nu respectă normele impuse de respectivul Cod de Conduită. Cu toate acestea, dacă Companiile ar aplica prevederile Codurilor de Conduită în contractele încheiate cu Clienții lor, ar însemna că respectivele firme ar risca penalități contractuale adiționale care nu sunt de ordin juridic național în baza consecințelor survenite.

Din punct de vedere formal, în prezent Asociația Internațională a Operațiunilor de Menținere a Păcii, promovează un model foarte diferit cu o procedură oarecum controversată a "Mecanismelor Juridice de Executare". Făcând referință la implementarea juridică externă, respectiva Asociație amenință cu excluderea membrilor aderenti

---

22 Preambulul BAPSC, art. 1

23 Codul de Conduită PSCAI, art. 48 (f)

24 Sintagma "mechanism juridic de implementare" folosit în acest capitol vizează un aspect mai detaliat al sensului [legal implementabil]. L-am folosit pentru a referi metodele de obligare și supraveghere a unei norme juridice. În aceeași ordine de idei, chiar dacă Codurile de Conduită nu menționează în mod formal nici un mechanism juridic de implementare, executarea va fi efectuată prin presiunea pieței precum și a opiniei publice.

care refuză sau accidental nu pot respecta prevederile juridice a Codurilor.<sup>25</sup> Codurile de Conduită implementează așa numitele ”Mecanisme Juridice de Executare în cadrul Asociației internaționale de Menținere a Păcii”, care este un sistem prin care persoanele terțe pot depune plângeri. Acest mecanism permite oricărei persoane să înainteze o plângere în formă scrisă împotriva oricărui membru al Asociației Internaționale pentru ilegalități și nerespectarea Codului de Conduită implementat de Asociația Internațională a Operațiunilor de Menținere a Păcii.<sup>26</sup>

În mod adițional, Mecanismul juridic de Executare promovează un proces care nu este juridic implementat, prin care Comitetul Standardelor Asociației Internaționale a Operațiunilor de Menținere a Păcii adresează plângeri împotriva oricărei Companii Membre. Acest Comitet este alcătuit din membri meritorii, iar plângerile survenite sunt analizate de Ofițerul Șef desemnat de Asociație, inițial investigat de un Complet format din trei membri a Forței Armate și nefiind membri a companiilor împotriva cărora plângerile sunt adresate. În mod alternativ, respectivele documente sunt transmise întregului Comitet pentru revizuire și investigare. În cazul în care aceste plângeri sunt declinate de Forța Armată, decizia acestuia poate fi atacată prin apel de persoanele nemulțumite. Ulterior, întregul Comitet investighează documentul scris și analizează sancțiunile potențiale sau ajung la decizia de a respinge plângerea.

În cadrul sancțiunilor implementate de către Comitetul Standardelor se numără: probațiunea, excluderea din Asociația Internațională sau alte masuri disciplinare. Sancțiunile care se presupuse de a fi diferite decât suspendarea sau excluderea, urmează a fi monitorizate de Comitetul de Supraveghere. Decizia de a exclude un membru poate fi obiectul unui apel, fiind posibil ratificată de Consiliul Asociației și de Comitetul Executiv al Asociației. În urma ratificării, membrul în discuție poate fi re-investigat sau chiar re-admis în componența Asociației după o durată de șase luni. În timp ce toate alegerile făcute de persoana nemulțumită constituie informație publică, toate deciziile luate de Asociație sunt confidențiale fără oportunitatea de a permite membrului de a pune la îndoială concluzia finală sau de a cere careva lămuriri.

O slăbiciune crucială a acestui mecanism juridic de implementare, este faptul că în cazul în care membrul Asociației împotriva căruia este adresată o plângere se retrage din Asociație, fie înaintea plângerii sau în timpul investigației nu poate fi subiectul unui proces și respectiv având oportunitatea de a evita o „despărțire cu zgomotoasă”, care de fapt reprezintă cea mai solidă unealtă de executare juridică la dispoziția Asociației.

Referindu-ne la primul incident de acest gen când compania Blackwater a fost amenințată cu excluderea din Asociație, aceasta și-a retras apartenența în timpul investigației și a cauzat întârzieri neevitabile întregului proces de sancționare. În această ordine de idei, singura afirmație publică făcută de Asociație a fost faptul că Blackwater

25 Vezi, [http://bapsc.org.uk/membership-membership\\_criteria.asp](http://bapsc.org.uk/membership-membership_criteria.asp), accesat în 20 Ianuarie 2018.

26 “Mecanisme Juridice de Executare a Asociației Internaționale pentru Operațiunile de Menținere a Păcii”, paragraful 11, disponibil la: <http://ipoaworld.org/eng/compliance02eng.html>, accesat în 20 Ianuarie 2018.

a fost o companie cu o poziție bună înainte de a se retrage din Asociație.<sup>27</sup> Mai mult ca atât, a fost evidențiat faptul că Mecanismele Juridice de Executare nu obligă membrii împotriva cărora sunt înregistrate plângeri să răspundă sau să reacționeze prin prezentarea unei apărări sau opinii la alegațiile înregistrate menționând o oarecare ilegalitate.

Un alt aspect crucial care confirmă distincția Industriei Companiilor Militare și de Securitate Private de celelalte industrii este dificultatea de a monitoriza efectiv acțiunile angajaților militari a Companiilor Private. În prim plan, monitorizarea acțiunilor în zone de conflict este extrem de dificilă și variază în funcție de serviciul adus de angajat. Ar fi mult mai ușor de a monitoriza acțiunile militarilor într-o zonă mică și restrânsă, în grupuri, cum ar fi în circumstanțele serviciilor de detenție oferite de lucrătorii Companiile Militare și de Securitate Private. În cazul în care acești indivizi oferă servicii de securitate mobilă pe un teren nedelimitat, supravegherea lor devine practic imposibil.

Respectiv, povara financiară de a asigura o monitorizare efectivă ar putea pur și simplu deveni mult prea înaltă, în special în cadrul operațiunilor mici. În prezent, aflându-ne în circumstanțe extrem de competitive, în care clienții sunt pro valorilor și drepturilor omului, prețul operațiunilor este delimitat în afara terenului pieței.

Nu în ultimul rând, aș dori să analizăm problema monitorizării militarilor per se: o monitorizare a personalului militar care este fluctuant din punct de vedere a cadrelor recrutate care complică în mod indiscutabil supravegherea acțiunilor lor, aceștia fiind recrutați de alte companii private care mobilizează cadrele militare în regiuni geografice îndepărtate, iar alegațiile plângerilor ar deveni foarte greu de analizat în absența controlului teritorial efectiv.

În aceeași ordine de idei, este un trend curent pentru angajații Companiilor Militare și de Securitate Private să fie recrutați de entitățile care nu stabilesc limite de control, din cauza fie a fricii de responsabilitate sau din simplul motiv de a înregistra o înaltă securitate a proiectului în desfășurare. În industria Companiilor Militare și de Securitate Privată obiectivele cheie a Codurilor de Conduită depășesc tradiționalul concept al dreptului muncii pentru a muta responsabilitatea ilegalităților comise în domeniul apărării drepturilor omului și respectării dreptului internațional umanitar asupra persoanelor terțe. La fel, în situațiile unde Codurile de Conduită încorporează prevederile drepturilor omului precum și a dreptului internațional umanitar există un risc deosebit de mare că personalul Companiilor Militare și de Securitate Private nu vor raporta abuzurile înregistrate din cauza fricii de a pierde proiecte sau de a degrada reputația firmei.<sup>28</sup>

Nu poate fi negată existența a multiple Coduri de Conduită, însă, în urma cercetării acestea pot a fi divizate în două grupuri: federative și individuale. Din punct de

27 Afirmările Asociației Internaționale pentru „Operațiunile de Menținere a Păcii, referitor la Statutul de Membru a Companiei Blackwater USA”, disponibil la: <http://www.ipoaworld.org/eng/press/131-20071012blackwatermembershipwithdrawal.html>, accesat în 20 Ianuarie 2018.

28 „Codurile de Conduită Corporative și Schemele de etalonare a Produselor” de R.J. Liubicic, din 1998, Jurnalul Internațional de Drept și Politică, p. 139.

vedere a categoriei federale, codurile sunt create de Companii Militare și de Securitate Private la nivel internațional, regional și național. Astfel urmărind scopul de a oferi companiilor cu activitate licită oportunități de business și excluzând corporațiile care nu se resemnează cu regulile implementate. Codurile individuale sunt elaborate în mod autonom de companii independente care ar trebui să încorporeze normele juridice naționale și internaționale, în cazul în care compania respectivă face aderență la regimul național. Per total, Codurile de Conduită private țin să facă referință la regulile voluntare, naționale și internaționale interdependente în scopul licențierii, elaborării contractelor, a serviciilor și pentru recurgerea la forță, adăugând norme complementare.

Cât despre regimul de licențiere, transparența este implementată din punctul de vedere a corporațiilor raportat la personalul lor. Companiile Militare Private sunt obligate să divulge informații la cerința guvernului, referitor la statutul lor și a angajaților lor pentru a obține licența care le-ar oferi dreptul de a practica. Scopul este de a recunoaște legalitatea companiilor și aptitudinile angajaților lor. Transparența este esențială în scopul prevenirii traficului de arme, bunuri militare riscante, tehnologii de dubla-uzanță, precum și recurgerea la forța armată. O dată ce acceptă implicarea, Companiile Militare și de Securitate Private ar trebui să negocieze foarte riguros asupra subiecților selectați pentru a practica activitățile legale, iar contractele trebuie să fie negociate prin prisma necesităților clienților, dar care totuși trebuie să fie în strictă conformitate cu principiile competiției loiale și să nu contravină cu prevederile normative naționale și internaționale în vigoare.

Specificul serviciilor prestate este regulat printr-o constantă referință la instrumentele dreptului internațional umanitar, în particular a Convențiilor de la Geneva, Declarația Universală a Drepturilor Omului etc. O atenție specială este oferită protecția vieții, integrității fizice, egalității, lipsa de discriminare, liberei circulație și libertății de asociere. Companiile Militare Private și angajații lor sunt așteptați să respecte nu doar normele domestice, dar și prevederile dreptului internațional, precum și să promoveze dezvoltarea normelor adecvate în jurisdicțiile unde drepturile fundamentale nu cunosc o amplă recunoaștere.

În aceeași schemă, recurgerea la forța armată este permisă în circumstanțe foarte stricte, în scopuri de apărare și în situații direct proporționale cu amenințările. Principiile Națiunilor Unite cu privire la Folosirea Forței și a Armelor de Foc de către Oficialii Aparatului Administrativ și Codul de Conduită a Națiunilor Unite pentru Oficialii Aparatului Executoriu prevăd un ghid esențial în această specialitate.

Tehnic vorbind, contextul Codurilor de Conduită private este deseori foarte vag, de aceea, în cele mai multe cazuri apar probleme de interpretare. În realitate, este menționat existența unui regulament public și voluntar care nu specifică în ce măsură normele componente se referă la aplicarea acestora asupra Companiilor și personalului militar. Din punctul meu de vedere, în conformitate cu regulile internaționale, în special Dreptul Internațional Umanitar, aplicarea acestor norme la actorii non-statali este foarte controversată, deoarece în unele situații specifice, este foarte dificil de a elucida contextul regulilor prevăzute de Codurile de Conduită.



Punând în discuție resursele de executare, apar imediat diferențele majore în cadrul celor două grupuri de Coduri de Conduită, pe când Preambulul doctrinelor internaționale nu conțin careva mecanisme specifice, celelalte doctrine prevăd în mod elaborativ mecanisme de executare mai lejere.

Sunt numeroase provocări care rămân active pentru executarea la nivelul pieței. În urma analizei presupun că Industria Companiile Militare și de Securitate Private nu fac față unui standard de piață competitiv. Respectiv, dacă clienții se confruntă cu o piață a vânzărilor de servicii, unde alternativa este redusă de la nivelul minim la inexistent, firmele private militare scapă cu un set minim de obligații. Pentru o exemplificare adecvată, să facem referință la incidentul armat din Piața Nisoor din Irak, unde companiile militare private au dezvoltat acțiuni care ar fi fost împotriva drepturilor omului și prevederilor dreptului internațional umanitar, în urma cărora s-a constatat prin opinia publică că abuzul acestor companii este în plină ascensiune. Chiar dacă îngrijorările respective sunt înaintate mai departe, spre exemplu dacă clientul este în strânsă conexiune cu acțiunile ilegale, efectul dorit va fi atins doar dacă clientului îi pasă de propria reputație, care din păcate este o situație foarte rar întâlnită.

Multiple îngrijorări asupra lipsei de informație rămân active, precum și dificultatea de a monitoriza acțiunile personalului militar în zonele de conflict. Astfel, consider că inițiativele de a crea o legătură dintre firmele militare private și prevederile Codurilor de Conduită în vederea respectării și aplicării dreptului internațional umanitar sunt lovite de contradicții drastice în domeniul supus cercetării.

# FORMELE DE UTILIZARE A CUNOȘTIȘTELOR SPECIALIZATE LA CERCETAREA LOCULUI FAPTEI

**Dragoș CHIOTICI**, doctorand, ULIM

Recenzent: Oxana ROTARI, doctor în drept, conferențiar universitar

## **FORMS OF USING KNOWLEDGE-BASED KNOWLEDGE**

*The present work contains the main forms of using specialized knowledge in helping the investigation and revealing the criminal traces at the crime scene, in carrying out some technical-criminalistical resolution. The author makes suggestions regarding the improvement of the criminal-processing legislation of the Republic of Moldova.*

**Keywords:** forensic specialist, criminal traces, technical-criminalistical resolution.

*În lucrare sunt expuse principalele forme de utilizare a cunoștințelor specializate prin acordarea de ajutor în descoperirea și cercetarea urmelor infracționale de la locul faptei, executarea unor constatări tehnico-științifice, se fac propuneri de perfecționare a legii procesual-penale a Republicii Moldova.*

**Cuvinte-cheie:** specialist criminalist, urme infracționale, constatare tehnico-științifică.

Realizarea scopului procesului penal privind protejarea persoanei, societății și statului de infracțiuni, de faptele ilegale ale persoanelor cu funcții de răspundere și de încălcările drepturilor fundamentale ale acestora, în mare parte depinde de aplicarea cunoștințelor specializate, a metodelor și mijloacelor tehnico-științifice în activitatea de investigare a infracțiunilor. În pofida nivelului înalt de cunoștințe și experiență profesională a ofițerului de urmărire penală, posibila deținere de către dânsul a unor cunoștințe specializate, el, în virtutea prevederilor legale<sup>1</sup>, nu este în drept să efectueze careva investigații în formă de expertiză sau constatări tehnico-științifice, ce necesită aplicarea de cunoștințe specializate în domeniul științei, tehnicii, artei, meșteșugului sau în alte domenii. Tocmai pentru soluționarea a astfel de chestiuni ce nu țin de competența organului de urmărire penală, este indicat a folosi ajutorul persoanelor versate – a specialiștilor și a experților. Cunoștințele și experiența lor profesională, priceperea de a aplica mijloacele tehnico-criminalistice în scopul depistării, fixării, ridicării și examinării surselor materiale de probă, stabilirea unor fapte concrete, relevarea unor legături ascunse, însușiri și caracteristici interne ale obiectelor contribuie

1 Alin (1) al art.142 al Codul de procedură penală al Republicii Moldova, adoptat prin Legea Republicii Moldova, nr. 122-XV din 14.03.2003. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr.104-110 din 07.06.2003. <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=326970>

adeseori la investigarea infracțiunilor și probarea faptelor ce au importanță pentru justa soluționare a cauzelor penale. Aceste cunoștințe și experiențe pot fi utilizate atât în forma lor procesuală, când rezultatele aplicării lor obțin valoare probantă cât și neprocesuală, valoarea lor fiind de factură tactică, operativă. Trebuie, la fel, menționat că aceste cunoștințe cuprind în sine și diverse priceperi, deprinderi care se folosesc în toate sferile activității umane. Cunoștințele criminalistice prezintă doar o mică parte a acestora, deosebindu-se prin faptul că purtătorii lor sunt persoane ce se specializează în căutarea, descoperirea, fixarea și ridicarea surselor material-fixate a informației cu semnificație criminalistică, adică specialiștii-criminaliști, activitatea cărora este legată permanent de investigarea infracțiunilor. Aceasta și este cea mai răspândită formă procesuală de aplicare a cunoștințelor specializate la fața locului.

Ofițerii de urmărire penală, în scopul cercetării la fața locului recrutează, de regulă, persoane competente din rândul angajaților serviciilor criminalistice ale organelor Ministerului de Interne. De subliniat însă că, persoanele antrenate în aceste scopuri, care nu au urmat o pregătire criminalistică expertală specializată, obțin dreptul de a participa în acțiunile de urmărire penală în calitatea de specialiști-criminaliști doar după studierea de către ei a materiilor respective, efectuarea anumitor stagii în organele practice de urmărire penală și susținerea examenelor de atestare în această funcție procesuală. Participarea specialistului-criminalist în acțiunile de urmărire penală, inclusiv activitatea de cercetare a locului faptei (CFL) este reglementată de art. 87 *Specialistul* al CPP a Republicii Moldova, care stipulează că ”specialistul este persoana chemată pentru a participa la efectuarea unei acțiuni procesuale în cazurile prevăzute de prezentul cod, care nu este interesată în rezultatele procesului penal” ... și care trebuie ”să posede suficiente cunoștințe și deprinderi speciale pentru acordarea ajutorului necesar organului de urmărire penală sau instanței” în scopul ”descoperirii și ridicării urmelor infracțiunii, a mijloacelor materiale de probă pentru a stabili circumstanțele infracțiunii ori alte circumstanțe care au importanță pentru cauză”<sup>2</sup>. Din cele menționate, observăm că participarea specialistului este expusă astfel, încât să permită organului de urmărire penală să-l antreneze în orice acțiune de urmărire penală. Este evident însă că anume anchetatorul stabilește oportunitatea atragerii specialistului-criminalist în una sau altă acțiune, pornind de la situația de urmărire penală. În opinia noastră, acesta trebuie antrenat ori de câte ori apare necesitatea în recoltarea urmelor materiale de la locul faptei, aplicarea metodelor și mijloacelor tehnico-criminalistice și a cunoștințelor specializate. Asupra acestui lucru orientează și unele acte normative departamentale<sup>3</sup>, însă nu trebuie trecut cu

---

2 Alin (1) al art.118 al Codul de procedură penală al Republicii Moldova, adoptat prin Legea Republicii Moldova, nr.122-XV din 14.03.2003. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr.104-110 din 07.06.2003. <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=1&id=326970>

3 Regulamentul privind organizarea și funcționarea Centrului tehnico-criminalistic și expertize judiciare al Inspectoratului General al Poliției, aprobat prin Ordinul MAI al Republicii Moldova nr.192 din 17.06.2013 // [http://www.mai.md/dirtehnkrim\\_ro](http://www.mai.md/dirtehnkrim_ro).

vederea că fotografierea, videoînregistrarea locului faptei, utilizarea aparatelor speciale de detecție etc. prezintă o prerogativă nu numai a specialistului-criminalist, dar și a ofițerilor de urmărire penală, a procurorilor, a angajaților unor servicii tehnice; specialiștii-criminaliști îndeplinesc aceste lucrări concomitent cu procesarea urmelor materiale de la locul faptei. De notat însă că, cooptarea specialistului-criminalist doar pentru fixarea fotografică a locului faptei sau folosirea unui detector de metale este inoportun, uneori chiar inadmisibil.

La această problemă, privind varietățile de ajutorare și asistență tehnico-criminalistică acordate organului de urmărire penală în cursul cercetării la fața locului, vom reveni cu mai multe detalii, aici însă, să ne oprim mai întâi și în treacăt la aspectul participării specialistului-criminalist în măsurile speciale de investigații, inclusiv și cele legate de cercetarea obiectelor, documentelor, colectarea mostrelor pentru examinări comparative etc.

Aplicarea metodelor și mijloacelor tehnico-criminalistice (MMTC) de către specialiști în baza demersurilor parvenite din partea organelor speciale de investigații este reglementată de Legea RM privind activitatea specială de investigații nr. 59 din 29.12.2012<sup>4</sup>, Legea RM nr.320 din 27.12.2012 privind activitatea poliției și statutul polițistului<sup>5</sup>, secțiunea a 5-a a capitolului III a CPP RM, precum și de actele departamentale bazate pe lege<sup>6</sup>. Angajații unităților tehnico-criminalistice utilizează MMTC ca răspuns la demersurile date în scris a conducătorilor subdiviziunilor specializate care efectuează activitatea specială de investigații.

Literatura de specialitate și legislația în vigoare semnalează mai multe forme de aplicare a MMTC la realizarea a astfel de măsuri speciale de investigații, după cum urmează<sup>7</sup>: - examinarea diverselor obiecte materiale în scopul relevării unor caracteristici criminalistice, importante pentru descoperirea infracțiunilor și identificarea făptuitorilor; - alcătuirea fișelor de căutare cu utilizarea informației semnificativ criminalistice despre persoane, obiecte, unelte infracționale etc.; - realizarea de portrete-robot a autorilor unor infracțiuni cu identitate necunoscută; - colectarea de informații identificatoare pentru stabilirea identității cadavrelor necunoscute; - acordarea de ajutor **în activitatea de preluare a mostrelor pentru cercetările comparative de laborator; - utilizarea evidențelor și colecțiilor criminalistice de urme și obiecte ș.a.**

---

4 Legea Republicii Moldova privind activitatea specială de investigații nr.59 din 29.03.2012. În: Monitorul oficial al RM nr.113-118 din 08.06.2012.

5 Legea RM nr.320 din 27.12.2012 privind activitatea poliției și statutul polițistului. În: Monitorul Oficial al RM nr.42-47/145 din 01.03.2013.

6 Regulamentul privind organizarea și funcționarea Centrului tehnico-criminalistic și expertize judiciare al Inspectoratului General al Poliției, aprobat prin Ordinul MAI al Republicii Moldova nr.192 din 17.06.2013 // [http://www.mai.md/dirtehncrim\\_ro](http://www.mai.md/dirtehncrim_ro).

7 Хрусталеv В.Н. Участие специалиста-криминалиста в следственных действиях. СПб.: Питер, 2003, с.19. (208 с.); Art.36 al Legii Republicii Moldova privind activitatea specială de investigații nr.59 din 29.03.2012. În: Monitorul oficial al RM nr.113-118 din 08.06.2012.

Rezultatele aplicării MMTC de către specialistul criminalist se fixează într-o fișă informativă expeditată unității de investigații speciale respective a IGP a Ministerului Afacerilor Interne. Astfel de cercetări efectuate în baza materialelor operative se efectuează doar pentru structurile IGP ale MAI de către persoane atestate în genurile respective de expertize judiciare și incluse în Registrul de Stat al experților judiciari atestați<sup>8</sup>. În cursul investigațiilor respective, specialiștii-criminaliști folosesc doar acele metode și procedee științifice, care nu provoacă modificări însușirilor obiectelor examinate, nu se soldează cu alterarea sau pierderea lor și care nu exclud posibilitatea examinării lor ulterioare în cadrul unei eventuale expertize judiciare. În cazul în care examinarea nu este posibilă fără a modifica obiectul în litigiu sau fără consumul parțial al acestuia, examinarea poate fi efectuată doar după coordonarea acestor chestiuni cu ordonatorul lor, despre care se face referire și în fișa informativă privind rezultatele investigației. Deci, rezultatele activității specialistului se consemnează într-un act de cercetare, semnat de executor și redactat într-o formă simplificată, comparativ cu raportul de expertiză, indicându-se doar obiectele prezentate specialistului, expunerea pe scurt a procesului de cercetare, metodicele și mijloacele utilizate, descrierea caracteristicilor scoase în evidență și rezultatele evaluării lor, răspunsurile la întrebările puse în fața specialistului<sup>9</sup>.

Tot în această ordine de idei, menționăm că specialistul-criminalist, participând în măsurile speciale de investigații, nu substituie ofițerul de investigație și nu este responsabil de măsura realizată per ansamblu. Acționând de sinistător, specialistul-criminalist poartă răspundere doar pentru corectitudinea aplicării cunoștințelor sale specializate. De aici și dreptul lui de a refuza în acordarea de ajutor tehnico-criminalistic în cazul, în care sarcinile ce urmează a fi soluționate depășesc limitele competenței lui sau materialele prezentate sunt insuficiente pentru a rezolva obiectivele trasate. Prezentarea în acest sens a datelor exhaustive specialistului constituie obligația directă a lucrătorilor operativi.

**În fine, trebuie subliniat că, activitatea specialistului-criminalist în calitatea sa de membru al grupului operativ în măsurile speciale de investigații poartă caracter neprocesual, de aceea datele obținute cu ajutorul lui, pot fi valorificate doar în scopuri operative.**

Revenind la problema aplicării cunoștințelor specializate în activitatea de cercetare la fața locului, trebuie menționată o altă formă, precum este constatarea tehnico-științifică și medico-legală, căreia legiuitorul, conform art. 97 CPP al României (art. 93 CPP RM), i-a oferit statut de mijloc de probă. Conform alin (9) al art. 172 CPP al României efectuarea constatării se dispune de către organul de urmărire penală prin ordonanță "când există pericol de dispariție a unor mijloace de probă sau de

8 Hotărârea Guvernului Republicii Moldova Cu privire la Registrul de stat al experților judiciari atestați nr. 1147 din 22 septembrie 2003. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 208-210 din 03.10.2003. <http://www.lex.justice.md>

9 Golubenco Gh. Urmele infracțiunii. Teoria și practica examinării la fața locului. Chișinău: Garuda-Art, 1999, p.155. 159 p.

schimbare a unor situații de fapt ori este necesară lămurirea urgentă a unor fapte sau împrejurări ale cauzei”<sup>10</sup>. Art. 139 CPP RM, spre deosebire de legea procesual-penală a României, restrânge temeiul dispunerii doar la cazul în care este necesară explicarea unor fapte sau circumstanțe ale cauzei. Procurorul, organul de urmărire penală sau instanța de judecată poate folosi cunoștințele unui specialist, dispunând constatarea la cererea părților iar organul de urmărire penală și din oficiu.

La capitolul reglementării acestei forme de aplicare a cunoștințelor specializate în România și RM, există și alte deosebiri. Se are în vedere că în România, după cum se observă din cele menționate mai sus, constatarea poate fi valorificată doar la faza de urmărire penală, pe când în RM ea poate fi ordonată și de instanța de judecată. Cercetătorii români Văduvă N, Văduvă L. subliniază, pe drept că, în cazul expertizelor, spre deosebire de constatări, ”se efectuează o investigație în cele mai mici detalii, uneori foarte complexă a obiectului expertizei”<sup>11</sup>.

În opinia noastră, pornind de la prevederile DEX-lui<sup>12</sup>, atât termenul ”lămurirea” cât și ”explicarea”, folosiți de legiuitorul român și moldovean, semnifică activități sinonimice, ce constau în ”ajungerea la o concluzie, la înțelegerea unui lucru”, în ”motivarea și justificarea unor acțiuni, vorbe” etc., adică o formă de cunoaștere, care nu poate să nu fie legată de procesul de cercetare atât la nivel practic cât și teoretic. Aceasta înseamnă că pentru a ”lămuri” sau a ”explica” ceva uneori vor fi folosite metode general-științifice (analiză, sinteză, observare, inducție, deducție etc.), dar aceste activități de cercetare, după cum menționează și prof. T.Sahnova<sup>13</sup> nu vor urmări scopul de a dobândi noi date factive, dar pentru a explica (lămuri) acelea pe care le deține organul de urmărire penală sau instanța de judecată, accesibile percepției nemijlocite. În caz contrar, explicația va fi determinată doar de percepția subiectului respectiv, rămânând subiectivă și, deci, nu va putea pretinde la autenticitate și adevăr. Însă, având în vedere că probatoriul totdeauna constă într-un proces de stabilire a adevărului obiectiv, raportul de constatare, evoluând în calitate sa de probă prezintă și o măsură de atingere a acestui adevăr. Deci, explicațiile specialistului oricum vor prezenta un rezultat al cercetării obiectelor, documentelor, a locului concret al faptei etc., fără a recurge la utilizarea de echipamente și instrumente de laborator, în scopul soluționării unor chestiuni ce interesează părțile în proces și instanța. Diferența dintre aceste două genuri de cercetare – a expertului și specialistului constă în competența lor în procesul penal. Specialistul este un subiect independent al procesului cu funcții deosebite de cele ale expertului (principalul pentru expert- obținerea unor noi date (probe); principalul pentru specialist – acordarea de ajutor în realizarea acțiunii

---

10 Codul penal și Codul de procedură penală: actualizate la 1.07.2017. București: Solomon, p.314. (594 p.)

11 Văduvă N., Văduvă L. Expertizele, constatările-tehnico-științifice și medico-legale. Craiova: Teratolus, 1997, p.46. (143 p.)

12 Dicționarul explicativ al limbii române. Ed. a II-a. București: Univers enciclopedic, 1998, p.562. 1192 p.

13 Сахнова Т. Судебная экспертиза. М.: Городец, 1999, с.52. (368 с.)

procesuale concrete, prezetarea de informații emantate din experiența și cunoștințele sale specializate). Specialistul, de regulă, rezolvă mai cu seamă sarcini auxiliare cu caracter diagnosticator ce nu necesită aplicarea tehnicii instrumentale de laborator, iar expertului îi revine sarcina soluționării tuturor problemelor identificatoare cu titlu de probă și a celor diagnosticatoare, situaționale complexe.

Însă diferențe dintre aceste două forme de aplicare a cunoștințelor specializate pot fi observate și la reglementarea structurii rapoartelor în care se fixează rezultatele lor, statutul procesual al subiecților, dacă părțile în proces pot cere efectuarea lor etc. La aceste și alte elemente particulare divergente între expertize și constatări s-a făcut referire și în literatura de specialitate<sup>14</sup>, Comentarii aplicative la CPP RM<sup>15</sup>, în Instrucțiunea metodică a Consiliului consultativ al DGUP a IGP al MAI RM din 03.09.2013<sup>16</sup> ș.a.

Uneori se crede că constatarea tehnico științifică poate fi dispusă atât la faza de până la începerea urmăririi penale, așa cum prevede și Recomandarea nr. 38 a CSJ din 23.04.2013, cât și în cadrul urmăririi penale, dacă efectuarea expertizei nu este obligatorie. Alți practicieni, din contra, susțin ideea că organul de urmărire penală ar trebui să dispună doar expertize, deoarece prin numirea constatării tehnico științifică sau medico legale există pericolul restrângerii drepturilor părților procesului penal, care sunt lipsite de posibilitatea de a face observații cu privire la întrebările adresate specialistului, de a cere modificarea sau completarea lor, de a cere recuzarea specialistului sau numirea a câte un specialist recomandat de fiecare dintre părți etc.

Cât privește expertiza, aceasta, potrivit art. 172 CPP a României și art. 142 CPP RM, se dispune în cazurile în care se impune necesitatea constatării, clarificării sau evaluării circumstanțelor ce pot avea importanță probatorie pentru cauza penală. Totodată, potrivit art. 96 Cod procedură penală a RM, în cadrul urmăririi penale și judecării cauzei penale obligatoriu trebuie să se dovedească circumstanțele care au importanță probatorie pentru soluționarea justă a cauzei. Respectiv, dacă scopul acțiunii procedurale care urmează a fi realizată este constatarea, clarificarea sau evaluarea unor circumstanțe ce pot avea importanță probatorie pentru cauza penală, obligatoriu se dispune și se realizează doar o expertiză și nu o constatare.

Întrucât, constatările tehnico-științifice sau medico-legale reprezintă o explicare a unor fapte sau circumstanțe ale cauzei, ele se vor realiza doar de un specialist, atribuit conform cap.IV CPP RM *la alte persoane participante la procesul penal*, care, în virtutea alin. (1) art. 87 CPP RM este persoana chemată pentru a participa la efectuarea unei acțiuni procesuale în cazurile prevăzute de CPP RM, care nu este interesată în rezultatele procesului penal. CPP a României face o precizare valabilă și pentru Republica Moldova precum că constatarea este efectuată de un specialist care, de regulă, funcționează în cadrul organelor de urmărire penală. Legat de aceasta

14 Ghid de expertise judiciare. Coord.: M.Gheorghiu. Chișinău: Elena V.I.; p.5-6. (103 p.)

15 Dolea Ig. Codul de procedură penală al Republicii Moldova (Comentariu aplicativ). Chișinău: Cartea Juridică, 2016, 237-238. 1172 p.

16 Instrucțiunea metodică a Consiliului consultativ al DGUP a IGP al MAI RM nr.11/34-2889 din 04.09.2013//www.igp.gov.md

prof. I.Dolea menționează, pe drept, că acest lucru pune la îndoială independența specialistului în sensul art.6 al CEDO<sup>17</sup>.

Oricum, din cele menționate rezultă că specialist, inclusiv care face și constatările tehnico-științifice, medico-legale, este doar persoana chemată pentru a participa la efectuarea unei acțiuni procesuale și doar în cazurile expres prevăzute de CPP.

Este de menționat, că potrivit alin. (3) art. 141 Cod procedură penală, în cazul participării specialistului la efectuarea procedurilor probatorii, rezultatele constatărilor tehnico-științifice și medico-legale se includ în procesul-verbal al acțiunii respective. Prin urmare, doar dacă, pe loc, specialistul nu poate face concluzii privind rezultatele constatărilor tehnico-științifice și medico-legale, el conform alin. (3) din același articol, consemnează rezultatele constatării într-un raport aparte. Oricum, legea procesual penală a RM, spre deosebire de CPP a României (alin (2) art.181<sup>1</sup>) nu prevede o formă sau un conținut expres pentru acest raport, care însă necesită a fi formulat ca prelungire și aprofundare a constatărilor începute în cadrul acțiunii de urmărire penală, realizată cu participarea specialistului și doar în cazurile prevăzute de legea procesual penală. Din cele menționate rezultă că specialistul poate face o concluzie, fie nemijlocit în procesul verbal al acțiunii procedurale, fie într-un raport separat, dar oricum, ca continuare a celor constatate în cadrul acțiunii procedurale, la care a participat. Aici însă trebuie notat că în cazul în care concluziile specialistului vizează identificarea unui obiect sau persoană, se cere și o anumită demonstrație, ilustrare, argumentare care poate fi realizată doar într-un raport aparte, anexat la procesul verbal. Asemenea argumentare nu poate fi expusă în procesul-verbal care, după cum menționează și prof. M. Gheorghiuță acesta „nu va include explicațiile, interpretările asupra faptelor, fenomenelor descoperite, presupunerile ofițerului de urmărire penală, ale altor participanți cu privire la mecanismul de formare a urmelor descoperite, la originea și apatenența uneltelor găsite etc. Procesul-verbal conține descrierea celor descoperite și nicidecum explicarea lor<sup>18</sup>”. Urmare a celor menționate, credem că conținutul alin (3) al art. 141 CPP RM trebuie precizat și completat, după cum urmează: **„În cazul participării specialistului la efectuarea procedurilor probatorii de către organul de urmărire penală, rezultatele constatărilor tehnico-științifice și medico-legale se includ în procesul-verbal al acțiunii respective, sau după caz, într-un raport separat, anexat la procesul-verbal”**.

Deci, în astfel de cazuri specialistul alcătuește raport în scris cu toate argumentările și demonstrațiile necesare a concluziei de identificare a obiectelor, uneltelor sau persoanelor după diversele urme descoperite la fața locului, anexat la procesul-verbal al acțiunii respective, la fel ca și fotografiile sau audio-video-înregistrările, schița etc., ceea ce exclude necesitatea în emiterea unei ordonanțe de dispunere a constatării respective.

---

17 Dolea Ig. Codul de procedură penală al Republicii Moldova (Comentariu aplicativ). Chișinău: Cartea Juridică, 2016, 237. 1172 p.

18 Gheorghiuță M. Tactica cercetării la fața locului. Chișinău: “Angela Levința”, 2004, p.65. (70 p.)



Totodată, dacă pretinsul specialist, nu este antrenat la efectuarea acțiunii procedurale, el de fapt, nu este specialist în sens procedural, ne fiind în drept să facă explicații unor fapte sau circumstanțe ale cauzei, să realizeze constatările tehnico-științifice sau medico-legale, deoarece în virtutea definiției, stabilite de alin. (1) art. 87 Cod procedură penală, el nici formal nu va putea fi identificat ca specialist și atribuit la categoria de *alte persoane participante la procesul penal*, care în exclusivitate, ar avea dreptul să efectueze sau să participe la acțiunile procesuale în cadrul procesului penal. La fel, dacă acesta este antrenat la efectuarea acțiunii procedurale, însă nu într-un caz expres prevăzut de CPP RM, explicațiile și concluziile acestuia, în virtutea alin. (1) art. 87, alin. (1) art. 93, alin. (1) pct. 4) art. 94 CPP RM, sunt lovite de nulitate, ne având calitatea admisibilității ca probe în procesul penal și nu pot fi puse la baza sentinței sau a altor hotărâri judecătorești, întrucât, pe de o parte, nu au fost dobândite în modul stabilit de CPP RM, pe de alta, sunt obținute de o persoană care nu are dreptul să efectueze acțiuni procesuale în cauza penală. Oricum, opinia expusă de specialist nu substituie concluzia expertului.

Prin urmare, *constatarea tehnico-științifică sau medico-legală, constituie o activitate de cunoaștere prin cercetare și explicare a unor fapte sau circumstanțe ale cauzei, consemnată în procesul verbal al acțiunii procedurale, sau într-un raport anexat la acesta, realizată în cazurile prevăzute de CPP RM de către un specialist, ce posedă cunoștințe și deprinderi specializate pentru acordarea de ajutor, expunere de explicații și formulare de concluzii ce pot servi drept probe într-un proces judiciar.*

Cu alte cuvinte, specialistul este o persoană care în condițiile legii, mai mult acordă ajutor organului de urmărire penală sau instanței, la realizarea sau planificarea acțiunii procedurale, decât contribuie la administrarea propriu-zisă a probatoriului. Deci, constatările tehnico-științifice sau medico-legale, pot fi, de regulă, realizate în cadrul mai multor acțiuni de urmărire penală: - verificării declarațiilor la locul infracțiunii; - cercetării la fața locului; - examinării corporale; - exhumării cadavrelor; - experimentului în procedura de urmărire penală; - efectuarea percheziției; - percheziția corporală; - ridicarea de obiecte și documente; - colectarea mostrelor pentru cercetarea comparativă; - punerea bunurilor sub sechestru **și alte acțiuni procedurale**, expres prevăzute în Codul de procedură penală, pentru efectuarea ulterioară a expertizei judiciare, expunerea unor concluzii prealabile, verificarea dacă urmele digitale sunt operante pentru expertiza dactiloscopică identificatoare etc.

Astfel, în cazul în care se depistează anumite obiecte, care se pretind a fi arme, droguri, documente sau bani falși, dacă până la pornirea urmăririi penale, organul de urmărire penală are necesitatea de anumite explicații a unor fapte sau circumstanțe ale cauzei, inclusiv în scopul cercetării, evaluării, stabilirii calității și cantității acestora și formulării raportului de constatare tehnico științifică, pentru a asigura legalitatea și admisibilitatea concluziilor specialistului, este necesar, întâi de toate, a antrena specialistul respectiv, fie pentru cercetarea la fața locului și ridicarea pretinselor obiecte, sau pentru cercetarea ulterioară a acestora.

Rolul specialistului este de a examina pe loc aceste obiecte și a formula explicațiile sale prealabile, incluse în cuprinsul procesului verbal al acțiunii procedurale că acestea sunt arme, droguri, documente sau bani falși, confirmând astfel bănuiala rezonabilă, necesară pentru pornirea imediată a urmăririi penale. În așa mod, se vor asigura prevederile legale și nu va putea fi pusă la îndoială admisibilitatea concluziilor specialistului.

Concluzia că activitatea specialistului este premergătoare dispunerii expertizei, rezultă și din prevederile pct. 5) alin. (5) art. 87 CPP RM *Obligațiile specialistului*, conform cărora, specialistul este obligat să aplice toate cunoștințele și deprinderile sale speciale pentru acordarea de ajutor organului care efectuează acțiunea procesuală la descoperirea, fixarea sau excluderea probelor - (sublinierea ne aparține - Ch.D.), la aplicarea mijloacelor tehnice și a programelor computerizate, la formularea întrebărilor pentru expert, să dea explicații referitor la problemele ce țin de competența sa profesională.

În concluzie, trebuie observat că, în situația acțiunilor de colectare a mijloacelor materiale de probă, prezentată mai sus, nu regăsim elementele *examinării și ridicării* probelor, în care specialistul acordă ajutor semnificativ organului de urmărire penală. În opinia noastră, aceste activități trebuie logic să urmeze după fixarea probelor, de aceea înaintăm propunerea completării acestui punct al alin (5) al art 87 CPP RM cu elementele susindicate, după cum urmează: „să aplice toate cunoștințele și deprinderile sale speciale pentru acordarea de ajutor organului care efectuează acțiunea procesuală la descoperirea, fixarea, **examinarea, ridicarea** sau excluderea probelor, la aplicarea mijloacelor tehnice și a programelor computerizate, la formularea întrebărilor pentru expert, să dea explicații referitor la problemele ce țin de competența sa profesională”.

# CONCEPTUL DE ORDINE JURIDICĂ ȘI REGLEMENTAREA ACESTUIA ÎN LEGISLAȚIA ROMÂNIEI

**Mariana ROBEA**, doctorandă ULIM

Recenzent: Ion POSTU, doctor în drept, conferențiar universitar

## **THE CONCEPT OF THE LEGAL ORDER AND ITS REGULATION IN THE LEGISLATION OF ROMANIA**

*The juridical order is, on one hand, the entire legislation of a state, but on the other hand, it does mean a specific hierarchy of the normative acts that this legislation consists of. The hierarchy itself must be regulated in order to produce juridical effects. As each state has its own basic normative acts that do regulate the juridical order, the paper below shows which basic normative acts regulate the juridical order in Romania.*

**Key-words:** *juridical order, normative hierarchy, subordinate acts.*

*Ordinea juridică reprezintă în sine un fenomen care, în anumite abordări, semnifică totalitatea actelor normative ale statului și ordonarea ierarhică a acestora. Însăși acest fenomen urmează a fi reglementat, întrucât doar o ierarhie fundamentată juridic va putea fi transpusă în realitate și va produce efectele juridice dorite. Fiecare stat își are propria sa ordine juridică și reglementările de bază care ordonează sistemul de acte normative ale acestuia. Articolul current prezintă sinteza principalelor reglementări ce se referă la ordinea juridică a României.*

**Cuvinte-cheie:** *ordine juridică, ierarhie normativă, acte subordonate.*

Ordinea juridică este fenomenul ce aduce cu sine reguli de aplicare a actelor normative existente într-un stat. Aici avem în vedere reguli ce țin de identificarea relației dintre diferite categorii de acte normative, relații ce definesc ulterioara producere a efectelor juridice de către fiecare act normativ din fiecare categorie reglementată de legislația statului.

Astfel, ordinea juridică implică fenomenul ordonării propriilor elemente componente, ordonare care ține de competența statului și care emană din autoritatea statului. Nici un alt subiect nu poate fi identificat ca responsabil de ierarhizarea actelor normative, dar mai întâi de toate de reglementarea juridică a acestei ierarhii și a principiilor pe care se fundamentează aceasta.

Funcția pe care o are în societate ordinea juridică nu ne lasă să vorbim de un simplu ansamblu de reguli abstracte, cea de a impune anumite comportamente și convingeri în vederea atingerii finalităților ordinii sociale<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Jacques Chevalier. L'ordre juridique. in Le droit en procès. Paris: PUF 1983. p. 2.

Sistemul dreptului statului se prezintă ca „un edificiu format din niveluri supra-puse de norme juridice și subordonate unele altora: o normă nu este decât dacă este confirmată în conținutul său de către determinațiile înscrise în alte norme de nivel superior”<sup>2</sup>. Ca orice ierarhie, și ierarhia actelor normative prezintă elementul de vârf și elementul de la baza piramidei rezultate din fenomenul de ierarhizare. Astfel, treapta cea mai înaltă, din punctul de vedere al dreptului pozitiv al unui stat este reprezentată de Constituție<sup>3</sup>.

O normă care nu este emisă în temeiul uneia superioare nu poate face parte din sistemul ordinii de drept al unui stat. În mod evident, excepția este reprezentată de normele constituționale, care constituind vârful piramidei actelor normative, nu constituie aplicarea unor norme superioare, ci reprezintă chiar „temeiul fundamental și garanția esențială a ordinii de drept; ... reperul decisiv pentru aprecierea validității tuturor actelor și faptelor juridice”<sup>4</sup>.

Ierarhia actelor normative este dată de normele juridice pe care acestea le cuprind, clasificarea făcându-se în funcție de forța lor juridică, care este dată de conținutul și forma acestora. Datorită acestor elemente, se ierarhizează actele normative și se stabilește modul de elaborare și adoptare a actelor normative<sup>5</sup>.

Actele normative de nivel inferior trebuie să corespundă atât cerințelor de competență și procedură, cât și celor legate „de concordanța conținutului cu cel al actului normativ având forța juridică superioară”<sup>6</sup>. Nerespectarea ierarhiei actelor normative are ca sancțiune neaplicarea prevederilor din actele normative cu o forță juridică inferioară, atunci când acestea contravin unor norme cuprinse în acte normative ierarhic superioare<sup>7</sup>.

În cele ce urmează vom prezenta principalele reglementări ale României ce ordonează sistemul de acte normative în vigoare.

Conform Constituției Române, Parlamentul adoptă legi constituționale, legi organice și legi ordinare, legile constituționale fiind cele de revizuire a Constituției, iar prin legi organice reglementându-se:

- a) sistemul electoral;
- b) organizarea și funcționarea partidelor politice;
- c) organizarea și desfășurarea referendumului;
- d) organizarea Guvernului și a Consiliului Suprem de Apărare a Țării;
- e) regimul stării de asediu și al celei de urgență;

---

2 P. Miculescu. Statul de drept. București: Lumina Lex, 1998. p. 131.

3 Hans Kelsen. Doctrina pură a dreptului. București: Humanitas, 2000. p.272.

4 I. Deleanu. Instituții și proceduri constituționale – în dreptul român și în dreptul comparat. București: C. H. Beck, 2006. p.222.

5 Șt. Deaconu. Metodologie juridică. Curs practic pentru studenți. București: Hamangiu, 2006. p. 99.

6 S. Popescu, V. Țândăreanu. Probleme actuale ale tehnicii legislative. București: Lumina Lex, 2003. p. 20.

7 S. Popescu, C. Ciora. Problematika actelor în executare. În: Buletin de informare legislativă, nr. 4, 2008, p.3.

- f) infracțiunile, pedepsele și regimul executării acestora;
- g) acordarea amnistiei sau a grațierii colective;
- h) organizarea și funcționarea Consiliului Superior al Magistraturii, a instanțelor judecătorești, a Ministerului Public și a Curții de Conturi;
- i) statutul funcționarilor publici;
- j) contenciosul administrativ;
- k) regimul juridic general al proprietății și al moștenirii;
- l) regimul general privind raporturile de muncă, sindicatele și protecția socială;
- m) organizarea generală a învățământului;
- n) regimul general al cultelor;
- o) organizarea administrației locale, a teritoriului, precum și regimul general privind autonomia locală;
- p) modul de stabilire a zonei economice exclusive;
- r) celelalte domenii pentru care, în Constituție, se prevede adoptarea de legi organice<sup>8</sup>.

Menționăm că România, spre deosebire de Republica Moldova, are reglementată și activitatea uni organ consultativ a cărui menire este anume de a perfecționa ordinea juridică internă și de a o coordona la cel mai înalt și eficient mod cu legislația Uniunii Europene.

Conform, art. 79 din Constituția Română, Consiliul Legislativ este organ consultativ de specialitate al Parlamentului, care avizează proiectele de acte normative în vederea sistematizării, unificării și coordonării întregii legislații. El ține evidența oficială a legislației României.

Înființarea, organizarea și funcționarea Consiliului Legislativ se stabilesc prin lege organică.

Cât privește actele Guvernului, art. 107 stipulează că Guvernul adoptă hotărâri și ordonanțe, hotărârile fiind emise pentru organizarea executării legilor, iar ordonanțele fiind emise în temeiul unei legi speciale de abilitare, în limitele și în condițiile prevăzute de aceasta.

Parlamentul poate adopta o lege specială de abilitare a Guvernului pentru a emite ordonanțe în domenii care nu fac obiectul legilor organice. Legea de abilitare va stabili, în mod obligatoriu, domeniul și data până la care se pot emite ordonanțe. Dacă legea de abilitare o cere, ordonanțele se supun aprobării Parlamentului, potrivit procedurii legislative, până la împlinirea termenului de abilitare. Nerespectarea termenului atrage încetarea efectelor ordonanței. În cazuri excepționale, Guvernul poate adopta ordonanțe de urgență. Acestea intră în vigoare numai după depunerea lor spre aprobare la Parlament<sup>9</sup>.

Ordinea juridică a statului român este reglementată detaliat prin Legea nr.24 din 27 martie 2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor

<sup>8</sup> Art. 72, Constituția României// <http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=339>

<sup>9</sup> Art. 114, Constituția României// <http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=339>

normative<sup>10</sup>, care în art. 6, al. 1 stipulează una dintre cele mai importante exigențe înaintate proiectelor de acte normative. Conform acestuia, proiectul de act normativ trebuie să instituie reguli necesare, suficiente și posibile care să conducă la o cât mai mare stabilitate și eficiență legislativă. Soluțiile pe care le cuprinde trebuie să fie temeinic fundamentate, luându-se în considerare interesul social, politica legislativă a statului român și cerințele corelării cu ansamblul reglementărilor interne, precum și ale armonizării legislației naționale cu legislația comunitară și cu tratatele internaționale la care România este parte.

Întru armonia perfectă a ordinii juridice interne atât pe plan intern al conținutului său, cât și pe plan extern, și anume comunitar și internațional, actul normativ trebuie să se integreze organic în sistemul legislației, scop în care:

- a) proiectul de act normativ trebuie corelat cu prevederile actelor normative de nivel superior sau de același nivel, cu care se află în conexiune;
- b) proiectul de act normativ, întocmit pe baza unui act de nivel superior, nu poate depăși limitele competenței instituite prin acel act și nici nu poate contraveni principiilor și dispozițiilor acestuia;
- c) proiectul de act normativ trebuie să fie corelat cu reglementările comunitare și cu tratatele internaționale la care România este parte<sup>11</sup>.

Dincolo de dispozițiile cu caracter tehnic, legiuitorul român prevede expres unicitatea reglementării în materie, stipulând că reglementările de același nivel și având același obiect se cuprind, de regulă, într-un singur act normativ. Un act normativ poate cuprinde reglementări și din alte materii conexe numai în măsura în care sunt indispensabile realizării scopului urmărit prin acest act. Unicitatea de fapt și este o cheie spre o ordine juridică perfecționistă. Considerăm că o reglementare legală expresă referitoare la unicitate este binevenită tuturor statelor ce își doresc o ordine juridică integră și armonioasă.

Ca și în cazul legislației Republicii Moldova și a teoriei dreptului, legislația română la fel consfințește regulile de soluționare a situațiilor conflictuale ce deranjează ordinea juridică. Legea pe care o analizăm stipulează în art. 13 că o reglementare din aceeași materie și de același nivel poate fi cuprinsă într-un alt act normativ, dacă are caracter special față de actul ce cuprinde reglementarea generală în materie, iar caracterul special al unei reglementări se determină în funcție de obiectul acesteia, circumstanțiat la anumite categorii de situații, și de specificul soluțiilor legislative pe care le instituie. Cât privește reglementarea derogatorie, aceasta este recunoscută ca atare dacă soluțiile legislative referitoare la o situație anume determinată cuprind norme diferite în raport cu reglementarea-cadru în materie, aceasta din urmă păstrându-și caracterul său general obligatoriu pentru toate celelalte cazuri. Aceste dispoziții fac conexiunea între reglementare și practică, între reglementare și teorie. Astfel, din momentul în care legislația definește reglementarea specială și

---

10 M. O. al României nr. 139/31.03.2000. [http://www.cdep.ro/pls/legis/legis\\_pck.htm\\_act\\_text?id=57843](http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.htm_act_text?id=57843)

11 Ibidem. Art. 11.

pe cea derogatorie, cel ce aplică legea nu are decât să aplice regulile *Lex specialis, lex superiori, lex posteriori*.

Menirea ordinii juridice de a exclude paralelismele de reglementare a făcut ca legiuitorul român să indice în textul legii că procesul de legiferare trebuie evitată instituirea acelorași reglementări în două sau mai multe acte normative. Pentru sublinierea unor conexiuni legislative se utilizează norma de trimitere, sau așa-numitele referințe normative, care sunt analizate în textul prezentei lucrări. Iar în cazul existenței unor paralelisme acestea vor fi înlăturate fie prin abrogare, fie prin concentrarea materiei în reglementări unice. Concentrarea în reglementări unice vizează reglementările din aceeași materie dispersate în legislația în vigoare.

Tot cu referire la ordinea juridică și buna consistență a acesteia legislația română prevede asanarea legislației, care presupune că în procesul de elaborare a proiectelor de acte normative se va urmări abrogarea expresă a dispozițiilor legale căzute în desuetudine sau care înregistrează aspecte de contradictorialitate cu reglementarea preconizată<sup>12</sup>.

Sistematizarea și concentrarea legislației în coduri, încorporarea actelor normative în codexuri pe materii sunt procedee reglementate de legislația română care au drept scop înlesnirea cunoașterii și aplicării legislației.

Întru armonizarea reglementărilor interne cu cele comunitare și internaționale, deci a ordinii juridice interne cu cea comunitară și internațională, legea stipulează că pentru stabilirea soluțiilor legislative preconizate prin noua reglementare se vor examina și vor fi avute în vedere reglementările comunitare în materie, precum și prevederile cuprinse în tratatele internaționale la care România este parte. Soluțiile legislative cuprinse în proiectul de act normativ trebuie să fie compatibile cu aceste acte internaționale. Dacă este cazul, se vor face propuneri de modificare sau de completare a actelor normative interne ale căror dispoziții nu sunt armonizate cu ale actelor internaționale în cauză.

Tot un aspect important ce vizează ordinea juridică ține și de sistematizarea conținutului actului normativ, care conform legii are următoarele părți constitutive: titlul, formula introductivă și, dacă este cazul, preambulul, partea dispozitivă, formula de atestare a autenticității actului<sup>13</sup>.

Conform legii, evenimentele legislative pot fi dispuse prin acte normative ulterioare de același nivel sau de nivel superior, având ca obiect exclusiv evenimentul respectiv, dar și prin alte acte normative ulterioare care, în principal, reglementează o anumită problemă, iar ca măsură conexă dispun asemenea evenimente pentru a asigura corelarea celor două acte normative interferente.

Modificarea sau completarea unui act normativ, ca evenimente legislative, este admisă numai dacă nu se afectează concepția generală ori caracterul unitar al acelui act sau dacă nu privește întreaga ori cea mai mare parte a reglementării în cauză; în

---

12 Ibidem. Art. 15.

13 Ibidem. Art. 37.

caz contrar actul se înlocuiește cu o nouă reglementare, urmând să fie în întregime abrogat<sup>14</sup>. În cazuri deosebite, în care la elaborarea și adoptarea unei reglementări nu a fost posibilă identificarea tuturor normelor contrare, în spiritul unei ordini juridice armonizate pe interior, se poate prezuma că acestea au făcut obiectul modificării, completării ori abrogării lor implicite<sup>15</sup>.

Alte două acte normative ce reglementează subiecte relevante pentru ordinea juridică a României sunt următoarele: pentru înființarea, organizarea și funcționarea Consiliului Legislativ<sup>16</sup> și Regulamentul de organizare și funcționare a Consiliului Legislativ<sup>17</sup>.

Legea pentru înființarea, organizarea și funcționarea Consiliului Legislativ, în art. 2., al. 1 stipulează următoarele atribuții ale Consiliului Legislativ:

- a) analizează și avizează proiectele de legi, propunerile legislative și proiectele de ordonanțe și de hotărâri cu caracter normativ ale Guvernului, în vederea supunerii lor spre legiferare sau adoptare, după caz;
- b) analizează și avizează, la cererea președintelui comisiei parlamentare sesizate în fond, amendamentele supuse dezbaterii comisiei și proiectele de legi sau propunerile legislative primite de comisie după adoptarea lor de către una dintre Camerele Parlamentului;
- c) realizează nemijlocit sau coordonează, din dispoziția Camerei Deputaților sau a Senatului, elaborarea unor proiecte de coduri sau de alte legi de complexitate deosebită;
- d) elaborează, din dispoziția Camerei Deputaților sau a Senatului ori din proprie inițiativă, studii pentru sistematizarea, unificarea și coordonarea legislației și face, pe această bază, propuneri Parlamentului și, după caz, Guvernului;
- e) examinează conformitatea legislației cu prevederile și principiile Constituției și sesizează birourile permanente ale Camerelor Parlamentului și, după caz, Guvernul asupra cazurilor de neconstituționalitate constatate; prezintă, în cel mult 12 luni de la înființare, propuneri pentru punerea de acord a legislației anterioare Constituției cu prevederile și principiile acesteia;
- f) ține evidența oficială a legislației României și furnizează informația necesară pentru desfășurarea procesului legislativ; organizează informatizarea sistemului de evidență a acesteia și realizează produse informatice pentru evidența legislației asistată de calculator;
- g) urmărește, în vederea funcționării sistemului legislativ în mod unitar și coordonat, emiterea de către autoritățile publice competente a actelor normative în executare, dispuse prin legi, ordonanțe și hotărâri ale Guvernului, și semnalează organelor în drept întârzierile în emiterea acestora;

14 Ibidem. Art. 57, alin. (1).

15 Ibidem. Art. 63, alin. (1).

16 republicată în M. Of. nr. 1122 din 29.11.2004.

17 aprobat prin Hotărârea Birourilor permanente ale Camerei Deputaților și Senatului nr.1 din 26 februarie 1996, republicat în M.O. din 8.03.2005. <https://lege5.ro/Gratuit/ge3tanrs/regulamentul-de-organizare-si-functionare-a-consiliului-legislativ-din-26021996>



- h) elaborează Repertoriul legislației României – evidența oficială – și furnizează varianta on-line a acestuia; întocmește versiunile oficiale ale unor culegeri de acte normative;
- i) păstrează originalele legilor și ale decretelor de promulgare a acestora. În acest scop, instituțiile publice care le dețin în prezent le vor preda Consiliului Legislativ;
- j) creează și actualizează, în sistem informatizat, baza de date necesară activității de studii și documentare legislativă.

Conform art. 3 al aceleiași legi, avizul este consultativ și are ca obiect:

- a) concordanța reglementării propuse cu Constituția, cu legea-cadru în domeniu, cu reglementările Uniunii Europene și cu actele internaționale la care România este parte, iar în cazul proiectelor de lege și a propunerilor legislative, natura legii și care este prima Cameră ce urmează a fi sesizată;
- b) asigurarea corectitudinii și clarității exprimării juridice, înlăturarea contradicțiilor sau necorelărilor din cuprinsul proiectului de act normativ, asigurarea caracterului complet al prevederilor sale, respectarea normelor de tehnică legislativă, precum și a limbajului normativ;
- c) prezentarea implicațiilor noii reglementări asupra legislației în vigoare, prin identificarea dispozițiilor legale care, având același obiect de reglementare, urmează să fie abrogate, modificate sau unificate, precum și prin evitarea reglementării unor aspecte identice în acte normative diferite.

Aceste reglementări invocate de noi au misiunea de a stabili reguli exacte și clare pentru instituirea unei ordini juridice perfecționiste și pentru evitarea pe cât se poate a situațiilor conflictuale din textele de acte normative.

Suplimentar acestor acte normative, ordinea juridică a României își regăsește fundamentele legale și în Legea 24/2000 privind normele de tehnica legislativa pentru elaborarea actelor normative, precum și în Hotărârea Guvernului României nr. 561/2009 pentru aprobarea Regulamentului privind procedurile, la nivelul Guvernului, pentru elaborarea, avizarea și prezentarea proiectelor de documente de politici publice, a proiectelor de acte normative, precum și a altor documente, în vederea adoptării/aprobării.

Nu am putea trece cu vederea un alt act normativ cu relevanță pentru ordinea juridică internă a României, și mai ales pentru armonizarea acesteia cu ordinea juridică comunitară. Este vorba de Hotărârea nr. 11 din 19 aprilie 2011 privind procedura de lucru și mecanismul decizional pentru exercitarea controlului parlamentar asupra proiectelor de acte legislative ale Uniunii Europene, în temeiul prevederilor Tratatului de la Lisabona privind rolul parlamentelor naționale<sup>18</sup>.

Conform art. 2 al acestei hotărâri, examinarea parlamentară urmărește două obiective majore: a) evaluarea fondului propunerilor legislative și a documentelor de consultare, inclusiv a pozițiilor Guvernului României față de acestea; b) respectarea principiilor subsidiarității și proporționalității propunerilor legislative eligibile

---

18 <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/127973>

pentru testul subsidiarității conform Protocolului nr. 2 al Tratatului de la Lisabona.

Art. 3 stipulează că sunt supuse examinării parlamentare următoarele documente ale Uniunii Europene:

- a) proiecte de acte legislative eligibile pentru testul subsidiarității conform Protocolului nr. 2 al Tratatului de la Lisabona în vederea stabilirii respectării sau încălcării principiului subsidiarității;
- b) proiecte de acte legislative ale Comisiei Europene, Consiliului Uniunii Europene sau Parlamentului European și documentele de consultare ale Comisiei Europene, selectate de Camera Deputaților în funcție de relevanța lor politică, economică, socială, financiară sau juridică;
- c) proiecte de acte legislative ale Uniunii Europene pentru care Guvernul României elaborează mandate generale.

Conform Hotărârii, Direcția de drept comunitar examinează lista propunerilor din Programul de lucru anual al Comisiei Europene și selectează o parte dintre ele, în urma evaluării relevanței lor politice, economice, sociale, financiare și juridice, pentru dezbateri, în termen de 15 zile de la primirea acestuia de către Camera Deputaților<sup>19</sup>.

Ulterior, Comisia pentru afaceri europene a Camerei Deputaților centralizează punctele de vedere exprimate în cadrul dezbaterilor. În baza acestora, a listei de propuneri înaintate de Direcția de drept comunitar și a propunerilor înaintate de comisiile permanente, Comisia pentru afaceri europene a Camerei Deputaților elaborează o listă finală de propuneri de proiecte legislative și documente de consultare europene care vor fi supuse, cu prioritate, procedurii de control parlamentar.

Conform art. 21, examinarea se finalizează astfel:

- a) în cazul respectării principiului subsidiarității, comisia permanentă sesizată redactează un proces-verbal care conține elemente principale ale dezbaterii, votul exprimat, dacă este cazul, și constatarea respectării principiului subsidiarității. Procesele-verbale sunt transmise spre informare Biroului permanent al Camerei Deputaților și Direcției de drept comunitar;
- b) în cazul nerespectării principiului subsidiarității, comisia permanentă sesizată redactează un proiect de aviz motivat.

Reglementările invocate au relevanță asupra ordinii juridice interne a României, dar și asupra concordanței dintre ordinea juridică internă și cea comunitară, așa cum armonizarea lor este una dintre fenomenele inerente ale europenizării statului.

Astfel, ordinea juridică presupune, grație ierarhizării și armonizării, încadrare perfectă a noutăților normative în realitatea socială, încadrare perfectă în realitatea juridică, sistematizarea eficientă a acestora și eficientizarea aplicării și realizării lor.

Cât despre ordinea juridică existentă și noile acte normative ce urmează a se integra în cadrul acesteia, menționăm că orice act normativ nou trebuie să se integreze organic în sistemul legislativ pentru realizarea finalității sale și pentru ca nici sistemul însuși să nu fie afectat în vreun fel de apariția acestuia.

---

19 Art. 7

# THEORETICAL-PRACTICAL ASPECTS ON THE CONSOLIDATION OF INTERNATIONAL SECURITY LAW AS INSTITUTE OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW

**ALABDULJABBAR Naif Jassim**, FIUM doctoral student

Reviewer: *GAMURARI Vitalie*, Doctor of Law, Associate Professor

*International security law is an institution of public international law that consolidated immediately after the Second World War, although some of its elements existed previously. At the same time, the “cold war” period was characterized by a certain stagnation of the mechanisms, which should have ensured security at both universal and regional level. Seizures triggered from the dissolution of the USSR and Yugoslavia, but also the outbreak of a series of armed conflicts in Africa and the Middle East, resulting in various challenges for the international community, such as the large number of victims among civilians, refugees and internally displaced persons, have raised new debates about the role of international law in the process of regulating the concept of collective security.*

**Keywords:** *security, crises, peacekeeping forces, international law, laws and customs of war.*

## **ASPECTE TEORETICE ȘI PRACTICE PRIVIND CONSOLIDAREA DREPTULUI SECURITĂȚII INTERNAȚIONALE ÎN CALITATE DE INSTITUȚIE DREPTULUI INTERNAȚIONAL PUBLIC**

*Dreptul securității internaționale este o instituție a dreptului internațional public care s-a consolidat imediat după cel de-al Doilea Război Mondial, deși anumite elemente ale acestuia au existat anterior. Totodată, perioada „războiului rece” a fost una care s-a caracterizat printr-o oarecare stagnare a mecanismelor ce ar fi trebuit să asigure securitatea la nivel universal, dar și regional. Crizele declanșate în urma destrămării fostei URSS și a Iugoslaviei, dar și izbucnirea unui șir de conflicte armate în Africa și Orientul Mijlociu, soldate cu diverse provocări pentru comunitatea internațională, cum ar fi numărul mare de victime printre populația civilă, refugiații și intern-deplasații, au trezit noi discuții referitor la rolul dreptului internațional în procesul de reglementare a conceptului de securitate colectivă.*

**Cuvinte-cheie:** *securitate, crize, drept internațional, legi și cutume de război.*

### ***Introduction***

Mankind has entered the 21st century, the century of globalization, which introduces major changes not only within the system of international relations, but also in the life of every state, even in the life of each individual. Globalization leads to increasing the independence between states, the unity of the international community.

In the first place is established the object of ensuring the common interests of the states, the interests of the international community in general. Today, even the Great Powers are unable to ensure their own security, the security of their citizens.

Mankind can only survive with joint efforts. Life dictates the need for a higher level of leadership in the international system.

Globalization gives broad possibilities for the development of human civilization and at the same time, it opens several issues, the resolution of which depends of the destiny of this civilization. The changes that are happening are so essential that they impose the need to strengthen a new world order.<sup>1</sup> Its foundation was determined by states and written in the Millennium Declaration adopted at the UNO meeting in 2000. It provided that: „...only through broad and permanent efforts, in order to create a common future based on the unity of multilateral humanity, globalization can become equitable.”<sup>2</sup>

The process of consolidating international security law is one that characterizes the very development of codification of international law, in the context of the development of international relations.

The right to international security was born from the attempt to minimize the negative effects of wars that were becoming more and more destructive. Or, the peace conferences with the participation of the main international actors - starting with the Peace of Westphalia and ending with the Treaty of Versailles - represented largely a “regulation of accounts” of the winning states over the defeated ones. This in turn inevitably led to the desire to take revenge, from the losers. On the other hand, the arming process and the horror effects of the new forms and methods of war, have led states to address the issue of respecting the “laws and customs” of war under the new conditions. Thus, after the Battle of Solferino in 1859, takes place the first International Congress Committee of the Red Cross (1863), which adopts the Convention on the Protection of Wounded, Armed Campaign Patients (1864). Starting with this event, which is the first codification of the customary norms of jus in the bello, we can say that the premises of future institutions of international security law also arise.

### ***Aspects about the concept of international security law***

The international security law is built on the following issues: How to deal with insecurity, violence, war? Can we use it and under what conditions? Are there any means to reduce it, to avoid it? What formula should we manage if it is needed? Who can and should handle this? For which results?

The first answers are in search, in a complex legal ensemble, made up of rules, from various sources and applicable according to a temporary assignment. In principle, international security law is made up of three major units.

- 1) The first unit of rules aims their application before conflicts and to prevent them and ensure security, they govern the right to war;
- 2) The second unit of rules applies directly during the course of the conflict and during the period of international insecurity resulting from it, it is the right in wartime;

---

1 Лукашук И.И. Мировой порядок XXI века. В: МПЧП. 2002. No. 1 p. 4.

2 Rezoluția Adunării Generale a ONU A/55/L.2 <http://www.un.org/french/millenaire/ares552f.htm> (consulted at 13.12.2017).

3) The third body of rules refers to the end and consequences of a conflict and its impact on the international security; we are talking about the post-conflict right.

Taking into account this complexity, we opt for a global vision of international security law that can be defined as a framework and set of legal mechanisms that contribute to securing international security and regulate the conflicting aspects of international relations.

The subject of the research will focus on dealing with three issues arising in particular from *jus ad bellum*:

- the ban on states, the use of force and the threat of force;
- the analysis of the competence of the UNO Security Council to react in the event of force or threat;
- the persistence of certain war skills for the benefit of the states.

The only source of legitimacy of a state is the ability to protect and maintain the rights of its citizens and to provide them with the right environment to meet all needs. In fact, the pyramid of needs formulated by Abraham Maslow places the need for security or the unordered right of man to peace and welfare, without the assurance of which, everything that is being built as a legal and institutional system acquires a relative, slightly changeable character, depending on the political, economic, military, environmental or other pressures and risks.<sup>3</sup>

In order to achieve the security strategy, each government assumes security policies (legislative, institutional, material and human resources, etc.) capable of satisfying the full range of national security issues.

We mention that security, in the traditional sense, has been associated with military power. After 1990 and more often after September 11, 2001, security is extended to the political, economic and social spheres.

State functioning is a major desideratum of any local community constituted in a modern society according to the contemporary standards of state entity organization, for the development of a social life in conditions of normality.

In the classic imperial model, countries occupied a central position of power and influence worldwide, conquering peripheral territories and administering them directly. But the uncomfortable management of local populations by colonial powers is no longer taking place without reaction - in the sense that no powerful state can tentatively exert such a direct control.

However, the remote handling of resources and the population has not decreased. It is carried out in a new form through other forms of institutions.

### ***Challenges for international security in the context of the end of the “Cold War”***

Today it is obvious that the development of the international community is and will be the multilateral innate of states and regions. This leads, first of all, to the crea-

---

3 Maslow, Herzberg et les théories du contenu motivationnel. CLAREE. Centre Lillois d'Analyse et de Recherche sur l'Evolution des Entreprises. UPRESA CNRS 8020 [http://alain.battandier.free.fr/IMG/pdf/CLAREE-Maslow\\_Herzberg.pdf](http://alain.battandier.free.fr/IMG/pdf/CLAREE-Maslow_Herzberg.pdf) (consulted at 13.12.2017).

tion of common economic, legal, informational spaces. In this context, the prospects for United Nations development should be explored from another point of view. This global routing system will have to be based on the international law system, mechanisms for coordinating and adopting unique mandatory judgments will have empowered administrative structures, judicial system, control and constraint mechanism.

In this regard, the practice of peacekeeping operations presents interest, when the UNO introduces a form of “external leadership” in the States covered by conflicts or in the sectors where either the local public power is missing or it is unable to fulfill its functions.

The fight against international terrorism has led to a new interpretation of the right to self-defense. Traditionally, it is considered that the application of force under the right of self-defense is only possible in the case of an attack by another State. However, the US events from September 11, 2001, as well as other cases of foreign terrorist attacks on the state, allow us to conclude that the right of self-defense can be used to respond to the attack of non-state organizations or formations. In addition, we find that Article 51 of the UNO Charter does not directly indicate that the attack must be directly from the side of a State.

The correct applicability of the right to self-defense in the antero-operations, following the events of September 11, 2001, can be found in the practice of states, UNO Security Council resolutions and some US Court Decisions. For example, the 2001 North Atlantic Council statement, which states: “If it is shown that the attack on the United States has taken place from the outside, it will be interpreted in accordance with Article 5 of the Washington Treaty, which states that the armed attack on one or more Union states in Europe or North America will be considered as an attack on all members”. On October 2, 2001, NATO Secretary General Lord Robertson confirmed that the attack took place from outside and that Article 5 had been applied.<sup>4</sup> Similarly, the Australian government, following consultations with the US government, has applied Article IV of the ANZUS Treaty, recognizing that the terrorist attack on the US is an external attack.

In the Resolution S/Res/1368 (2001) the Security Council of UNO as answer at the attack from September 11, 2001, recognizes “the inseparable right to individual or collective self-defense in accordance with the UNO Charter” and “that *examines* such acts, like any terrorist acts, as a threat to international peace and security”.<sup>5</sup>

In the Resolution S/Res/1368 (2001), the UN Security Council, as response to the September 11, 2001 attack, recognizes “the inseparable right to individual or collective self-defense in accordance with the UNO Charter” and “examines such acts, any terrorist acts as a threat to international peace and security. “

As I said recently, the US legal practice may be brought as an example also.

---

4 Déclaration du Secrétaire Général de l'OTAN, Lord Robertson, au Siège de l'OTAN. 02.10.2001 <https://www.nato.int/docu/speech/2001/s011002b.htm> (consulted at 13.12.2017).

5 Resolution of Security Council of UNO No. 1368 (2001) [www.un.org/french/docs/sc/2001/res1368f.pdf](http://www.un.org/french/docs/sc/2001/res1368f.pdf) (consulted at la 13.12.2017).

In the case of *Padilla v. Bush*, No. 02 Civ 4445 (MBM), stip. Op. at 53 (Order and Opinion), the court stated in the following manner: “The right to war referred by the President in relation to Padilla is applicable irrespective of whether the state of war is declared or not. The issue of the time when the war against terrorist groups is to be completed is not questioned.”<sup>6</sup>

In the case of *Hamdi v. Rumsfeld*, 02-7338 (4 Cir Ct of Appeals, 08 Jan 2003), the Court set out in the following manner: “These interests are not less important, just because the conflict in which Hamdi was detained, is not directed against a state, but against some rebel forces, unrelated to a particular state. We note that “the non-traditional character of the fight that is going on today does not diminish its importance.” *Hamdi II*, 296 F. 3d at 283. The character of the present conflict, too, cannot be considered as the basis for ignoring the opinion of the political authorities. As mentioned, “the political authorities are able to give the greatest appreciation to this global war in the full sense” (*ibidem*) and the lack of struggles in the classical sense of the word, and the pauses between terrorist attacks are not a foundation, for depriving the executive and legislators of the right to take war.”<sup>7</sup>

The responsibility for the emergence of conflicting situations as well as for their ineffective resolution is addressed to states and their leaders. However, we also need to recognize the partial responsibility of the scientists involved in drafting the rules, participate as experts, consult governments, etc. Consideration has to be given to the long terms of elaboration of the rules of international law in comparison with domestic law. The elaboration of the norms of international law, as well as their adoption, is often left behind by the realities of international life. This allows politicians to make use of the vacuum in the legal regulation of international relations and to take inappropriate decisions.

As the case stands, it would be good for scientists to return to the theoretical basis and the legal sources of the current global order, to return to the basic principles, having examining it from critical positions. Referring to the subject under discussion, we bring the following considerations, which will inevitably lead to discussion. We are referring to the fact that the responsibility of the Security Council as one of the main UNO bodies for peace-making throughout the world (Article 24 of the UNO Charter) does not include the “monopoly” in the application of force, but only leads to the emergence of the priority right in the decision adoption on the enforcement

---

6 United States district Court Southern district of New York. Jose Padilla, Donna R. Newman, As Next Petitioners’ Friend of Jose Padilla Reply to Motion To Dismiss Petition For Writ of Habeas Corpus Petitioners, 02 Civ. 4445 (MBM) against George W. Bush Ex officio Commander in Chief of US Armed Forces Donald Rumsfeld Secretary of the Defense John Ashcroft Attorney General U.S. Department of Justice Commander M.A. Marr Consolidated Naval Brig [http://studylib.net/doc/8554245/padilla-\\_reply\\_final\\_71002](http://studylib.net/doc/8554245/padilla-_reply_final_71002) (consulted at 13.12.2017).

7 United States Court of Appeals for the fourth circuit. *Hamdi v. Rumsfeld* 316 F.3d 450 (4th Cir. 2003); 2003 U.S. App. LEXIS 198, 185 A.L.R. Fed. 751 Decided Jan. 8, 2003 No. 02-7338 <http://www.uniset.ca/naty/maternity/316F3d450.htm> (consulted at 13.12.2017).

of the means of constraint and highlights some legal consequences, especially for the purpose of interpreting the field of actions that would impose the prohibition of violence (p.4 Article 2 of the UNO Charter).

In general, we must recognize that monopoly while using force, characterizes states; only states, on the basis of its sovereignty, possess the monopoly over the use of force. UNO, in principle, does not have the monopoly on the use of force because it is not “a world government”. The UNO does not have its own armed forces that could have been used by the UNO Security Council. The Security Council may, but is not obliged, to engage in the event of a breach of peace throughout the world (Articles 34, 36, 40, 41, 42 of the UNO Charter); even if the vast majority of the 15 members of the Security Council vote on the application of the means to guarantee peace, its involvement may be questioned because the Security Council may be blocked by one of the five states which have the right of veto (p.3 Article 27 and p.1 Article 23 of the UNO Charter).

„The Main Responsibility” offers a double priority to Security Council, on the one hand, in report with UNO General Meeting on the other hand, towards the UNO state members.

In relation to the General Assembly, in terms of time and technology, the priority provides that the General Assembly is not entitled to examine a dispute as long as this matter is dealt with by the UNO Security Council (Article 12 of the UNO Charter) and de facto assumes that the General Assembly is not entitled to make provisions, in particular, to adopt the decision on the application of force, it is only entitled to make recommendations (Article 11, 13, 14 of United Nations organization Charter). The right, the recommendations can also refer to the application of force in order to guarantee or restore peace all over the world. This was the case for the “Peace Union” Resolution of October 3, 1950, in connection with the conflict in Korea. Although they did not follow analogous resolutions, it is an essential precedent for the General Assembly to cover the legal void resulting from the blockade and incapacity of the Security Council. In principle, the International Court of Justice upheld the General Assembly’s subordinate powers. Thus, the relative character of the Security Council’s competence according to Article 24 of the UNO Charter is indirectly recognized.

If we are referring to the Security Council’s report to the UNO member states, we find the important reasons for the judiciary appreciation those motives and goals have that forced UNO member states to offer “the primary responsibility for maintaining peace in the world and international security” to the Security Council in accordance with the UNO Charter. Article 24 of the UNO Charter links the mandate of exercising a primary responsibility for maintaining peace in the world with some requirements or objectives, which in most cases is not even considered in international law literature.<sup>8</sup>

---

8 Idem.



- Execution of the task is not subject to appreciation by the Security Council, and is a legal obligation; he cannot escape from achieving this goal (para. 1, 2, Art. 24, para. 2 Art. 51 al UNO).
- Article 24 does not grant to the Security Council unlimited powers, he obliges him to carry out his task of maintaining peace “fast” and “effective”. The focus, of course, is on the “effective”. If the Security Council does nothing, it violates this obligation if it takes insufficient action, or even more, in the event of a situation that necessitates the adoption of measures.
- The Security Council, exercising its task, is itself bound by the purposes and principles of the UNO Charter. In the case that the goals and principles are in a tension state, or even contradict each other, what sometimes takes place, for example on the one hand, the obligation, to stop and prevent the act of genocide, and on the other to respect the sovereignty of the state which commits the genocide act, the Security Council must strive to achieve the goals of the Charter that contradict themselves by virtue of their practical connection, or to strike the balance between the conflicting purposes, as a result of its main function.

Obviously, the Security Council, in the exercise of its functions, as well as the interpretation of the corresponding provisions, in accordance with Article 24 of the Charter of the United Nations, possesses wide powers, with the possibility to act independently. In principle, it cannot be otherwise, if we take into account the complexity of the conflicts set on the agenda. But as many facts, which become known, signal the violation of peace in the world and the more possible the situation for third parties, the greater the Security Council’s possibilities to make decisions are limited.

However, if the Security Council does not fulfill its obligations, which is shown in Article 24 of the UNO Charter, because it cannot reach a common denominator viewing the “effectiveness” measures, in order to maintain the peace in the world, although it is obvious to the observers around the world that force must be applied against the “aggressor” in accordance with Chapter VII of the UNO Charter , then according to the principle of interpretation provided by the same art. 24 of the UNO Charter and there is the branch, about both the UNO General Assembly, as well as the UNO Member States, in order to maintain peace all over the world, regardless of the cause, either that the Security Council is not in a position to act effectively, is blocked as a result of vetoing by one of the permanent members. In this case, the Security Council is not in a position to bear the primary responsibility. If, under such conditions, UNO member states are forced to go under inaction under force-bending, we cannot find ourselves in front of a vacuum in terms of responsibility for peacekeeping, despite the fact that this violation is obvious and perhaps, was established by the Security Council itself at the initial stage on the basis of Article 39 of the UNO Charter. I am sure that the presence of such a regulatory loophole for the conditions of the application of the right of the member states of the UNO to self-defense under Article 51 of the UNO Charter and the mandatory fulfillment

of the primary duty by the Security Council was not intentionally established in the UNO Charter by the UN member states. As an example, the content of Article 24 of the UNO Charter, this provides that the Security Council will not only fulfill its obligations, but will do so «quickly and effectively».

The misunderstanding of principal obligation, as a result of the Security Council self-locking, opens the way for the UNO member states, which obligation is to restore the peace in the world. The states, under Article 24, in such situations, in the absence of formal mandates from the UNO or the Security Council, otherwise in the absence of the UNO mandate, may take measures to restore the peace in the world, by applying the force against the “aggressor”.

In the absence of a political-military rival, such as the Warsaw Treaty, NATO remains the most important global institution capable of ensuring regional and universal security. The beginning of the 21st century and the events of the last decade in the previous century determined NATO to reassess the concept of security. The collective defense remains the main mission of the Alliance, but the risks, dangers and threats facing NATO have changed substantially. The sphere of defining NATO security concept was updated during the conferences of Istanbul Summit from June 2004, outlining the following objectives of the organization: collective defense; application of the principle of the indivisibility of allied security; a multilateral bridge across the Atlantic; countering the threats to the allies’ territory, whatever their source may be. In conclusion, considering that the challenges to global security, NATO opts for the global cooperation as the only efficient response.

The debate upon the order of importance of the vulnerabilities faced by states in the context of ensuring international security is also viable for the European Union. Some vulnerabilities and threats can affect the entire international system, others, are targeted only for the zones and regional levels. It is clear that the strategy clearly defines its main objectives: the fight against terrorism, mass destruction, organized crime, violent conflicts and instability in the neighborhood of the Union - combating external poverty, hunger and endemic diseases; calling for a “good governance circle” in the Mediterranean and eastern borders (from the Middle East to the Caucasus, through the Western Balkans).<sup>9</sup>

### *Conclusion*

The process of consolidation of international security law is closely linked to the very evolution of international relations. It was enough to end the “cold war” that the system of collective security should be challenged in various regions of the world. At the same time, this process must be seen in the search for viable solutions for companies facing security crises, irrespective of their origin. International practice shows that regional crises, which are not directly targeted by armed conflicts, affect not least international security, such as the lack of control over a part of the state

---

9 A Secure Europe in a Better World. European Security Strategy. Bruxelles, 2004.

territory, the lack of control over narcotics trafficking, arms etc. . In the context of new challenges such as massive migration caused by various factors such as regional armed conflicts, climate change, state insecurity caused by authoritarian regimes, lack of a system that would guarantee human rights and fundamental freedoms, torture by authorities the state or the rebel forces, the trafficking of narcotics, weapons, human beings, etc., in front of the international security law, has to give an adequate answer based on universal norms from which any offense must be excluded. However, ensuring the objectives and principles declared by the UN Charter is quite difficult outside close cooperation between states, whether it be regional or international.

The challenges posed at the beginning of the 21st century cannot be regulated only by the efforts made by a state or a group of separate states, including in the context of the antiterrorist struggle, which raises many questions from international organizations concerned with ensuring human rights and freedoms, including intergovernmental organizations and non-governmental organizations.

# EVOLUȚIA ȘI CONSOLIDAREA PRINCIPIULUI RĂSPUNDERII PERSOANELOR FIZICE PENTRU COMITEREA CRIMELOR INTERNAȚIONALE: ASPECTE TEORETICO-PRACTICE

Rodica CIUBOTARU, doctorandă ICJP AȘM

Recenzent: Nicolae OSMOCHESCU, doctor în drept, profesor universitar

## *THE EVOLUTION AND STRENGTHENING OF THE PRINCIPLE OF COLLECTIVE RESPONSIBILITY OF INDIVIDUALS COMMITTING CRIMES: THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS*

*International criminal liability has had a long evolution, given the position of States towards a broad interpretation of the concept of "sovereignty". Recognition of the possibility the international criminal responsibility of the individual was regarded as an attempt at some States' sovereign rights. Equally, this process was inevitably individualization of punishment, which is confirmed by the jurisprudence of international criminal tribunals.*

**Keywords:** *criminal responsibility, individualization of punishment, Criminal Court, law of the Hague, law of Geneva.*

*Răspunderea penală internațională a avut o evoluție lungă, dat fiind poziția statelor față de o interpretare largă a conceptului de „suveranitate”. Recunoașterea posibilității tragerii la răspundere penală internațională a individului era considerată ca o tentativă la unele drepturi suverane ale statelor. În egală măsură, acest proces impunea în mod inevitabil individualizarea pedepsei, fapt confirmat de jurisprudența tribunalelor penale internaționale.*

**Cuvinte-cheie:** *răspundere penală, individualizarea pedepsei, tribunale penale, dreptul de Haga, dreptul de Geneva.*

### *Introducere*

Sistemul combaterii crimelor de război în conceptul cunoscut astăzi a avut o evoluție îndelungată – de la primele precedente judiciare naționale în trecut, elaborarea unor acte normative naționale ce prevedeau răspunderea penală pentru încălcarea legilor și cutumelor de război, introducerea normelor în tratate internaționale, ce prevedeau obligația statelor de a asigura încetarea încălcărilor respective – până la crearea unui sistem mixt bazat pe implementarea la nivel de lege penală națională, care ar sancționa autorii crimelor de război și funcționarea tribunalelor internaționale *ad hoc* și a Curții Penale Internaționale. Conștientizarea naturii juridice a răspunderii penale pentru comiterea crimelor de război depinde în mare măsură de înțelegerea proceselor ce aveau loc în contextul constituirii acesteia, care au și determinat caracteristicile calitative ale proceselor respective. Or, însăși evoluția termenologiei utilizate, începând cu legi și cutume de război, apoi trecând la încălcări

grave, iar astăzi vorbind despre crime de război, ne demonstrează că această cale a fost una lungă și plină de incertitudini.

### ***Primele încercări de codificare a răspunderii penale pentru comiterea crimelor de război***

Unul din primele cazuri cunoscute de tragere la răspundere penală pentru comiterea crimelor de război este procesul ce a avut loc în anul 1474 asupra lui Peter von Hagenbach.<sup>1</sup> Evident că procesul în cauză a avut la bază un anumit suport de ordin juridic, fapt ce ne permite să presupunem că această instituție exista deja într-o formulă sau alta, cel mai probabil în formă cutumiară.

În principiu, faptele comise de Hagenbach sunt greu de calificat ca crime de război în sensul conceptului de astăzi. Totodată, acest caz poate fi privit ca o exprimare începătoare a fenomenului cunoscut astăzi sub denumirea de „prevenirea crimelor de război”.<sup>2</sup>

Un alt caz ce prezintă interes este speța L'Estrange examinat în Anglia în anul 1644. La acea vreme procesul insista, în special, asupra faptului, că învinuirea în instanță se bazează „nu doar pe articole și Ordonanțe speciale ale Parlamentului, dar și pe legile și cutumele generale de război, pe care trebuie să le cunoască fiecare soldat”.<sup>3</sup>

Printre primele încercări de a reglementa la nivel național răspunderea penală pentru încălcarea legilor și cutumelor de război se enumeră decretul privind conducerea forțelor armate, emis de regele Angliei Richard al II-a în 1386.<sup>4</sup> Conform acestui act, erau stabilite limite la desfășurarea operațiunilor militare și sub amenințarea cu moartea erau interzise acte de violență față de femeii și slujitorii de cult, incendierea caselor și devastarea bisericilor. Norme asemănătoare au fost incluse în actele normative ce reglementau comportamentul participanților la operațiuni militare, emise de Ferdinand de Ungaria în 1526, împăratul Maximian în 1570, regele Suediei Gustaf al II-a Adolf în 1622.<sup>5</sup>

Totuși, conștientizarea faptului că anumite acțiuni ale individului, ce constituie încălcări grave ale legilor și cutumelor de război, ar trebui să ducă la răspunderea penală, prevăzute de norme juridice speciale, s-a format în doctrină doar în cea de-a doua jumătate a secolului XIX. Un exemplu expres al reflectării acestor idei în legislația națională este Instrucțiunea pentru forțele terestre ale SUA, pusă în aplicare prin Ordinul Nr 100 al Președintelui SUA A. Lincoln la 24.04.1863.<sup>6</sup> Documentul

1 A se vedea: Gamurari V., Barbăneagră A. Crimele de război. Chișinău: Reclama S.A. 2008. 500 p.

2 Idem.

3 Erardes L. Interactions between International and Municipal Law: a comparative case law study. Ed. by M. Fitzmaurice, C. Flinterman. The Hague: T.M.C. Asser Institut, 1996, p. 454.

4 Грeппи Эдуардо. Личная уголовная ответственность в международном праве: эволюция понятия. В: Международный Журнал Красного Креста. 1999, с. 204.

5 Idem, p. 205.

6 Schindler D., Toman J. The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and other Documents. 3rd ed. Dordrecht Geneva, 1988, p. 5.

în cauză a fost elaborat de profesorul Colegiului Columbian F. Liber și reprezintă o primă încercare nu doar de a codifica legile și cutumele de război la nivel național, dar și de a prezenta o reglementare normativă a răspunderii pentru încălcarea dreptului de război.

Deși actul respectiv era unul intern, el a influențat atât procesul de creare a legislației naționale ale statelor în materie de război, cât și procesul de codificare ulterioară a dreptului conflictelor armate, inclusiv aspecte ce țin de combaterea unor astfel de încălcări.

În pofida unor progrese în acest sens, procesul de codificare a dreptului de război, început cu adoptarea Convenției de la Geneva în 1864, mecanismele de combatere și de prevenire ale încălcărilor legilor și cutumelor de război nu erau reflectate, rămânând în continuare obiect al reglementării naționale sau, în cel mai bun caz, al dezbaterilor științifice.

Între timp, mai mulți juriști, experți în drept internațional, au formulat importanța și necesitatea reglementării acestui subiect de în cadrul dreptului internațional. De exemplu, așa experții cunoscuți în cea de a doua jumătate a sec. XIX, cum sunt – F. Liber, I. Blunchli, D. Fild, G. Muanic, G. Rollen-Jackmen, au venit în 1873 cu inițiativa creării Institutului de drept internațional în scopul atragerii specialiștilor de valoare în domeniul dreptului penal, care ar elabora un concept al dreptului internațional penal, ulterior contribuind și la răspândirea cunoștințelor respective.<sup>7</sup>

În 1880, în Oxford, în cadrul unei sesiuni a Institutului de drept internațional, a fost adoptat Regulamentul privind legile războiului terestru, care a reprezentat o exprimare a ideilor progresive ale timpului asupra evoluției dreptului de război, fără a fi un document obligatoriu din punct de vedere juridic. Regulamentul totuși a influențat suficient procesul de codificare al acestei ramuri de drept internațional, în special al conținutului Convențiilor de la Haga din 1899 și 1907, contribuind inclusiv la revizuirea Convenției de la Geneva din 1864. Art. 84 al regulamentului, pentru prima dată a introdus o prevedere importantă, ce a stat la baza obligațiilor statelor de a participa la elaborarea cadrului normativ la nivel internațional, necesar pentru combaterea și sancționarea persoanelor culpabile de comiterea crimelor internaționale „cei ce au încălcat legile de război sunt supuși sancțiunilor prevăzute de legislația penală”.<sup>8</sup>

Tot în această perioadă apar și primele argumentări științifice privind necesitatea instituirii unui organ judiciar, menit să asigure examinarea cazurilor în raport cu persoanele ce au comis încălcări grave ale legilor și cutumelor de război.

Totuși, primele tentative practice ce vizau instituirea unui sistem internațional de răspundere pentru încălcarea dreptului de război, au fost întreprinse abea după Primul Război Mondial. La 11.11.1918 a fost instituită Comisia aliaților pentru stabi-

7 A se vedea: Gerhard Werle. Principles of International Criminal Law. 2nd edition. T.M.C. Asser Press, 2009. 910 p.

8 A se vedea: Cloșcă I. Suceava I. Drept internațional umanitar. București: Casa de Editură și Presă „Șansa”. 1992. 528 p.

lirea responsabilității pentru comiterea „crimelor de război”. Tratatul de la Versailles din 28.06.1919, prevedea tragerea la răspundere a Kaizerului Wilhelm a II-a, dar și a altor resortisanți germani, învinuiți de comiterea crimelor de război, prin intermediul instituirii unei Curți internaționale, dar și a instanțelor naționale, pentru desfășurarea proceselor asupra persoanelor culpabile de comiterea crimelor de război.

### ***Instituirea primelor tribunalelor penale la nivel internațional și influența lor asupra codificării instituției răspunderii penale internaționale***

Punerea în aplicare a instituției răspunderii pentru comiterea crimelor de război a fost posibilă doar după cel de-al Doilea Război Mondial, odată cu instituirea celor două tribunale militare de la Nürnberg și Tokyo. Așa, jurisdicția tribunalului de la Nürnberg includea trei categorii de crime internaționale: crime contra păcii; crime de război; crime contra umanității.

Atenționăm că jurisdicția personală se răsfrângea și asupra conducătorilor, organizatorilor, instigatorilor și colaboraționiștilor ce au participat la elaborarea sau punerea în aplicare a planurilor generale ce aveau drept scop comiterea unei fapte enumerate.

Procesele de la Nürnberg și Tokyo au avut o importanță majoră pentru evoluția ulterioară a dreptului internațional. Activitatea acestor tribunale a pus începutul instituirii bazei sistemului mixt de prevenire a încălcării legilor și cutumelor de război. Practica acestor două tribunale a demonstrat prezența capacității asigurării tragerii la răspundere penală de către instanțele judiciare internaționale a indivizilor, dar, în egală măsură, a și inițiat un proces de formare și consolidare a principiilor și normelor, în cadrul căruiia statele, dar și organizațiile internaționale, în special Organizația Națiunilor Unite și Comitetul Internațional al Crucii Roșii, au venit cu inițiativa de a le fixa în acte internaționale.<sup>9</sup> Ulterior, principiile introduse în statutele tribunalelor respective, ulterior confirmate în sentințele acestora, au fost recunoscute prin rezoluțiile Adunării Generale a ONU nr. 3 (1) din 13.02.1946 și nr. 95 (1) din 11.12.1946, devenind parte componentă a dreptului internațional cutumiar, altfel spus, preluând caracter de norme *jus cogens*.<sup>10</sup>

Recunoașterea încălcărilor legilor și cutumelor de război în calitate de crime internaționale, în mare parte a determinat direcția de codificare a dreptului internațional umanitar, prin instituirea unui sistem de combatere a încălcărilor, nu doar prin intermediul formulării unor acțiuni ilegale în tratate internaționale, dar și pe calea fixării unor norme, ce prevăd obligația statelor membre de a combate și de a sancționa persoanele ce au comis asemenea fapte prin intermediul mijloacelor dreptului penal național.

O asemenea abordare și-a găsit oglindirea în cele patru Convenții de la Geneva I-IV, adoptate la 12.08.1949, a Protocoloalelor adiționale I și II din 08.06.1977, dar și

9 Грєппи Эдуардо, op. cit., p. 212.

10 Gamurari V., Barbăneagră A., op. cit., p. 113.

în alte tratate internaționale. Un merit deosebit al acestor acorduri internaționale este faptul că pentru prima dată a fost recunoscut oficial principiul jurisdicției universale.

În egală măsură, trebuie să indicăm și un alt document important, care face parte din așa numitul „nucleu” al dreptului internațional umanitar. Este vorba despre Convenția de la Haga din 1954 privind protecția bunurilor culturale în timp de conflict armat, care în art. 28 obligă statele semnatare „se obligă ca, în cadrul sistemului lor de drept penal, să ia toate măsurile necesare pentru ca persoanele, oricare ar fi cetățenia lor, care au încălcat sau au ordonat încălcarea prezentei Convenții, să fie urmărite și supuse unor sancțiuni penale sau disciplinare”. Astfel, pentru prima dată au fost create condițiile pentru criminalizarea la nivel național a faptelor, comise nu doar în raport de victime ale conflictelor, inclusiv a bunurilor acestora, dar și a bunurilor culturale.

Următorul pas în procesul de evoluție a instituției răspunderii pentru încălcarea dreptului internațional umanitar, poate fi considerat adoptarea în 1968 a Convenției privind imprescriptibilitatea crimelor de război și a crimelor contra umanității.

Între timp, la nivel internațional au fost adoptate mai multe tratate, obiectul cărora reflectă respectarea legilor și cutumelor de război. Printre acestea se enumeră:

- ✓ Convenția asupra interzicerii utilizării tehnicilor de modificare a mediului în scopuri militare sau în orice alte scopuri ostile din 01.12.1976;
- ✓ Convenția privind interzicerea sau limitarea folosirii anumitor categorii de arme clasice, care ar putea fi considerate ca producând efecte traumatizante excesive sau ca lovind fără discriminare din 10.10.1980;
- ✓ Convenția privind interzicerea dezvoltării, producerii, stocării și folosirii armelor chimice și distrugerea acestora din 13.01.1993;
- ✓ Convenția privind interzicerea utilizării, stocării, producerii și transferului de mine antipersonal și distrugerea acestora din 18.09.1997.

***Influența asupra codificării instituției răspunderii penale  
internaționale a jurisprudenței tribunalelor penale internaționale  
pentru fosta Iugoslavie și Rwanda***

O nouă etapă, în special din punct de vedere calitativ, în procesul de consolidare a principiului răspunderii pentru încălcarea gravă a legilor și cutumelor de război, poate fi considerat consensul dintre statele-membre ale Consiliului de Securitate al ONU privind instituirea celor două tribunale penale internaționale *ad hoc*, pentru a judeca persoanele culpabile de comiterea crimelor internaționale în timpul conflictelor armate de pe teritoriul fostei Iugoslavii și a Rwandei. Mai mult, statele au acceptat ca aceste tribunale să fie instituite nu în baza unui tratat internațional, ci în baza unor rezoluții ale Consiliului de Securitate al ONU conform prevederilor Capitolului VI al Cartei ONU. Pentru prima dată în istorie comunitatea internațională a reacționat



într-o astfel de formă la două conflicte sângeroase – din fosta Iugoslavie (TPII)<sup>11</sup> și din Rwanda (TPIR).<sup>12</sup>

Specificul acestor două tribunale constă în faptul, că pentru prima dată Consiliul de Securitate, în urma unei interpretări largi a prevederilor Capitolului VII al Cartei ONU, creează instanțe *ad hoc* în scopul tragerii la răspundere a persoanelor ce au comis încălcări grave ale dreptului internațional umanitar într-un conflict armat ce a avut loc pe teritoriul unui singur stat. Referindu-ne la competența tribunalelor, menționăm, că jurisdicția sa se aplică faptelor ce constituie crime de război și crime contra umanității. Deoarece tribunalele erau unice la moment, prezintă interes în ce măsură și cum vor fi aplicate prevederile dreptului internațional umanitar, deoarece, sub incidența tribunalului se afla examinarea unui caz constituit din conflicte internaționale și non-internaționale.

La determinarea jurisdicției TRII, Consiliul de Securitate a luat în considerație evoluția și specificul conflictelor armate contemporane, caracterul cărora s-a schimbat substanțial după cel de-al Doilea Război Mondial. Astfel, jurisdicția tribunalului se răsfrângea asupra faptelor ce constituie crime contra umanității, crime de război și crime de genocid.

Referindu-ne la influența tribunalului asupra procesului de codificare a instituției răspunderii pentru comiterea încălcărilor grave a legilor și cutumelor de război, trebuie să constatăm, că aportul cel mai mare al TRII, este unificarea în mare măsură a cadrului normativ aplicabil conflictelor armate internaționale și non-internaționale, prin reconfirmarea caracterului imperativ a normelor ce constituie așa numitul „nucleu” al dreptului internațional umanitar. Așa, de exemplu, chiar din prima speță examinată, tribunalul afirmă că fiecare soldat și fiecare persoană participantă la conflict, are obligația să respecte normele dreptului internațional umanitar.<sup>13</sup>

Jurisprudența TPIR în egală măsură a influențat codificarea instituției răspunderii în dreptul internațional umanitar. Conform Statutului, tribunalul este abilitat

---

11 Tribunalul internațional pentru urmărirea penală a persoanelor responsabile de comiterea încălcării grave a dreptului internațional umanitar pe teritoriul fostei Iugoslavii din 1991 a fost creat prin Rezoluția № 827 a Consiliului de Securitate al ONU din 25 mai 1993. Statutul său a fost inițial publicat ca Anexă la Raportul Secretarului general conform p. 2 al Rezoluției № 808 (1993) a Consiliului de Securitate. UN Doc. S/25704 (1993) <http://www.un.org/icty/legaldoc-f/index-f.htm> (consultat la 17.10.2017).

12 Tribunalul internațional pentru urmărirea penală a persoanelor responsabile pentru genocid și alte încălcări grave a dreptului internațional umanitar, comise pe teritoriul Rwandei, precum și a cetățenilor Rwandei, responsabili pentru genocid și alte încălcări similare, comise pe teritoriul statelor vecine între 1 ianuarie 1994 și 31 decembrie 1994, a fost creat prin Rezoluția № 955 a Consiliului de Securitate al ONU din 8 noiembrie 1994 [http://69.94.11.53/FRENCH/basicdocs/statute\\_f.html](http://69.94.11.53/FRENCH/basicdocs/statute_f.html) (consultat la 17.10.2017).

13 A se vedea: ICTY. Prosecutor v. Dusko Tadic, Case Nr. IT-94-1. Decision on the Defence Motion on Jurisdiction (Trial Chamber), 10 August 1995, paras. 31 and 36 and Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995, para. 128 <http://www.icty.org/x/cases/tadic/ind/en/tad-2ai951214e.pdf> (consultat la 17.10.2017).

să urmărească persoanele bănuite ca fiind responsabile pentru acte de genocid (art. 2), crime contra umanității (art. 3), precum și încălcări grave a art. 3 comun Convențiilor de la Geneva din 12 august 1949 și a Protocolului adițional II din 8 iunie 1977, referitor la protecția victimelor conflictelor armate non-internaționale (art. 4).

Printre altele, primul paragraf a art. 6 precizează în ce condiții este atribuită răspunderea penală individuală. El stipulează în acest sens persoanele ce au „planificat, instigat, ordonat, comis sau au acordat ajutor într-o altă manieră sau au încurajat planificarea, pregătirea sau executarea” unei crime ce face parte din una din cele trei categorii definite în art. 2-4 din Statut, pot fi atrase la răspundere penală individuală. Art. 6 par. 2 din Statut prevede urmărirea penală indiferent de faptul dacă persoana în cauză beneficiază de imunitate acordată înalților funcționari și șefilor de state, în timp ce par. 3 a art. 6 confirmă responsabilitatea superiorului în raport cu actele comise de subaltern, în caz că superiorul cunoștea sau trebuia să cunoască că subalternul intenționa să comită acest act și n-a luat măsurile necesare pentru a împiedica ca actul numit să fie comis sau să pedepsească autorul.<sup>14</sup>

Deși limitate în materie de jurisdicție, ca instanțe *ad hoc*, cele două tribunale de la Haga și Arusha continuă, într-o anumită perspectivă să dezvolte preocuparea comunității internaționale pentru urmărirea și pedepsirea criminalilor de război, chiar dacă sunt supuse unor analize destul de critice. Or, semnificativ în sensul evolutiv al noțiunii de crimă de război, este faptul că acestea extind sfera lor de aplicare în tot sau în parte și asupra conflictelor armate non-internaționale. Încălcările de drept internațional umanitar comise în cadrul conflictelor armate non-internaționale și anume cele prevăzute de art. 3 comun celor 4 Convenții de la Geneva din 1949, sunt considerate ca crime de război.

Activitatea celor două tribunale au influențat evoluția legislației penale internaționale a mai multor state, dar și consolidarea dreptului internațional cutumiar.<sup>15</sup> Procesele judiciare ce au avut loc în mai multe state nu doar că au permis acumularea unei practici pentru instanțele naționale în urmărirea crimelor de război și contra umanității în baza principiului jurisdicției universale, dar au și stimulat dezvoltarea legislației naționale prin intermediul criminalizării încălcărilor grave ale dreptului internațional umanitar comise în cadrul conflictelor armate non-internaționale și aplicării față de ele a principiilor jurisdicției universale.<sup>16</sup>

Iată doar un exemplu. În aprilie 1997, un tribunal militar elvețian s-a ciocnit pentru prima dată cu un caz referitor la crimele de război. Cazul implica un sârb bosniac acuzat că a atentat la integritatea psihică, precum și la demnitatea prizonierilor și a civililor internați în lagărele din Omarska și Keraterm. Tribunalul s-a pronunțat definitiv în favoarea unei achitări, din motivul caracterului slab al probelor. Două elemente trebuie să fie relevante. În primul rând, actul de acuzare se referă explicit (dar nu implicit) la

14 Gamurari V., Barbăneagră A., op. cit., p. 190-191.

15 A se vedea: Хенкертс Жан-Мари и Луиза Досвальд-Бек. Обычное международное гуманитарное право. Нормы. МККК, 2006. 818 стр.

16 Gamurari V., Barbăneagră A., op. cit., p. 236-263.

Protocolul II adițional și la art. 3 comun Convențiilor de la Geneva, în timp ce faptele au fost comise în afara teritoriului Confederației și fără a implica cetățeni elvețieni. În al doilea rând, tribunalul estimează în hotărâre că conflictul din fosta Iugoslavie trebuia privit din punct de vedere global, fiind calificat ca un conflict internațional. Tribunalul lasă, în egală măsură, să se înțeleagă că o calificare diferită a conflictului nu va avea efecte determinante asupra competenței sale, în baza art. 108 și 109 a Codului penal militar.<sup>17</sup>

***Efectele instituirii Curții Penale Internaționale în raport  
cu instituția răspunderii în dreptul internațional umanitar***

Totuși, punctul culminant în această tendință de dezvoltare a dreptului internațional și național s-a regăsit în Statutul Curții Penale Internaționale, adoptat în cadrul conferinței diplomatice a ONU de la Roma din 17.07.1998.<sup>18</sup>

Contractul social global fondat pe caracterul specific al dreptului de a pedepsi, pare a fi singurul răspuns posibil în contrastul dintre teoria suveranității și a contrapunctului său anarșist. Deoarece acesta nu explică etapele tranzitorii de trecere de la un stat natural la statul de drept, Hobbes susține postulatul, conform căruia, o entitate suverană fie există și se impune absolut, fie ea se reduce la statul natural, altfel spus, revine la una din formele inferioare – feudale, religioase, de clan. Adepții unei redefiniri a formei etice printr-un control al acesteia, vizează construirea a ceva ce s-ar situa între cele două forme indicate. Curtea Penală Internațională aduce un răspuns nuanțat acestei abordări, acesta fiind compatibil cu conceptul actual al suveranității, care constituie o novație fără precedent în construcția instituțională a procesului de mondializare, dar care nu se expune asupra limitelor sale.<sup>19</sup>

Vizând „cei mai responsabili” de crimele comise, Curtea izolează astfel, cel mai rău „actor” ce încarnează suveranitatea. Curtea înlocuiește temporar și într-o măsură foarte limitată capacitatea entității respective în executarea unor obligații esențiale (de a judeca și de a repara). Repreluând doctrina celor două corpuri, ea se impune reprezentantului suveranității, pentru a împiedica punerea în aplicare a unei sprastructuri, care, la rândul său, ar duce la dispariția contractului social. Fiind convins că obligațiile de a judeca și de a repara, ce decurg din dreptul natural, fundamentează legitimitatea suveranului, neexecutarea lor poate fi considerată ca o crimă comisă de acesta împotriva propriului popor: substituția este, cel puțin în principiu, legitimată și servește alternativă valabilă dezautorizării violente. Sistemul de la Roma stabilește astfel, mecanisme vizând să compenseze această absență fără a anihila structura etatică, prin depășirea imunității de jurisdicție care este atribuită în mod natural suveranilor.<sup>20</sup>

---

17 Idem.

18 Statutul Curții Penale Internaționale de la Roma (1998) <https://www.legal-tools.org/doc/759f54/pdf/> (consultat la 17.10.2017).

19 Juan Branco. De l'affaire Katanga au contrat social global. Un regard sur la Cour pénale internationale. Institut Universitaire Varenne, Collection des Thèses. L.G.D.J. 2015, p. 365.

20 Idem, p. 368.

Atunci când ea se bazează pe un contract social între suverani, Curtea nu garantează supravegherea contractelor sociale naționale și *in fine*, de ordinul existent la fel de mult depinde viața populațiilor. Altfel spus, el aduce un răspuns judiciar unei probleme anterior tratată politic, prin raportul de forță. Ea propune o alternativă la răsturnare nelegitimă și violentă, alternativă care conservă cele două corpuri, unul în continuitatea sa, altul în integritatea sa fizică: o logică de cesionare temporară și limitată, care însoțește cazul aplicabil unei răsturnări legitime. Securitatea fundamentală a indivizilor, care constituie sursa contractului social la care ei au decis să se alăture, este protejat de instituție. Sistemul politic este privit ca continuitatea sa asigurată. Suveranul el însuși sau mai curând reprezentantul suveranității, garantează permanența puterii care îl întruchiează, deși poate fi decăzut, dar și integritatea vieții sale.<sup>21</sup>

Dat fiind faptul că el devine parte a noului contract social (global) actorul suveran, șeful statului, renunță, aderând la Sistemul de la Roma la dreptul său de a pedepsi în calitate de instanță superioară, Curtea, care la rândul său va pune în aplicare un sistem complementar, autorizează suveranul să exercite prin delegarea puterii sale, dar cu posibilitatea în orice moment poate să-i retragă această autorizație. Anume la acest titlu pare a fi importantă noțiunea de *subsidiaritate*, afirmată în articolul 1 al Statutului de la Roma, astfel Curtea intervine doar în ultimul recurs, după ce statul și-a demonstrat incapacitatea sau lipsa intenției să trateze crimele comise de actorul suveranității. Aceasta permite rezolvarea eventualelor contradicții ce reflectă principiul suveranității la nivel fundamental, atribuind Curții rolul unui actor al ultimului recurs.<sup>22</sup> Importanța limitării Statutului de la Roma doar la crimele de război, crimele contra umanității și crimele de genocid, contribuie la rândul lor, cel puțin, la această primă fază, la legitimarea Curții și a prerogativelor sale și să reducă riscurile de subiectivitate sau de intervenționism exagerat.<sup>23</sup> În mod special nu am menționat și crima de agresiune, care în egală măsură este prevăzută de Statutul de la Roma, dat fiind că la moment mecanismul acesteia nu poate fi pus în aplicare.

### *Încheiere*

Concluzionând cele expuse, putem constata, că consolidarea principiului răspunderii individuale pentru încălcările grave ale dreptului internațional umanitar a parcurs o cale lungă de dezvoltare. Conceptul actual al răspunderii pentru comiterea crimelor internaționale se bazează atât pe normele de drept internațional, cât și pe normele penale naționale, racordate la cele internaționale, ce asigură tragerea la răspunderea penală pentru asemenea fapte la nivel național.

Un rol deosebit la evoluția și consolidarea sistemului în cauză îl are dreptul internațional cutumiar, legislația internă a statelor, practica judiciară stabilită de

21 Idem, p. 369.

22 A se vedea: Gamurari V., Osmochescu N. Suveranitatea și dreptul internațional: probleme teoretice și practice actuale. Chișinău: CEP USM. 2007. 258 p.

23 Juan Branco, op. cit., p. 370.

tribunalele penale pentru fosta Iugoslavie și Rwanda și, evident a Curții Penale Internaționale, în special în ceea ce ține de evoluția răspunderii pentru comiterea crimelor internaționale în cadrul conflictelor armate non-internaționale.

Astfel, putem constata că principiul răspunderii pentru comiterea crimelor de război, crimelor contra umanității și a crimelor de genocid a devenit o normă imperativă în dreptul internațional, lăsând o amprentă puternică în procesul de codificare a dreptului răspunderii internaționale, a dreptului internațional umanitar și a dreptului internațional penal.

Evident că dreptul internațional trebuie să evolueze și să se adapteze cerințelor sociale, atunci când el este aplicabil evenimentelor vieții reale. În principiu, aceasta este calea tradițională de dezvoltare a dreptului cutumiar. Totodată, este de dorit ca noile teorii privind răspunderea pentru comiterea crimelor de război, crimelor contra umanității și a crimelor de genocid, să fie bine argumentate și să nu aibă, în general, un caracter revanșist.

# OPERATORUL DATELOR CU CARACTER PERSONAL — SUBIECTUL INFRAȚIUNII

**Sergiu BOZIANU**, doctorand ULIM

Recenzent: Vitalie BUDECI, doctor în drept, conferențiar universitar

## **THE OPERATOR OF PERSONAL DATA AS SUBJECT OF A CRIME**

*This writing aimed to explain the notion of personal data operator based on the material legal framework – the Personal Data Protection Act. In this context, it was concretized when the personal data operator can be an individual and when he/she is to be qualified as a legal person, including those that concern the public or private domain. It presented the legislative evolution of this notion as well as the etymology of this concept at European level. Furthermore, legislative shortcomings have been exposed which give rise to some confusion as to the application of this notion in the light of the Law on Registers. The issues developed in this article were to prove that the operator of personal data is subject to the offense provided in art. 177 Criminal Procedure Code, and the provisions of the Law on the protection of personal data are the material norms for which the non-compliance may come under the liability provided by the criminal law. When the opinions and visions expressed in this article were substantiated, it was also taken into account the practical work of Mr. Sergiu Bozianu at the National Center for Personal Data Protection in the context of the interaction with the Prosecutor's Office.*

**Keywords:** Personal data, subject of crime, the right to privacy, controller, processor

*Prezenta lucrare a avut drept scop de a tălmăci noțiunea de operator de date cu caracter personal avînd la bază cadrul juridic material – Legea privind protecția datelor cu caracter personal. În context, a fost concretizat cînd operatorul de date cu caracter personal poate fi persoană fizică și cînd acesta urmează a fi calificat ca persoană juridică, inclusiv aspectele ce vizează domeniul public sau privat. A fost prezentată evoluția legislativă a acestei noțiuni precum și etimologia acestui concept la nivel european. Mai mult, au fost expuse carențele legislative care generează anumite confuzii din punct de vedere al aplicării acestei noțiuni din perspectiva Legii cu privire la registre. Aspectele dezvoltate în acest articol au avut sarcina de a demonstra că operatorul datelor cu caracter personal este subiectul infracțiunii prevăzute la art. 177 Cod penal, iar prevederile Legii privind protecția datelor cu caracter personal reprezintă normele materiale pentru a cărei nerespectare poate surveni răspunderea prevăzută de legea penală. La fundamentarea opiniilor și viziunilor exprimate în acest articol, s-a ținut cont și de activitatea practică a dl. Sergiu Bozianu în cadrul Centrului Național pentru Protecția Datelor cu Caracter Personal în contextul interacțiunii cu organele procuraturii.*

**Cuvinte cheie:** Date personale, date cu caracter personal, subiect al infracțiunii, inviolabilitatea vieții personale, viață privată, operator de date cu caracter personal, persoană împuternicită de către operator, deținător de date cu caracter personal, art. 177 Cod penal.

Noțiunea de operator de date cu caracter personal la prima vedere pare a fi specifică domeniului de operare a unor dispozitive mecanizate, cu ajutorul cărora se ajunge la atingerea unui scop urmărit de operator. Pe cât de tehnic s-ar părea această noțiune pe atât de neveridică este această pistă de percepere a acestei noțiuni.

Operatorul este entitatea cheie în domeniul protecției datelor cu caracter personal în jurul căruia au fost prestabilite anumite limite și responsabilități în legătură cu necesitatea respectării dreptului la viața intimă, familială și privată.

Pentru a desluși legătura dintre normele materiale din domeniul protecției datelor cu caracter personal și subiectul infrațiunii, este necesar de a înțelege cine se face responsabil de respectarea condițiilor de conformitate și securitate la prelucrarea datelor cu caracter personal, de respectarea drepturilor subiecților de date precum și de suportarea răspunderii în caz de încălcare.

Subiectul infrațiunii care atentează la dreptul la viața privată în legătură cu prelucrarea datelor cu caracter personal a fost definit de Convenția nr. 108 ca fiind „administratorul fișierului”. Definiția stabilită la art. 3 din această Convenție stabilește că administratorul fișierului este persoana fizică sau juridică, autoritatea publică, organizația sau oricare alt organ competent, conform legislației naționale, pentru a decide finalitatea fișierului prelucrat, tipuri de date cu caracter personal care trebuie înregistrate și operațiunile cărora pot fi supuse<sup>1</sup>. Autorii acestui act internațional au fundamentat noțiunea prin câteva elemente specifice precum: orice persoană, care decide asupra tipurilor de date, a operațiunilor ce pot fi efectuate precum și asupra finalității acestor prelucrări. În mare parte textul Convenției nu a stabilit un rol major acestei noțiuni, consemnând doar la art. 8 că orice persoană trebuie să dispună de posibilitatea de a cunoaște identitatea și reședința permanentă sau sediul principal al administratorului fișierului.

În continuare, noțiunea de „administrator al fișierului” a fost dezvoltată în Directiva 95/46/CE a cărei esență a fost preluată din Convenția 108. Astfel, „administratorul de fișier” a fost definit ca „operator” care înseamnă persoana fizică sau juridică, autoritatea publică, agenția sau orice alt organism care, singur sau împreună cu altele, stabilește scopurile și mijloacele de prelucrare a datelor cu caracter personal. Înțelegem că calitatea de operator este specifică oricărei persoane fizice sau juridice care singură sau împreună cu altele, stabilește scopul și mijloacele de prelucrare a datelor cu caracter personal. Analizând textul Directivei 95/46/CE, constatăm că operatorul de date este actorul principal, în sarcina căruia a fost pusă conformitatea și securitatea prelucrării datelor cu caracter personal. Definiția prevăzută de Directiva 95/46/CE spre diferență de cea consemnată în Convenția 108, a fost completată cu mai multe elemente specifice precum: controlul multiplu și obligația ca operatorul să stabilească scopul și mijloacele prelucrării<sup>2</sup>.

---

1 Convenția privind protecția persoanelor cu privire la procesarea automată a datelor personale, CETS No.: 108, Strasbourg, 28.01.1981;

2 Directiva 95/46/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 24 octombrie 1995 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date;

În legislația națională, pentru prima dată această noțiune a fost expusă la art. 4 din Legea cu privire la protecția datelor cu caracter personal, ca *deținător al datelor cu caracter personal* care putea fi orice persoană juridică sau fizică care organizează și efectuează prelucrarea datelor cu caracter personal, precum și care determină scopurile, esența și mijloacele de prelucrare a acestora<sup>3</sup>. Așadar legiuitorul național a individualizat acest calificativ juridic prin faptul că persoana fizică sau juridică să organizeze și să efectueze prelucrarea datelor cu caracter personal, inclusiv să determine scopul, mijloacele și esența acestei prelucrări. Definiția denotă o diferență consistentă față de noțiunea stabilită de Directiva 95/46/CE, fapt care a dus la modificarea acesteia odată cu adoptarea noii Legi privind protecția datelor cu caracter personal. Astfel, art. 3 al acestei legi a stabilit că operator înseamnă orice persoană fizică sau persoană juridică de drept public sau de drept privat, inclusiv autoritatea publică, orice altă instituție ori organizație care, în mod individual sau împreună cu altele, stabilește scopurile și mijloacele de prelucrare a datelor cu caracter personal prevăzute în mod expres de legislația în vigoare<sup>4</sup>. Astfel, constatăm aparent că în această definiție legiuitorul a redus numărul de caracteristici ale acestui element, fiind menționat că operatorul este orice persoană care stabilește scopul și mijloacele prelucrării datelor cu caracter personal.

Pentru a stabili corespunderea acestei norme din anul 2011 la normele de drept european existente la moment, de reținut că art. 4 din Regulamentul 679/2016 stabilește că operator înseamnă persoana fizică sau juridică, autoritatea publică, agenția sau alt organism care, singur sau împreună cu altele, stabilește scopurile și mijloacele de prelucrare a datelor cu caracter personal<sup>5</sup>.

În opinia autorilor, după cum decurge din normele invocate, definiția operatorului de date cu caracter personal a fost modificată de-a lungul anilor, ținând cont de evoluția tehnologiei informaționale precum și de modificarea raporturilor juridice. Astfel, pornind de la Convenția 108 care releva situația din acea perioadă de timp, care a fost concepută în special pentru reglementarea sistemelor informaționale automatizate, însă, în următorii ani, domeniul de reglementare a protecției datelor cu caracter personal a fost racordat nu doar la prelucrarea automatizată a datelor dar și la cea manuală, or, sistemele de evidență care pot aduce atingere vieții private sunt ținute atât în format electronic cât și cel manual.

Pentru a înțelege la propriu noțiunea de „operator de date cu caracter personal”, avînd în vedere limbajul specific expus în textul acestor norme, urmează să stabilim elementele constitutive ale acesteia. Așadar, conceptul de operator de date cu caracter personal cuprinde trei elemente esențiale: 1. aspectul privind persoana – fizică sau

3 Legea nr. 17 din 15.02.2007 cu privire la protecția datelor cu caracter personal.

4 Legea nr. 133 din 08.07.2011 privind protecția datelor cu caracter personal;

5 Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor).



juridică, de drept public sau privat, orice altă instituție sau organizație; 2. aspectul de control – operatorul poate fi de unul singur sau împreună cu alții (multi-operator); 3. elementele specifice ce îl deosebesc de alții – stabilește scopul și mijloacele<sup>6</sup>.

Primul element esențial stabilește că operator al datelor cu caracter personal poate fi atât persoana fizică cât și cea juridică, astfel se impune întrebarea, aceste două forme pot exista concomitent față de aceeași prelucrare de date cu caracter personal sau separat ?

Putem deduce că din norma citată calitatea de operator poate fi deținută de orice persoană fizică indiferent de vîrstă, apartenență socială, sex, culoare sau orice alt calificativ. Astfel, legiuitorul nu impune nici o restricție în acest sens, operînd cu o terminologie generală. În mod practic acest fapt ar prezuma că fiecare din noi într-o anumită situație poate fi calificat ca operator de date cu caracter personal. În esență, această abordare își are rostul, or, de regulă, în calitate de subiect al infracțiunii participă în special persoana fizică, de una singură sau de comun cu alții. În calitate de persoană fizică operator al datelor cu caracter personal poate fi orice persoană fizică, inclusiv persoanele care exercită profesii liberale precum: avocatul<sup>7</sup>, executorul judecătoresc<sup>8</sup>, administratorii de insolabilitate<sup>9</sup>, mediatorul<sup>10</sup>, notarul<sup>11</sup>.

În ceea ce ține de persona juridică, din norma citată rezultă că sub acest calificativ poate nimeri orice formă de organizare cum ar fi în cazul activității de antreprenor - întreprindere individuală, societate în nume colectiv, societate în comandită, societate pe acțiuni, societate cu răspundere limitată, cooperativă de producție, cooperativă de întreprinzător, întreprindere dearendă, întreprindere de stat și întreprindere municipală<sup>12</sup>, partidele politice<sup>13</sup>, asociațiile obștești<sup>14</sup>, sindicatele<sup>15</sup>, patronatele<sup>16</sup>, cultele religioase<sup>17</sup>, asociațiile de locatari<sup>18</sup>, ministerele și autoritățile publice din subordine<sup>19</sup>, autoritățile publice locale<sup>20</sup>, autoritățile publice autonome, aparatul administrativ al parlamentului etc.

---

6 Avizul Grupului de lucru 29 nr. 1/2010 privind conceptele de „operator” și „persoană împuternicită de către operator”

7 Legea nr. 1260 din 19.07.2002 cu privire la avocatură, art. 30 alin. 2;

8 Legea nr. 113 din 17.06.2010 privind executorii judecătorești, art. 2 alin. (1);

9 Legea nr. 161 din 18.07.2014 cu privire la administratorii de insolabilitate, art. 2 alin. (1);

10 Legea nr. 137 din 03.07.2015 cu privire la mediere, art. 15 alin. (1);

11 Legea nr. 69 din 14.04.2016 cu privire la organizarea activității de notariat, art. 32 alin. (1);

12 Legea nr. 845 din 03.01.1992 cu privire la antreprenoriat și întreprinderi, art. 13 pct. 1;

13 Legea nr. 294 din 21.12.2007 privind partidele politice, art. 1;

14 Legea nr. 837 din 17.05.1996 cu privire la asociațiile obștești, art. 1 alin. (3);

15 Legea sindicatelor nr. 1129 din 07.07.2000, art. 10 alin. (1);

16 Legea patronatelor nr. 976 din 11.05.2000, art. 17 alin. (1);

17 Legea nr. 125 din 11.05.2007 cu privire la cultele religioase și părțile lor componente, art. 17 alin. (1);

18 Legea condominiului în fondul locativ nr. 913 din 30.03.2000, art. 17 alin. (2);

19 Legea nr. 98 din 04.05.2012 privind administrația publică centrală de specialitate, art. 23 alin. (1);

20 Legea nr. 436 din 28.12.2006 privind administrația publică locală, art. 4;

În această ordine de idei rezultă că calificativul de operator de date cu caracter personal este atribuit oricărei forme de organizare juridică fie că în aceste raporturi aceasta se reprezintă în calitate de persoană fizică (cazul profesiilor liberale) sau persoană juridică (celelalte forme de organizare juridică enunțate supra).

Al doilea aspect al operatorului de date care îl caracterizează este controlul de unul singur sau împreună cu alții asupra prelucrării datelor cu caracter personal. Așa cum a fost enunțate în actele legislative, operatorul este cel care deține controlul asupra unei anumite prelucrări de date fie de unul singur sau împreună cu alții. Așadar, în situația obișnuită operatorul deține de unul singur controlul asupra unei prelucrări de date cu caracter personal, totodată în situația în care o persoană juridică deține în teritoriu reprezentanțe sau au forma de organizare de „grup” atunci ar trebuie considerați toți acești actori în calitate de operatori de date cu caracter personal distincți, reieșind din faptul că fiecare dintre acești participați răspund de latura lor de prelucrare a datelor cu caracter personal și dețin personalitate juridică separată.

Al treilea element specific ce îl deosebește de alții este că acesta stabilește scopul și mijloacele prelucrărilor de date cu caracter personal.

Existența unui operator este în primul rând consecința faptului că o entitate a decis să prelucreze datele cu caracter personal în propriile scopuri. Într-adevăr, un simplu criteriu formal nu ar fi suficient, cel puțin din două motive: în unele cazuri, ar lipsi pur și simplu numirea oficială a unui operator – de exemplu, prin lege, într-un contract sau într-o notificare trimisă autorității de protecție a datelor, în alte cazuri, este posibil ca numirea oficială să nu reflecte realitatea, atribuind în mod oficial funcția de operator unui organism care nu este în măsură să „stabilească”<sup>21</sup>. Așa cum desprindem din această opinie, calitatea de operator de date cu caracter personal nu tot timpul decurge expres din norma legală, sau din contract, care, în multe situații poate stabili formal entitatea care este responsabilă de prelucrarea datelor cu caracter personal. Astfel, dacă e să tratăm stricto sensu aceste două elemente specifice „cine stabilește scopul și mijloacele” s-ar primi că în cazul adoptării de către parlament a legilor privind instituirea unor registre, baze de date, sau unor operațiuni de prelucrare a datelor cu caracter personal sub forma emiterii actului legislativ, reiese că unicul operator de date cu caracter personal este Parlamentul Republicii Moldova ? Cu certitudine această ipoteză este o interpretare eronată a acestor principii, or, noțiunea de operator de date cu caracter personal care stabilește scopul și mijloacele urmează a fi apreciată tocmai din considerentul controlului efectiv – dacă s-ar putea, prin analogie, de a împrumuta această expresie din domeniul financiar bancar care este definită la art. 3 din Legea cu privire la prevenirea spălării banilor și finanțării terorismului, ca persoană ce deține sau controlează în ultimă instanță [...] prelucrarea de date cu caracter personal.

Urmează a fi menționa că în opinia autorilor, se conturează 2 forme principale de organizare a operatorilor de date cu caracter personal:

---

21 Avizul Grupului de lucru 29 nr. 1/2010 privind conceptele de „operator” și „persoană împuternicită de către operator”;

1. Operatorii de date cu caracter personal care dețin și gestionează sisteme de evidență în vederea satisfacerii necesităților proprii de gestionare și prelucrare a datelor cu caracter personal în virtutea existenței unor obligații legale;

2. Operatorii care accesează/colectează alte resurse informaționale pentru a-și satisface propriile necesități administrative.

Aparent mai multe răspunsuri la această formă de organizare a operatorilor de date cu caracter personal am putea să o desprindem din prevederile Legii cu privire la registre. Astfel, prevederile art. 9 din această lege stabilește mai multe tipuri de organizare și responsabilitate față de registrele informaționale, cum ar fi: *proprietarul registrului* – în cazul persoanelor publice proprietar este statul, iar în cazul proprietarilor de drept privat poate fi orice persoană fizică sau juridică; *posesorul registrului* – poate fi doar autoritatea publică, care are obligația să asigure condițiile juridice, organizatorice și financiare pentru crearea și ținerea registrului, să asigure securitatea și protecția datelor etc. și care este în drept să delege în tot sau în parte anumite sarcini în adresa deținătorului sau registratorului registrului; *deținătorul registrului de stat* - pot fi centrele informaționale cărora posesorii registrelor de stat le-au delegat atribuțiile corespunzătoare; *registratorul și subregistratorul* – registrator poate fi persoana fizică sau juridică căreia posesorii registrelor de stat i-au delegat atribuțiile respective<sup>22</sup>.

În opinia noastră aceste norme de drept deși par să reglementeze și să responsabilizeze operatorul de date, în mod practic acestea aduc mai multă confuzie și lipsă de compatibilitate cu normele din domeniul protecției datelor cu caracter personal. Aceste raționamente se întemeiază pe faptul că nu este clar cum să coroborezi noțiunea de proprietar, posesor și deținător în raport cu noțiunea de operator de date cu caracter personal ? În mod practic, în cazul în care informația din RSP s-ar face publică sau s-ar oferi acces nerestricționat, cine ar trebui să poartă răspundere în calitate de subiect al infracțiunii pentru aceste acțiuni sau inacțiuni ? Legea privind protecția datelor cu caracter personal spune că responsabil de încălcarea regimului de confidențialitate se face operatorul de date cu caracter personal. Totodată, pct. 13 din Hotărîrea Guvernului nr. 333 din 18.03.2002<sup>23</sup>, stabilește că posesorul RSP este Ministerul Tehnologiei Informației și Comunicațiilor, care potrivit art. 11 din Legea cu privire la Registre are obligația de a asigura condițiile juridice, organizatorice, să asigure confidențialitatea și integritatea datelor, însă deținător al Registrului este IP „Agenția Servicii Publice” care gestionează și asigură realizarea tuturor acestor cerințe, inclusiv sub aspect de reglementare. Astfel, presupunem că responsabil pentru comiterea unui eventual incident de securitate s-ar face Ministerul Economiei și Infrastructurii succesor de drepturi și de obligații al Ministerului Tehnologiei Informației și Comunicațiilor?.

22 Legea nr. 71 din 22.03.2007 cu privire la registre, art. 10-13;

23 Hotărîrea Guvernului nr. 333 din 18.03.2002 pentru aprobarea Concepției sistemului informațional automatizat „Registrul de stat al populației” și Regulamentului cu privire la Registrul de stat al populației.

În soluționarea acestor reglementări contradictorii, servesc raționamentele expuse în Avizul Grupului de lucru 29 nr. 1/2010 potrivit căruia, se relevă că pilonul 3 cuprinde elementele esențiale de diferențiere a operatorului de alți actori, în timp ce al doilea pilon analizează posibilitatea „controlului multiplu”<sup>24</sup>.

Astfel, Avizul relatează că deși capacitatea de a „stabili” ar putea reieși dintr-o atribuție specifică conferită prin lege, aceasta decurge de obicei din analiza elementelor sau a circumstanțelor faptice ale cazului, fiind necesar a fi analizate operațiunile de prelucrare în cauză și să înțelegem cine le determină. Această abordare este de asemenea susținută de considerentul că Directiva 95/46/CE prevede ca operatorul să fie cel care „stabilește” și nu cel care „stabilește în mod legal” scopul și mijloacele. O ultimă caracteristică a conceptului de operator este autonomia acestuia, în sensul că, deși sursele legale pot ajuta la identificarea operatorului, conceptul ar trebui interpretat în principal în conformitate cu legislația privind protecția datelor, conceptul de operator nu ar trebui prejudiciat de conceptele din alte domenii legislative, care uneori sînt opuse sau coincid. Conceptul de operator este un concept funcțional, menit să aloce responsabilitățile acolo unde există influență efectivă, fiind astfel bazat pe o analiză faptică și nu o analiză formală. Totuși, numirea legală oficială ar trebui să fie în conformitate cu normele privind protecția datelor, asigurînd faptul că organismul desemnat deține efectiv controlul asupra operațiunilor de prelucrare sau, cu alte cuvinte, că numirea legală reflectă situația reală.

Așadar, după cum rezultă din raționamentele enunțate supra, subiectul infracțiunii stabilite la art. 177 Cod penal reprezintă operatorul de date cu caracter personal definit și reglementat de prevederile Legii privind protecția datelor cu caracter personal. Lipsa calificării corespunzătoare a infractorului prin prisma normelor materiale evocate, lipsește unul dintre componentele constitutive ale infracțiunii.

---

24 Avizul Grupului de lucru 29 nr. 1/2010 privind conceptele de „operator” și „persoană împuternicită de către operator”, p. 8.

# ПОРЯДОК ОБЖАЛОВАНИЯ РЕШЕНИЙ О ПРИМЕНЕНИИ САНКЦИЙ ЗА НАРУШЕНИЕ НАЛОГОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ КОДЕКСОМ РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА О ПРАВОНАРУШЕНИЯХ

Евгения ИЛЬИНСКАЯ, докторант

Институт Юридических и Политических Исследований Академии Наук Молдовы

Recenzent: Mariana Odainic, doctor în drept, conferențiar universitar

## PROCEDURE FOR APPEALING DECISIONS ON APPLICATION OF SANCTIONS FOR VIOLATION OF TAX LEGISLATION PROVIDED BY THE CODE OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA ON OFFENSES

*The article describes the procedure for applying sanctions for infringement of tax legislation and the procedure for appealing decisions on the application of the above sanctions.*

*The relevance of the topic is due not only to insufficient coverage of this topic in our legal literature, but also to the existence of conflicting rules of law that prevent the uniform application of the law, that is, the Offences Code of the Republic of Moldova.*

**Keywords:** *tax legislation, offense, protocol of offense, fine, complaint about the protocol on the offense, the limitation period for appealing the protocol on the offense, cassation complaint.*

*Articolul descrie procedura de aplicare a sancțiunilor pentru încălcarea legislației fiscale și procedura de contestare a deciziilor privind aplicarea sancțiunilor mai sus menționate.*

*Relevanța subiectului se datorează nu doar reflectării insuficiente a acestui subiect în literatura noastră juridică, ci și existenței unor norme de drept contradictorii care împiedică aplicarea uniformă a legii, adică Codului Republicii Moldova cu privire la contravenții.*

**Cuvinte cheie:** *legislație fiscală, contravenție, proces-verbal de contravenție, amendă, plângerea-contestația procesului verbal privind contravenție, termenul de atacare a procesului verbal privind contravenție, cererea de recurs.*

Санкции за нарушение налогового законодательства, предусмотренные статьями 287, 287<sup>1</sup>, 287<sup>2</sup>, 293<sup>1</sup>, 297, 301, 301<sup>1</sup>, 311 Кодекса Республики Молдова о правонарушениях [КоПРМ], применяют органы, указанные в статьях 402 и 403 этого Кодекса.<sup>1</sup>

Правоприменительным актом, которым констатируется правонарушение и назначается наказание в виде штрафа, является протокол о правонарушении, который должен соответствовать требованиям статей 442 и 443 КоПРМ,

1 Кодекс Республики Молдова о правонарушениях №218 от 24.10.2008 // Monitorul oficial.-2009.-№3-6.

и может быть обжалован в суд первой инстанции в порядке, установленном статьёй 448 КоПРМ.

В соответствии с частью (1) статьи 448 КоПРМ «правонарушитель, потерпевший или их представитель, прокурор, если он участвует в деле о правонарушении, в случае своего несогласия с решением констатирующего субъекта или в случае вынесения решения с нарушением установленных настоящим кодексом процессуальных норм вправе обжаловать вынесенное по делу о правонарушении решение. Срок обжалования решения констатирующего субъекта составляет 15 дней со дня вынесения решения или – для сторон, не присутствовавших на заседании по делу о правонарушении, – со дня вручения копии данного решения в соответствии с частью (8) статьи 447<sup>1</sup>.»<sup>2</sup>

По нашему мнению, срок обжалования решения констатирующего субъекта должен составлять 15 дней, со дня вручения копии протокола о правонарушении, если правонарушитель или потерпевший просили выдать им копию этого протокола.

Срок обжалования протокола и как любого правоприменительного акта должен исчисляться со дня получения копии этого акта.

Согласно части (2) статьи 448 КоПРМ «в случае пропуска предусмотренного частью (1) срока по уважительным причинам, но не позднее 15 дней после начала исполнения наказания или взыскания материального ущерба, лицу, в отношении которого вынесено решение, по его заявлению срок обжалования может быть восстановлен судебной инстанцией, компетентной рассмотреть жалобу.»<sup>3</sup>

По нашему мнению, часть (2) статьи 448 КоПРМ требует существенного изменения. Во-первых, не понятно, что следует понимать под началом исполнения наказания или взыскания материального ущерба.

В соответствии со статьёй 11 Исполнительного кодекса РМ №443-XV от 24.12.2004 года (в редакции Закона РМ №143 от 02.07.2010 года) протокол о правонарушении является исполнительным документом, подлежащим исполнению в принудительном порядке в соответствии с этим кодексом.<sup>4</sup>

Принудительное исполнение начинается с момента вынесения определения судебного исполнителя о возбуждении исполнительного производства по исполнению протокола о правонарушении. Нередко лицо узнает об этом протоколе только от судебного исполнителя.

Во-вторых, начало исполнения незаконного протокола о правонарушении не должно препятствовать его отмене, ибо в противном случае нарушается право на свободный доступ к правосудию, гарантированное статьёй 20 Конституции РМ, а также право на справедливое судебное разбирательство, гарантированное пунктом 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от

2 Там же.

3 Там же.

4 Исполнительный кодекс РМ № 443 от 24.12.2004 // переопубликован: Monitorul oficial.- N 214-220/704 от 05.11.2010.

04.11.1950 года, которая была ратифицирована Постановлением Парламента РМ №1298-XIII от 24.07.1997 года.<sup>5</sup>

Многие законы позволяют отменять исполненные незаконные решения судебных инстанций и внесудебных органов.

Статья 157 Исполнительного кодекса РМ дает право требовать поворот исполнения, под которым понимается право должника требовать, чтобы взыскатель возвратил ему не только полученные взыскателем суммы на основании впоследствии отмененного решения суда, а также возместить расходы по исполнению, взысканные с должника.

В связи с этим, законодатель должен исключить из части (2) статьи 448 КоПРМ слова «но не позднее 15 дней после начала исполнения наказания или взыскания материального ущерба».

Согласно части (3) статьи 448 КоПРМ «лицо, в отношении которого вынесено решение и которое отсутствовало как при рассмотрении дела, так и при вынесении решения и не было извещено о вынесенном решении, может обжаловать решение констатирующего субъекта и за пределами установленного срока, но не позднее 15 дней после начала исполнения наказания за правонарушение или взыскания материального ущерба.»<sup>6</sup>

По нашему мнению, из части (3) статьи 448 КоПРМ следует исключить слова: «но не позднее 15 дней после начала исполнения наказания или взыскания материального ущерба».

Лицо, не извещенное о применении к нему наказания, не должно быть лишено права на свободный доступ к правосудию из-за того, что констатирующий субъект нарушил часть (13) статьи 443 КоПРМ, в соответствии с которой «по просьбе лица, в отношении которого возбуждено производство о правонарушении, и потерпевшего им выдается копия протокола. В случае составления протокола в отсутствие правонарушителя копия протокола вручается в порядке, предусмотренном частью (6) статьи 382.»<sup>7</sup>

Частью (4) статьи 448 КоПРМ установлено, что «жалоба на вынесенное по делу о правонарушении решение подается в орган, к которому относится констатирующий субъект, рассмотревший дело. Не позднее трех дней со дня подачи жалобы констатирующий субъект направляет жалобу и материалы дела о правонарушении в компетентную судебную инстанцию.»<sup>8</sup>

---

5 Конституция Республики Молдова от 29.07.1994 // Monitorul oficial.-1994.-№1; Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 04.11.1950 года. <http://european-court.ru/konvenciya-o-zashhite-prav-cheloveka-i-drugie-oficialnye-dokumenty/konvenciya-o-zashhite-prav-cheloveka-i-osnovnyx-svobod/>; Постановление Парламента РМ №1298-XIII от 24.07.1997 // Monitorul oficial.- N 54-55/502 от 21.08.1997.

6 Кодекс Республики Молдова о правонарушениях №218 от 24.10.2008 // Monitorul oficial.-2009.-№3-6.

7 Там же.

8 Там же.

По нашему мнению, статью 448 КоПРМ следует дополнить частью (4<sup>1</sup>), согласно которой в случае отказа констатирующего субъекта принять и зарегистрировать жалобу на протокол о правонарушении жалоба подается в суд.

В соответствии с частью (5) статьи 448 КоПРМ «поданная в соответствии с частью (1) жалоба приостанавливает исполнение наказания за правонарушение, назначенного в протоколе о правонарушении или решением констатирующего субъекта.»<sup>9</sup>

Судебный исполнитель обязан приостановить исполнение протокола о правонарушении, если правонарушитель представит ему копию жалобы на протокол о правонарушении с отметкой о ее регистрации.

Частью (8) статьи 448 КоПРМ предусмотрено, что «лицо, обжалующее решение о назначении наказания за правонарушение, освобождается от уплаты государственной пошлины», что облегчает доступ к правосудию.<sup>10</sup>

Суды первой инстанции рассматривают дела о правонарушениях, в том числе и жалобы на протоколы о правонарушениях, которыми назначены наказания в виде штрафов в порядке, установленном статьями 452-464 КоПРМ.

Определённые виды наказаний за правонарушения (кроме штрафа) применяются только судами первой инстанции на основании протоколов о правонарушениях, составленных констатирующими субъектами, указанными в статьях 402 и 403 КоПРМ.

Согласно пункту с) части (1) статьи 395 КоПРМ судебная инстанция рассматривает: «с) дела о правонарушениях, по которым констатирующий субъект, прокурор предлагают назначить одно из следующих наказаний:

- лишение права осуществлять определенную деятельность;
- лишение права занимать определенную должность;
- лишение специального права;
- неоплачиваемый труд в пользу общества;
- арест за правонарушение.»<sup>11</sup>

Сроки рассмотрения дел о правонарушении установлены частями (1)-(2) статьи 454 КоПРМ.

Судебное заседание по делу о правонарушении согласно части (1) статьи 455 КоПРМ проводится с вызовом сторон в установленном настоящим кодексом порядке.

Частью (2) статьи 455 КоПРМ установлено, что «присутствие констатирующего субъекта или, по обстоятельствам, прокурора, если он участвует в деле о правонарушении, на судебном заседании по делу о правонарушении является обязательным. Отсутствие констатирующего субъекта или, по обстоятельствам, прокурора, вызванных в соответствии с законодательством, без уважительной причины и без заблаговременного уведомления судебной инстанции о не-

---

9 Там же.

10 Там же.

11 Там же.



возможности явки не препятствует рассмотрению дела о правонарушении и служит основанием для наложения судебной инстанцией судебного штрафа в соответствии со статьей 201 Уголовно-процессуального кодекса.»<sup>12</sup>

Часть (2) статьи 456 КоПРМ предусматривает действия судьи при рассмотрении дела о правонарушении. Судебное расследование осуществляется в порядке, установленном статьёй 457 КоПРМ.

После завершения судебного расследования суд объявляет судебные приения.

В части (1) статьи 458 КоПРМ изложены обстоятельства, которые судебная инстанция должна установить при постановлении решения по делу о правонарушении.

При рассмотрении дела о правонарушении суд первой инстанции должен в первую очередь также проверить, не имеются ли основания для прекращения производства о правонарушении, предусмотренные частью (1) статьи 441 КоПРМ, а также-соответствует ли протокол о правонарушении требованиям статьи 443 КоПРМ, так как согласно статье 445 КоПРМ неуказание в протоколе сведений и фактов, предусмотренных статьёй 443 КоПРМ, влечет недействительность протокола о правонарушении.

Статья 19 КоПРМ предусматривает обстоятельства, устраняющие правонарушительный характер деяния.

Легальные определения понятий, устраняющих правонарушительный характер деяний, даны в статьях 21-25 КоПРМ.

В статье 26 КоПРМ предусмотрены случаи освобождения от ответственности за правонарушение при совершении деяния, содержащего признаки состава правонарушения.

Истечение срока давности привлечения к ответственности за правонарушение освобождает правонарушителя от ответственности за правонарушение.

Истечение срока давности привлечения к ответственности за правонарушение и его последствия регулируются статьёй 30 КоПРМ.

Срок давности привлечения к ответственности за налоговое правонарушение, установленный частью (2) статьи 30 КоПРМ, составляет один год.

Решение по делу о правонарушении приобретает окончательный характер, точнее вступает в законную силу в следующих случаях:

- 1) Если решение суда первой инстанции не было обжаловано в установленный статьёй 448 КоПРМ срок.
- 2) Если кассационная жалоба правонарушителя была отклонена определением соответствующей апелляционной палаты.

Частью (7) статьи 30 КоПРМ предусмотрено, что «течение срока давности приостанавливается, если лицо, совершившее правонарушение, уклоняется от производства о правонарушении. В таком случае течение срока давности возобновляется с момента задержания лица или явки его с повинной.»<sup>13</sup>

---

12 Там же.

13 Закон РМ №208 от 17.11.2016 // Monitorul oficial.- № 441-451/879 от 16.12.2016.

По нашему мнению, часть (7) статьи 30 КоПРМ следует отменить, так как уклонение правонарушителя от производства о правонарушении не должно приостанавливать срок давности привлечения к ответственности. Протокол о правонарушении о применении штрафа, не обжалованный нарушителем в срок, исполняется судебным исполнителем. Неявка правонарушителя в суд не препятствует вынесению решения суда. Неточная формулировка части (6) статьи 30 КоПРМ позволяет произвольно толковать её и продлять срок привлечения к административной ответственности.

Данный срок, исходя из общих принципов права, должен быть преклюзивным, или пресекательным сроком, то есть сроком, не подлежащим приостановлению, перерыву, восстановлению.

До вступления в силу Закона РМ №208 от 17.11.2016 года, то есть до 16.03.2017 года, изменившего и дополнившего статью 30 КоПРМ, эта статья не предусматривала приостановления срока давности привлечения к административной ответственности. По нашему мнению, следует изменить и часть (8) статьи 30 КоПРМ, в соответствии с которой «в случае, предусмотренном частью (6), лицо не может быть привлечено к ответственности за правонарушение, если со дня совершения правонарушения прошел один год и в течение этого периода им не было совершено новое правонарушение.»

Совершение лицом, нарушившим налоговое законодательство, иного правонарушения, не должно приостанавливать срок давности привлечения к ответственности за нарушение налогового законодательства.

Основанием для признания протокола о правонарушении недействительным согласно статье 445 КоПРМ является неуказание в протоколе о правонарушении сведений и фактов, предусмотренных статьёй 443 КоПРМ, которая определяет содержание протокола о правонарушении.

Часть (1) статьи 443 КоПРМ в императивной форме требует, чтобы лицу, в отношении которого возбуждено производство о правонарушении, были разъяснены его права и обязанности, предусмотренные статьёй 384 КоПРМ.

В части (2) статьи 384 КоПРМ перечислены основные права лица, в отношении которого возбуждено производство о правонарушении.

Обязанности лица, в отношении которого возбуждено производство о правонарушении установлены частью (4) статьи 384 КоПРМ.

В части (3) статьи 443 КоПРМ предусмотрено, что «если лицо, в отношении которого возбуждено производство о правонарушении, или потерпевший не владеет языком, на котором составлен протокол, ему обеспечивается помощь переводчика, сведения о котором вносятся в протокол.»<sup>14</sup>

Право на переводчика предусмотрено также и статьёй 379 КоПРМ.

В соответствии с частью (2) статьи 379 КоПРМ «лицо, не понимающее государственный язык или не говорящее на нем, имеет право знакомиться со

---

<sup>14</sup> Кодекс Республики Молдова о правонарушениях №218 от 24.10.2008 // Monitorul oficial.-2009.-№3-6.

всеми актами и материалами дела, а также изъясняться с органом, уполномоченным рассматривать дело о правонарушении, через переводчика.»<sup>15</sup>

В соответствии с частью (3) статьи 391 КоПРМ «неисполнение переводчиком своих обязанностей влечет ответственность, предусмотренную законом. В случае заведомо неправильного перевода переводчик несет ответственность в соответствии со статьей 312 Уголовного кодекса.»<sup>16</sup>

Поэтому в протоколе о правонарушении должно быть указано, что свидетель предупрежден об уголовной ответственности.

Часть (6) статьи 382 КоПРМ устанавливает, что «процессуальное действие по вызову в ходе производства о правонарушении осуществляется в соответствии со статьями 237-242 Уголовно-процессуального кодекса.»<sup>17</sup>

По нашему мнению, в целях единообразного применения Парламенту РМ следовало бы утвердить Типовой формуляр протокола о правонарушении в качестве Приложения к Кодексу Республики Молдова о правонарушениях.

В части (1) статьи 458 КоПРМ перечислены обстоятельства, которые при рассмотрении дела о правонарушении, судебная инстанция обязана установить.

Протокол судебного заседания по делу о правонарушении составляется в соответствии со статьей 459 КоПРМ.

Решение суда первой инстанции должно соответствовать требованиям статьи 462 КоПРМ. Решение суда первой инстанции может быть обжаловано в кассационном порядке, установленном статьями 465-474 КоПРМ.

Подать кассационную жалобу на решение суда первой инстанции по делу о правонарушении имеют лица, указанные в статье 467 КоПРМ, то есть правонарушитель, констатирующий субъект прокурор, а право подать жалобу от имени арестованного правонарушителя имеют также другой супруг (супруга).

Согласно части (1) статьи 468 КоПРМ «судебное решение по делу о правонарушении может быть обжаловано в кассационном порядке в 15-дневный срок со дня оглашения судебного решения или – для сторон, не присутствовавших на судебном заседании по делу о правонарушении, – со дня вручения копии судебного решения в соответствии с частью (1) статьи 463.»<sup>18</sup>

По нашему мнению, часть (1) статьи 468 КоПРМ следует изменить, установив, что во всех случаях 15 дневный срок подачи кассационной жалобы исчисляется со дня получения кассатором копии решения суда, поскольку часть (1) статьи 463 КоПРМ обязывает судью в течение 3 дней вручить участнику процесса копию решения суда. Частью (1) статьи 470 КоПРМ предусмотрено, что «кассационная жалоба на судебное решение по делу о правонарушении приостанавливает его исполнение, за исключением наказания в виде ареста за правонарушение.»<sup>19</sup>

---

15 Там же.

16 Там же.

17 Там же.

18 Там же.

19 Там же.

Часть (1) статьи 78 Исполнительного кодекса РМ не предусматривает такого основания приостановления исполнительного производства как подача кассационной жалобы на решение суда по делу о правонарушении.

Однако судебный исполнитель обязан приостановить исполнение в случае подачи кассационной жалобы на основании части (1) статьи 470 КоПРМ и части (3) статьи 6 Закона РМ «О законодательных актах» №780-ХV от 27.12.2001 года, в соответствии с которой «специальный законодательный акт содержит нормы права, применяемые исключительно к некоторым видам общественных отношений или категориям субъектов, строго определенным путем отступления от общего правила. В случае противоречия между нормой общего законодательного акта и нормой специального законодательного акта, имеющих равную юридическую силу, применяется норма специального законодательного акта.»<sup>20</sup>

Кассационная жалоба рассматривается соответствующей апелляционной палатой в составе трёх судей с вызовом сторон в установленном порядке.

Неявка в судебное заседание сторон, вызванных в установленном порядке, не препятствует рассмотрению кассационной жалобы.

Кассационная инстанция обязана высказаться по всем мотивам, приведенным в кассационной жалобе. Содержание определения кассационной инстанции должно соответствовать требованиям части (1) статьи 474 КоПРМ.

Порядок обжалования решений по делам о правонарушениях, вступивших в законную силу в ревизионном порядке, установлен статьями 475-477 КоПРМ.

Глава VII книги второй КоПРМ (статьи 452-464) регулирует рассмотрение дел о правонарушениях судами первой инстанции.

Часть (2) статьи 477 КоПРМ устанавливает, что «в случае необходимости судебная инстанция распоряжается о восстановлении в правах, возвращении уплаченного штрафа и изъятых вещей, а также о возмещении судебных издержек, не подлежащих уплате лицом, в пользу которого осуществлен пересмотр в ревизионном порядке, о включении по заявлению времени исполнения наказания в виде ареста за правонарушение в непрерывный трудовой стаж.»<sup>21</sup>

В случае отмены исполненного решения или определения незаконно осужденное лицо имеет право на поворот исполнения согласно статье 157 Исполнительного кодекса РМ.

Согласно части (3) статьи 477 КоПРМ «решения, вынесенные в ходе производства в ревизионном порядке, кроме вынесенных апелляционными палатами, могут быть обжалованы в кассационном порядке лицами, указанными в статье 467, в 15-дневный срок и рассматриваются в порядке кассационного производства в соответствии с положениями главы VIII книги второй.»<sup>22</sup>

20 Закон РМ «О законодательных актах» №780 от 27.12.2001 // Monitorul oficial.-36-38 от 14.03.2002 года.

21 Кодекс Республики Молдова о правонарушениях №218 от 24.10.2008 // Monitorul oficial.-2009.-№3-6.

22 Там же.

TRIBUNA EXPERTULUI

TRIBUNE OF THE EXPERT



# REABILITAREA PERSOANEI PENTRU ATRAGEREA ILEGALĂ LA RĂSPUNDEREA PENALĂ – OBLIGAȚIA CONSTITUȚIONALĂ A STATULUI

Alexei BARBĂNEAGRĂ, doctor habilitat în drept, profesor universitar

*The draft of the referral addresses a set of elements and principles of constitutional value, among human rights and freedoms, elucidated through international law and international treaties, national legislation, ECHR case law and national judicial practice.*

**Keywords:** *crime, civil litigation, rehabilitation, pension, etc.*

*Proiectul sesizării abordează un ansamblu de elemente și principii cu valoare constituțională, printre care drepturile și libertățile omului, elucidate prin prisma dreptului internațional și a tratatelor internaționale, legislației naționale, jurisprudenței CtEDO și practicii judiciare naționale.*

**Cuvinte cheie:** *infrațiune, litigiu civil, reabilitare, pensie etc.*

**Curtea Constituțională a Republicii Moldova**  
str. Alexandru Lăpușeanu nr. 28,  
Chișinău MD 2004, Republica Moldova

## **SESIZARE**

***privind excepția de neconstituționalitate,  
prezentată în conformitate cu articolul 135 alin. (1) lit. a) și lit. g)  
din Constituție***

### **I. Autorul sesizării.**

1.1 Barbăneagră Alexei, avocat în interesele lui Cojocaru Victor în speța civilă nr.3-165/17, către CNAS, privind includerea în stagiul de cotizare a perioadei 28 februarie 2004 – 16 octombrie 2007.

1.2 Adresa – mun.Chișinău, str. Pîrcalab, 8

1.3 Funcția – avocat

1.4 Tel. 069167014

### **II. Obiectul sesizării.**

Ridicarea excepției de neconstituționalitate a practicii judiciare privind drepturile persoanei de a fi reabilitată pentru prejudiciile cauzate prin erorile săvârșite în procesele penale și civile în coraport cu prevederile art. 53, 20, 26, 54 din Constituția Republicii Moldova.

### **III. Circumstanțele litigiului examinat de către instanța de judecată.**

3.1 În fapt, prin hotărîrea Judecătorei Chișinău, sediul Botanica din 07.09.2017, *s-a decis de a respinge cererea de chemare în judecată a lui Cojocaru Victor împotriva Casei Naționale de Asigurări Sociale și Casei teritoriale de Asigurări Sociale a sectorului Botanica*, intervenient accesoriu Ministerul Finanțelor cu privire la recunoașterea ilegalității refuzului Casei Naționale de Asigurări Sociale nr. C-543 din 05.05.2017 și Casei teritoriale de Asigurări Sociale a sectorului Botanica nr. x-01/09-379 din 07.04.2017 privind recalcularea pensiei cu includerea în stagiul de cotizare a perioadei în care a avut loc durata procesului penal, 28 februarie 2004 – 16 octombrie 2007, începînd cu data de 03 aprilie 2015, ca fiind nefondată.

3.2 Hotărîrea Judecătorei Chișinău, sediul Botanica din 07.09.2017 invocată supra este contestată cu apel și se află spre examinare la Curtea de Apel Chișinău.

#### **Expunerea faptelor relevante privind dosarul penal și cele civile, probe decisive la examinarea speței civile.**

3.3 Începînd cu 18 iulie 2003 și în baza contractului individual de muncă, Cojocaru Victor a deținut funcția de director general al combinatului de panificație din Chișinău „Franzeluța” S.A.- cea mai mare întreprindere de panificație din Moldova, 53,7% din acțiunile ale căreia erau deținute de Stat.

3.4 La **28 februarie 2004**, Consiliul Suprem de Securitate (C.S.S.) a examinat acuzațiile legate de presupusele fraude în domeniul de achiziție a făinii și altor produse și a adoptat decizia nr. 05/1-03-02, prin care a dispus Guvernului R.M. să inițieze, conform legislației, procedura de eliberare din funcție a directorului general, adjunctilor directorului general și a contabilului-șef a S.A. „Franzeluta” (p. IV a Deciziei) pe motivul încheierii contractelor de procurare a făinii și altor produse prin intermediari, ce ar fi sporit artificial prețurile de producere a pâinii (p. III, 4 a Deciziei).

Procuraturii Generale, MAI, SIS și CCCEC s-a pus în sarcină verificarea legitimității contractelor și pornirea dosarelor penale pentru încălcarea legislației.

#### **Procedurile penale împotriva d-lui Cojocaru V.**

3.5 Tot, la **28 februarie 2004**, Procurorul General al Republicii Moldova, a ordonat și a semnat ordonanța de pornire a urmăririi penale în privința lui Victor Cojocaru conform elementelor componenței de infracțiune prevăzute de art. 327 alin.1 Cod penal, fiindu-i incriminat încheierea contractului nr. 760 **din 22.10.2003 cu SRL „Picom”** de furnizare a făinii.

3.6 La data de 06 martie 2004 directorului general al „Franzeluța” S.A. d-lui Cojocaru V. i-a fost înaintată învinuirea în comiterea infracțiunii “abuz de serviciu” și infracțiunea de neglijență legate de semnarea contractului nr. 760 din 22.10.2003 cu S.R.L. “Picom”.

3.7 La **16 octombrie 2007**, Curtea Supremă de Justiție, printr-o hotărîre **irevocabilă și definitivă l-a achitat pe Cojocaru Victor pe motivele lipsei elementelor componenței de infracțiune, constatînd lipsa vinovăției lui în cauzarea**



prejudiciului S.A. „Franzeluța”, inclusiv și la încheierea contractului nr. 760 din 22.10.2003 cu S.R.L. „Picom”, menținând hotărîrea instanței de fond și de apel de achitare, pe motivul lipsei vreunui prejudiciu cauzat prin semnarea contractului nr. 760 din 22.10.2003 cu S.R.L. „Picom”, acesta fiind aprobat inclusiv de către reprezentanții Guvernului în Consiliul S.A. ”Franzeluța”.

#### **Concedierea d-lui Cojocaru V.**

3.8 La 28 februarie 2004, prin procesul-verbal nr.11 al ședinței Consiliului S.A. „Franzeluța” s-a decis suspendarea împuternicirilor Direcției executive a societății pînă la definitivarea controlului privind acuzațiile aduse. În baza acestui proces-verbal s-a emis Ordinul nr. 14-p din 01.03.2004 de suspendare a împuternicirilor Direcției, printre care și Cojocaru V., de la 01.03.2004 pînă la definitivarea controlului.

3.9 La 9 martie 2004, făcînd referință directă la indicația Consiliului Suprem de Securitate, Consiliul S.A. „Franzeluța” a aprobat sistarea înăinte de termen a împuternicirilor cu eliberarea din funcție a d-lui Cojocaru V. (procesul-verbal nr. 12)

3.10 La 15 martie 2004 în cadrul unei noi ședințe, Consiliul S.A. „Franzeluța”, pentru a afla mai multe detalii, privind acuzațiile aduse reprezentanților societății, decide să solicite informații de la Procurorul General.

3.11 La 16 martie 2004 a fost întocmit procesul-verbal nr.14 al ședinței Consiliului S.A.”Franzeluța” cu privire la eliberarea din funcție a d-lui Cojocaru V. Din acesta rezultă că **procuratura a confirmat inițierea dosarului penal împotriva lui Cojocaru V. în baza Deciziei Consiliului Suprem de Securitate.**

3.12 La **29 martie 2004, conform ordinului nr. 24-p Cojocaru Victor, director general al S.A.”Franzeluța”, a fost concediat la 09.03.2004 “pentru încălcare gravă, chiar și o singură dată, a obligațiilor de muncă, conform art. 86, alin. 1-p C.M. al R. Moldova”,** fără a da mai multe detalii în ce anume consta încălcarea data.

3.13 La data de **01 iunie 2004 ordinul 24-p a fost modificat prin ordinul nr.44-p, conform căruia Cojocaru Victor, director general al S.A.”Franzeluța”, a fost concediat “conform art. 86, alin.1-p C.M. al R. Moldova de la 29.03.2004 pentru achiziționarea materiei prime la prețuri ridicate, ceea ce a adus întreprinderii un prejudiciu material esențial (contract nr. 760 din 22.10.2003 cu S.R.L. ”Picom”)**”.

#### **Proceduri judiciare privind restabilirea în funcție**

3.14 La data de **04 martie 2005**, Cojocaru Victor s-a adresat în judecată solicitând: restabilirea la locul de muncă în funcția de director general al Societății pe Acțiuni Combinatul de Panificație din Chișinău „Franzeluța” cu încasarea salariului pentru absența forțată de la lucru, despăgubiri morale. A motivat cererea prin faptul că nu a comis nici o abatere și prin acțiunile sale nu a adus nici un prejudiciu S.A. „Franzeluța”.

**Pe durata derulării procesului penal, această procedură civilă a fost suspendată conform încheierii din 22.04.2005 a Judecătoriei Botanica.**

3.15 La 20 martie 2008, Judecătoria sectorului Botanica, prin decizia sa, respinge ca neintemeiată cererea înaintată de Cojocaru V. Instanța face referință la

Decizia Consiliului Suprem de Securitate și motivează că în conformitate cu Statutul Societatii, Consiliul avea dreptul de a decide numirea și sistarea înainte de termen a împuternicirilor dacă a constatat vreo abatere. În dosar lipsesc materiale care ar confirma existența abaterii, care ar fi servit drept temei de eliberare din funcție.

3.16 La data de 03 iunie 2008, Curtea de Apel Chișinău a menținut hotărîrea primei instanțe. Judecătorul Curții de Apel M. B. a formulat o opinie separată, unde se menționează că în cauza penală reclamantul a fost achitat, fiind constatată lipsa vinovăției la cauzarea vreunui prejudiciu în legătură cu încheierea contractului nr. 760 cu SRL „Picom”. Consideră că la concedierea lui V. Cojocaru au fost comise încălcări, iar probele cercetate în dezbaterile judiciare pe parcursul judecării pricinii în prima instanță și în instanța de apel demonstrează că acțiunea este întemeiată.

3.17 La 03 decembrie 2008, Curtea Supremă de Justiție, menține decizia Curții de Apel din 03 iunie 2008 și hotărîrea Judecătorei Botanica din 20 martie 2008 pentru motive similare, considerând că Cojocaru V. a fost concediat pentru alte motive decât cel indicat în ordin (încheierea contractului cu S.R.L. ”Picom”). Decizia este irevocabilă și definitivă.

3.18 La data de **20.07.2009** Cojocaru V. s-a adresat cu cerere de chemare în judecată către Ministerul Finanțelor, intervenient accesoriu Procuratura Generală, solicitând încasarea salariului pentru absența forțată de la lucru, cheltuielile pentru tratamentul medical, asistența juridică, repararea prejudiciului moral și obligarea Procuraturii Generale de a prezenta în mod public scuze pentru învinuirile aduse.

3.19 Prin hotărîrea Judecătorei Râșcani, mun. Chișinău din 08.11.2010 acțiunea a fost admisă parțial, fiind dispusă încasarea din bugetul de stat prin intermediul Ministerului Finanțelor în beneficiul lui Cojocaru V. prejudiciul moral de 50000 mii lei, prejudiciul material – 5725,15 lei pentru cheltuielile legate de tratament medical, 13800 lei pentru compensarea cheltuielilor de asistență juridică.

3.20 Prin Decizia Curții de Apel Chișinău din 19.05.2011 s-a respins ca fiind neîntemeiat apelul depus de Ministerul Finanțelor, s-a admis parțial apelul declarat de Cojocaru Victor, s-a majorat suma pentru compensarea cheltuielilor de asistență juridică pînă la 35800 lei.

3.21 Prin Decizia Colegiului civil și de contencios administrativ al CSJ din 17.11.2011 recursurile Ministerului Finanțelor și Cojocaru Victor au fost considerate inadmisibile.

#### **IV - Expunerea pretensei sau pretinselor încălcări ale Constituției, precum și a argumentelor în spriginul acestor afirmații**

Prevederile relevante ale Constituției sunt următoarele.

##### **Articolul 1**

##### **Statul Republica Moldova**

(3) Republica Moldova este un stat de drept, democratic, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile lui, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme și sînt garantate.

#### **Articolul 4**

##### **Drepturile și libertățile omului**

(1) Dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile omului se interpretează și se aplică în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care Republica Moldova este parte.

(2) Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care Republica Moldova este parte și legile ei interne, prioritate au reglementările internaționale.

Constituția Republicii Moldova este Legea ei Supremă. Nici o lege și nici un alt act juridic care contravine prevederilor Constituției nu are putere juridică.

#### **Articolul 20**

##### **Accesul liber la justiție**

(1) Orice persoană are dreptul la satisfacție efectivă din partea instanțelor judecătorești competente împotriva actelor care violează drepturile, libertățile și interesele sale legitime.

(2) Nici o lege nu poate îngreuna accesul la justiție.

#### **Articolul 26**

##### **Dreptul la apărare**

(1) Dreptul la apărare este garantat.

(2) Fiecare om are dreptul să reacționeze independent, prin mijloace legitime, la încălcarea drepturilor și libertăților sale.

(3) În tot cursul procesului, părțile au dreptul să fie asistate de un avocat, ales sau numit din oficiu.

(4) Amestecul în activitatea persoanelor care exercită apărarea în limitele prevăzute se pedepsește prin lege.

#### **Articolul 46**

##### **Dreptul la proprietate privată și protecția acesteia.**

(1) Dreptul la proprietate privată, precum și creanțele asupra statului sînt garantate.

(2) Nimeni nu poate fi expropriat decît pentru o cauză de utilitate publică, stabilită potrivit legii, cu dreapta și prealabilă despăgubire.

(3) Avera dobîndită licit nu poate fi confiscată. Caracterul licit al dobîndirii se prezumă.

#### **Articolul 47**

##### **Dreptul la asistență și protecție socială**

(1) Statul este obligat să ia măsuri pentru ca orice om să aibă un nivel de trai decent, care să-i asigure sănătatea și bunăstarea, lui și familiei lui, cuprinzînd hrana, îmbrăcăminte, locuința, îngrijirea medicală, precum și serviciile sociale necesare.

(2) Cetățenii au dreptul la asigurare în caz de: șomaj, boală, invaliditate, văduvie, bătrînețe sau în celelalte cazuri de pierdere a mijloacelor de subzistență, în urma unor împrejurări independente de voința lor.

### **Articolul 53**

#### **Dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică**

(2) Statul răspunde patrimonial, potrivit legii, pentru prejudiciile cauzate prin erorile săvârșite în procesele penale de către organele de anchetă și instanțele judecătorești.

Prevederile relevante ale Convenției Europene pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale.

### **Articolul 6 CEDO**

(1) Orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî, fie asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate împotriva sa.

### **Articolul 8 CEDO**

”Orice persoană are dreptul să se adreseze în mod efectiv instanțelor judiciare competente împotriva actelor care violează drepturile fundamentale ce îi sunt recunoscute prin constituție sau prin lege”.

### **Articolul 1, al Protocolului adițional al Convenției Europene**

#### **Protecția proprietății.**

Orice persoană fizică sau juridică are dreptul la respectarea bunurilor sale. Nimeni nu poate fi lipsit de proprietatea sa decât pentru o cauză de utilitate publică și în condițiile prevăzute de lege și de principiile generale ale dreptului internațional.

#### **Alte prevederi relevante ale legislației în vigoare.**

Art. 123 CPC. Temeiurile degrevării de probațiune.

(3) Sentința pronunțată de instanța judecătorească într-o cauză penală, rămasă irevocabilă, este obligatorie pentru instanța chemată să se pronunțe asupra efectelor juridice civile ale actelor persoanei împotriva căreia s-a pronunțat sentința numai dacă aceste acte au avut loc și numai în măsura în care au fost săvârșite de persoana în cauză.

(4) Faptele care, conform legii, sînt prezumate a fi stabilite nu trebuie dovedite de persoana în a cărei favoare se prezumă. Prezumarea faptelor poate fi contestată, conform regulilor generale de probațiune, de persoana interesată dacă legea nu dispune altfel.

**L E G E A privind modul de reparare a prejudiciului cauzat prin acțiunile ilicite ale organelor de urmărire penală, ale procuraturii și ale instanțelor judecătorești, nr. 1545-XIII din 25.02.98**

**Art.1.** - Prezenta lege constituie actul legislativ de bază care reglementează cazurile, modul și condițiile de răspundere patrimonială a statului pentru prejudiciul cauzat prin acțiunile ilicite comise în procesele penale și contravenționale de organele de urmărire penală, de procuratură și de instanțele judecătorești.

**Art.2.** - (1) În sensul prezentei legi, se definesc următoarele noțiuni:

*acțiuni ilicite* - acțiuni sau inacțiuni ale organului împuternicit să examineze cazurile cu privire la contravenții, ale organului de urmărire penală sau ale instanței de judecată, care exclud vinovăția acestora, al căror caracter ilegal se manifestă prin încălcarea principiului general, potrivit căruia nici o persoană nevinovată nu poate fi trasă la răspundere și nu poate fi judecată, (erori) ori fapte ale persoanelor cu funcție de răspundere din organul de urmărire penală sau din instanța de judecată, manifestate prin încălcarea intenționată a normelor procedurale și materiale în timpul procedurii penale sau contravenționale (infrațiuni);

**Art.6.** - Dreptul la repararea prejudiciului, în mărimea și modul stabilite de prezenta lege, apare în cazul:

a) devenirii definitive și irevocabile a sentinței de achitare;

**Art.7.** - În cazurile menționate la art.3, persoanei fizice sau juridice i se compensează sau i se restituie:

a) salariul și alte venituri provenite din muncă, ce constituie sursa ei principală de existență, de care a fost privată în urma acțiunilor ilicite;

**Art.13.** - (1) Repararea prejudiciului specificat la art.7 lit.a), c)-g) și în capitolul III se efectuează din contul bugetului de stat

(3) Pensia și indemnizația prevăzute la art.7 lit.b) se compensează din bugetul asigurărilor sociale de stat prin intermediul organului teritorial de la locul de trai al persoanei fizice.

**Art.15.** - (1) Timpul aflării ilegale sub arest, timpul ispășirii pedepsei, precum și timpul pe parcursul căruia persoana fizică nu a lucrat în legătură cu suspendarea ilegală din lucru (funcție) se iau în considerare la calcularea vechimii generale în muncă și a vechimii în specialitate.

(2) **Vechimea în muncă, calculată cu includerea perioadelor menționate la alin.(1)** al prezentului articol, **se va lua în considerare** la acordarea înlesnirilor muncitorilor și funcționarilor, inclusiv **la stabilirea pensiilor** și indemnizațiilor.

**Art.16.** - **La stabilirea pensiei** pentru limită de vîrstă în condiții avantajoase, **perioadele menționate** la art.15 alin.(1), la dorința persoanei care a solicitat pensia, **se echivalează cu perioada de muncă exercitată pînă** la condamnarea sau

**tragerea ei ilegală la răspundere penală** ori cu perioada de muncă exercitată după absolvirea de răspundere penală sau după ispășirea pedepsei.

### **Argumentele aduse în sprijinul afirmațiilor**

4.1. Indiferent de faptul că Cojocaru Victor a fost achitat pe dosarul penal și s-a constatat lipsa vinovăției lui în cauzarea prejudiciului material S.A. "Franzeluța", cerințele lui legale de a fi reabilitat pe deplin nu au fost admise. Solicitățile lui Cojocaru V. de a fi încasat salariul de bază pe care l-a avut înainte de a fi tras la răspunderea penală, prin hotărârile instanțelor de judecată în ordine civilă au fost respinse, fără careva motivare relevantă.

4.2. După cum reese din materialele cauzei civile, care se află acum pe rol la Curtea de Apel Chișinău, privind includerea în stagiul de cotizare a perioadei în care a durat procesul penal, această solicitare a fost respinsă de către prima instanță contrar prevederilor legale. **Motivul principal al respingerii cererii** de chemare în judecată, conform hotărârii Judecătoriei Chișinău, sediul Central din 07.09.2017 sunt **hotărârile instanțelor de judecată pe dosarele civile privind respingerea solicitărilor lui Cojocaru V. privind încasarea salariului pe perioada derulării procesului penal**. Toate hotărârile instanțelor de judecată pe cauza penală, precum și pe cauzele civile legate de încasare a salariului pe perioada procesului penal sunt definitive și irevocabile.

4.3. Considerăm că hotărârile instanțelor de judecată ...în partea ce ține de **respingerea cerințelor legate de perceperea salariului pe perioada derulării procesului penal sunt contrare standardelor CEDO, hotărârilor Curții Constituționale ale Republicii Moldova, legislației în vigoare**.

4.4. Curtea Constituțională în hotărârea sa nr. 16 din 25.06.2013 pentru controlul constituționalității art. XI pct. 16 din legea nr. 29 din 6 martie 2012 pentru modificarea și completarea unor acte legislative reține că o derogare de la principiul *res judicata* este justificată doar atunci când este necesară datorită **unor circumstanțe esențiale și convingătoare ( a se vedea p. 62)..**

4.5. În aceeași hotărâre Curtea consideră că reglementarea **unui mijloc procedural care să permită retractarea unei hotărâri judecătorești** definitive și irevocabile, pronunțate de o instanță judecătorească cu încălcarea principiilor constituționale, **nu este de natură să încalce dreptul la un proces echitabil și principiul securității raporturilor juridice. O hotărâre judecătorească, deși definitivă și irevocabilă, nu poate fi considerată legală atît timp cît se întemeiază pe un act normativ contrar prevederilor Legii Supreme ( a se vedea p. 65 ).**

4.6. Dreptul la un proces echitabil presupune *eo ipso* prezumția de conformitate a actelor normative interpretate și aplicate de instanța judecătorească în actul de înfăptuire a justiției cu normele constituționale și legislația internațională.

4.7. Dispoziția alin. (2) din art. 53 al Constituției stabilește răspunderea patrimonială pentru prejudiciile cauzate prin erori judiciare în procesele penale. Textul respectiv stabilește că **statul răspunde patrimonial**, potrivit legii, pentru prejudiciile

cauzate prin erorile săvârșite în procesele penale de către organele de anchetă și instanțele judecătorești.

4.8. Sunt relevante prevederile directe ce se conțin în art. 120 din Constituția Republicii Moldova, care definește caracterul obligatoriu al sentințelor și altor hotărâri judecătorești definitive. În cauza Prodan v. Moldova Curtea a stipulat că ”dreptul la un tribunal, dreptul la acces este iluzoriu dacă un Stat Contractant permite ca o decizie judiciară definitivă și obligatorie să rămână ineficientă în detrimentul unei părți. Republica Moldova, ratificând Convenția Europeană, în temeiul art. 46 al Convenției s-a obligat să respecte standardele CEDO, inclusiv și dezideratul obligativității lucrului judecat.

4.9 În contextul expus instanța de judecată era obligată de a se conduce de deciziile instanțelor judecătorești în cauza penală, decizii definitive și irevocabile. În cazul Roșca v. Republica Moldova Curtea a reiterat că unul dintre aspectele fundamentale ale preeminenței dreptului este principiul securității raporturilor juridice, care cere, printre altele, că atunci când instanțele judecătorești dau o apreciere finală unei chestiuni, constatarea lor nu mai poate fi pusă în discuție. Prin urmare instanța de judecată examinând solicitarea reclamantului de a include în stagiul de cotizare a perioadei 28 februarie 2004-16 octombrie 2007, timpul de derulare a procesului penal, era obligată de a se conduce de principiul securității raportului juridic, garantat de art.6 par.1 al Convenției.

#### **IV Expunerea pretinselor încălcări ale Constituției, precum și a argumentelor în sprijinul acestor afirmații**

Din cele menționate este evidentă lipsa corelației dintre normele folosite de către instanțele de judecată, în cadrul examinării dosarelor civile în cazul Cojocar Victor, și textul Constituției, ținând cont de principiul supremației acesteia și de importanța prevederilor contestate în contextual apărării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului

#### **V Cerințele autorului sesizării**

Autorul sesizării, acționînd în interesele lui Cojocar V., pretinde constatarea încălcării următoarelor drepturi prevăzute de Constituția Republicii Moldova: art. 20 - Accesul liber la justiție, conform căreia orice persoană are dreptul la satisfacție efectivă din partea instanțelor judecătorești competente împotriva actelor care violează drepturile, libertățile și interesele sale legitime; stipulează că nici o lege nu poate îngredi accesul la justiție; art. 26 - imposibilitatea apărării în legătură cu imixtiunea în efectuarea justiției, art. 46 - dreptul la proprietate, art. 53 - dreptul persoanei vătămate pentru atragerea ilegală a persoanei la răspundere penală. Încălcarile drepturilor enumerate au fost comise prin adoptarea unor hotărâri judecătorești arbitrare, emise de instanțe ce nu dispuneau de garanțiile independenței și imparțialitate. Interpretările date de instanțele naționale a valorii juridice a sentinței de achitare în dosarul penal au fost arbitrare, instanțele căutând să indice noi motive de concediere care nici nu au fost

incluse în ordinul de concediere emis de S.A. „Franzeluța”. De altfel acest lucru este confirmat și de opinia separată a judecătorului A. B. de la Curtea de Apel Chișinău.

Mai mult decât atât, instanțele de judecată au acționat în așa fel, în special, datorită Deciziei Consiliului Suprem de Securitate, semnată personal de Președintele R. Moldova, conform indicațiilor căruia apelantul a și fost concediat. La fel a procedat și Consiliul de Administrare a părții opuse în procedurile naționale – S.A. “Franzeluța”, 53,7 % de acțiuni ale carei le deținea Statul, acționând de asemenea la instrucțiunile directe ale Președintelui V., date prin intermediul Deciziei Consiliului Suprem de Securitate.

Prin urmare și ținând cont de numeroase rapoarte internaționale și ale societății civile, care reclamă lipsa de independență și imparțialitate a judecătorilor din Moldova, Cojocaru V. consideră că judecătorii care au examinat cauza sa civilă nu au dispus de garanțiile independenței și imparțialității, prevăzute de Articolul 6 al Convenției.

Drept urmare a viciilor procedurii judiciare, reclamantul nu a putut obține plata prejudiciului material cauzat prin concedierea ilegală, deși avea o așteptare legitimă (legitimate expectation) că va obține o compensație, astfel încât fusese achitat în cauza penală în legătură cu acuzația de semnare a contractului nr. 760 cu SRL „Picom”, ce a servit drept motiv pentru concediere.

Din aceste motive, neacordarea plăților pentru salariul, neobținut în urma unor hotărâri judecătorești arbitrare, constituite o lipsire de proprietate a reclamantului ce nu urmărește un scop legitim și este disproporționată.

Prevederile contestate urmează a fi aplicate la soluționarea cauzelor civile, deoarece datorită pornirii ilegale a urmăririi penale s-au născut raporturi juridice, care continua să producă efecte juridice, Cojocaru Victor pînă în prezent nefiind reabilitat în deplina măsură.

Prin urmare, solicităm:

1) constatarea necorespunderii practicii judiciare în cauza civilă Cojocaru Victor vs CNAS privind neinclusiunea perioadei 28 februarie 2004 – 16 octombrie 2007 în stagiul de cotizare în coraport cu prevederile art. 20, 26, 46, și a art. 53 a Constituției Republicii Moldova.

2) constatarea necorespunderii practicii judiciare în cauzele civile la cererea lui Cojocaru Victor, menționate supra ce țin de încasarea salariului pentru perioada 28 februarie 2004 – 16 octombrie 2007, timpul de derulare a procesului penal, hotărârilor contrare prevederile art. 20, 26, 46, a Constituției Republicii Moldova.

## **VII Lista documentelor :**

1. Decizia Consiliului Suprem de Securitate din 28.02.2004 și ordinea de zi a ședinței C.S.S.

2. Ordonanța și procesul verbal de pornire a urmăririi penale din 28.02.2004

3. Scrisoarea nr.18-22/04 din 16.03.2004 a Procuraturii Generale a R.M.

4. Procesele verbale nr.11,12,13,14 ale ședințelor Consiliului S. A. ” Franzeluța” din 28.02.2004, 09.03.2004, 15.03.2004, 16.04.2004.



5. Ordinele S.A. „Franzeluța”nr.14-p din 01.03.2004, 24-p din 29.03.2004, 44-p din 01.06.2004

6. Decizia Colegiului penal lărgit al Curții Supreme de Justiție din 16.10.2007

7. Hotărîrea Judecătorei Botanica din 20.03.2008

8. Decizia Curții de Apel Chișinău din 03.06.2008 și opinia separată a judecătorului M. Buruian.

9. Decizia Colegiului Civil și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție din 03.12.2008.

10. Decizia Colegiului Civil și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție din 17.11.2011

11. Hotărîrea Judecătorei Rîșcani din 20.03.2017 de repunere în termen a documentului executoriu

12. Decizia Colegiului Civil și de contencios administrative al Curții de Apel Chișinău din 18.07.20017

13. Hotărîrea Judecătorei Chișinău (Sediul Central) din 07.09.2017

14. Cererea d-lui Cojocaru Victor la CEDO și materialele respective

### **VIII Declarația și semnătura**

Declar pe onoare că informațiile ce figurează în prezentul formular de sesizare sunt exacte

Data – 19.12.2017

*Avocatul*

*Barbăneagră Alexei*

## RECENZIE

### **LA LUCRAREA „THE TRANSNISTRIAN CONFLICT FILES”, RESPONSABIL DE EDIȚIE EUGEN STRĂUȚIU, SIBIU, TECHNO MEDIA, 2017. – 397 P.**

Studiul în cauză constituie o viziune asupra etapelor evoluției conflictului „transnistrean”, expus într-o manieră, în care autorii au încercat să abordeze problematica din diverse puncte de vedere, atât de la Chișinău, cât și de la Tiraspol. În egală măsură, studiul a cuprins și opinii ale experților străini, care au încercat să vină cu o analiză a conflictului, astfel acordând posibilitatea cititorului să-și creeze o proprie abordare asupra situației critice prezente în zonă.

Lucrarea prezintă interes, dat fiind că permite și creează premise pentru dezamorsarea dialogului asupra acestui conflict „înghețat”, care la rândul său, impune impedimente grave procesului de stabilitate în regiune, ceea ce împiedică la dezvoltarea și promovarea intereselor vitale ale Republicii Moldova.

Atenționăm în special, că studiul a fost prezentat în cadrul unei conferințe științifice internaționale, lucrările căreia s-au desfășurat în incinta Universității „Lucian Blaga” din Sibiu, România, cu participarea reprezentanților de la Chișinău și Tiraspol, dar și a misiunilor diplomatice ale Ucrainei și Rusiei acreditate la București, state ce fac parte din formatul de negocieri pentru reglementarea diferendului „transnistrean”. În cadrul acestei conferințe a fost prezentat și un studiu privind oportunitățile punerii în aplicare a instrumentelor justiției tranziționale, fiind aduse în calitate de exemplu practica altor state – Marea Britanie (Irlanda de Nord), Bosnia și Herțegovina, Kosovo (recunoscută parțial), Republica Sud-Africană etc. Participanții au sesizat faptul că îmbinarea unei asemenea abordări a conflictului „transnistrean” și a studiului prezentat, ar putea dinamiza substanțial procesul de căutare a soluțiilor în contextul conflictului, dar și evaluarea acestuia prin prisma unei abordări noi, prin căutarea unui numitor comun, ce ar prevedea și o perioadă de tranziție, cu implicarea partenerilor de dezvoltare și a experților din cadrul unor organizații internaționale și al unor state, practica cărora ar putea prezenta un interes sporit pentru Republica Moldova.

Studiul în cauză, de rând cu alte studii, ce reflectă problematica respectivă din diverse puncte de vedere – istoric, geopolitic, juridic etc., vine să descrie și să completeze analizele pe acest subiect sensibil, ceea ce, la rândul său, în mod inevitabil va completa studiile anterioare, ce va permite crearea unei imagini clare, dar, în special, va duce la definitivarea căilor posibile de reglementare a diferendului „transnistrean”.

Lucrarea a apărut în România și este redactată în limbile engleză și română. În acest sens menționăm, că, așa cum a fost spus și de autorii studiului, pe întreaga

perioadă, problema transnistreană a fost urmărită în România în mod nesistematic, puțin aprofundat, aproape exclusiv pe baza expertizei internaționale. Cercetarea românească, deși a produs câteva studii cu abordări punctuale asupra conflictului „transnistrean”, a rămas datoare cu abordări integrate, cuprinzătoare, profesioniste – pe care le așteaptă decidenții politici, inclusiv din România și Republica Moldova, cercetătorii din întreaga lume, dar și opinia publică din aceste țări.

**GAMURARI Vitalie**, dr., conf. univ

## DATE DESPRE AUTORI

- **ACHMYZ Asiyut Yusufovna** – lector la catedra Dreptul internațional privat și antreprenorial al Universității agrare din Kuban (Krasnodar, Rusia)
- **ALABDULJABBAR Naif Jassim** – doctorand, ULIM
- **BALTAG Dumitru** – doctor habilitat în drept, profesor universitar, catedra Drept Public, ULIM
- **BARBĂNEAGRĂ Alexei** – doctor habilitat în drept, profesor universitar, catedra Drept Public, ULIM
- **BENEȘ Olga** – master în drept, lector superior, catedra Drept Public, ULIM
- **BOZIANU Sergiu** – doctorand, ULIM
- **BUZU Irina** – mandatar autorizat în proprietate intelectuală
- **CAUIA Alexandru** – doctor în drept, conferențiar universitar catedra Drept Public, ULIM
- **CHIOTICI Dragoș** – doctorand, ULIM
- **CIGULEA Aliona** – doctorand, USEM
- **CIUBOTARU Rodica** – doctorandă, ICJP AȘM
- **CUCULESCU Andrei** – doctorand, ULIM
- **FALĂ Nicolae** – doctorand IJPM AȘM, lector catedra Drept Privat, ULIM
- **GAMURARI Vitalie** – doctor în drept, conferențiar universitar, director Școala Doctorală Drept, ULIM
- **GUȘANU Cornel** – doctorand, ULIM
- **IVANENKO Igor Nikolayevich** – Vicedecan al Facultății de drept, doctor în drept, conferențiar universitar, Departamentul de Drept Administrativ și Financiar al Universității Agrare din Kuban (Krasnodar, Rusia)
- **KAURAKOVA Maria** – doctor în drept, conferențiar universitar, catedra Drept Civil Școala Economică Superioară „G.V. Plehanov”, Rusia
- **KORDEE Badir** – doctorand, ULIM
- **KRASNITSKAYA Anna Viktorovna** – doctor în drept, conferențiar universitar la Catedra de Drept Public și Internațional a Universității Agrare din Kuban (Krasnodar, Rusia)
- **MANYK Alena** – asistent la Catedra Drept European și Comparat, Universitatea Națională „Iurii Fedkovic” din Cernăuți
- **MĂRGINEANU Lilea** – doctor în drept, conferențiar universitar, șef catedra Drept Privat, ULIM
- **MĂRGINEANU Elena** – doctorandă, ULIM

- **NIKITIN Grigory Mikhailovich** – doctor în filosofie, conferențiar universitar, Departamentul de filozofie al Universității Agrare din Kuban (Krasnodar, Rusia)
- **OSOIANU Natalia** – doctor în drept, conferențiar universitar, catedra Drept Privat, ULIM
- **POALELUNGI Mihai** – doctor habilitat în drept, conferențiar universitar, Președintele Curții Supreme de Justiție
- **ROBEA Mariana** – doctorand, ULIM
- **ȚURCAN Serghei** – doctor în drept, conferențiar universitar, șef catedra Drept Public, ULIM
- **ZACON Corina** – doctorandă, ULIM
- **ZADOROZHNYAYA Svetlana** – doctor în drept, conferențiar universitar, Catedra Drept Internațional, Universitatea Națională „Iurii Fedkovič” din Cernăuți

# INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

- **ACHMYZ Asiyut Yusufovna**, Teacher of the Chair of International Private and Entrepreneurial Law of the Kuban State Agrarian University (Krasnodar, Russia)
- **ALABDULJABBAR Naif Jassim** – post-graduate student, ULIM
- **BALTAG Dumitru** – doctor of juridical sciences, university professor, Chair of Public Law, ULIM
- **BARBĂNEAGRĂ Alexei** – doctor of juridical sciences, university professor, Chair of Public Law, ULIM
- **BENEȘ Olga** – master în drept, lector superior, catedra Drept Public, ULIM
- **BOZIANU Sergiu** – post-graduate student, ULIM
- **BUZU Irina** – Patent attorneys on intellectual property
- **CAUIA Alexandru** – PhD, associate professor, Dean of Law Faculty, ULIM
- **CHIOTICI Dragoș** – post-graduate student, ULIM
- **CIGULEA Aliona** – post-graduate student, USEM
- **CIUBOTARU Rodica** – post-graduate student, ICJP AȘM
- **CUCULESCU Andrei** – post-graduate student, ULIM
- **FALĂ Nicolae** – post-graduate student, IPLS of ASM, lector, Chair of Private Law, ULIM
- **GAMURARI Vitalie** – PhD, associate professor, Chief of The Graduate School of Law, ULIM
- **GUȘANU Cornel** – post-graduate student, ULIM
- **IVANENKO Igor Nikolayevich**, Deputy Dean of the Faculty of Law, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of Administrative and Financial Law of the Kuban State Agrarian University (Krasnodar, Russia)
- **KAURAKOVA Maria** – PhD in law, associate professor, Chair of Civil Law, Plekhanov Russian University of Economics
- **KORDEE Badir** – post-graduate student, ULIM
- **KRASNITSKAYA Anna Viktorovna**, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Chair of State and International Law of the Kuban State Agrarian University (Krasnodar, Russia)
- **MĂRGINEANU Lilea** – PhD in law, associate professor, Chief of Chair of Private Law, ULIM
- **MĂRGINEANU Elena** – post-graduate student, ULIM
- **NIKITIN Grigory Mikhailovich**, Candidate of Philosophy, Associate Professor of the Philosophy Department of the Kuban State Agrarian University; member of the Committee on Information Relations with Public Organizations under the Head of

the Municipality Krasnodar (Krasnodar, Russia)

- **OSOIANU Natalia** – PhD in law, associate professor, Chair of Private Law, ULIM
- **POALELUNGI Mihai** – doctor of juridical sciences, associate professor, President of the Supreme Court of Justice of Moldova
- **ROBEA Mariana** – post-graduate student, ULIM
- **TURCAN Serghei** – PhD, associate professor, Chief of Chair of Public Law, ULIM
- **ZACON Corina** – post-graduate student, ULIM
- ZADOROZHNYAYA Svetlana – Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Chair of International Law, Yurii Fedkovych Chernivtsi National University
- MANYK Alena – assitant at the Chair of European Comparative Law, Yurii Fedkovych Chernivtsi National University

# 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 sau în format electronic (la adresa [revistasju@gmail.com](mailto:revistasju@gmail.com)). Pe manuscris se indică data prezentării (revizuirii) articolului. Manuscrisul în mod obligatoriu trebuie să fie semnat de autor (coautori).

Textul: Word, Times New Roman; Dimensiune font — 12; Spațiu — 1,5.

Parametrii paginii: sus — 2 cm; dreapta — 1 cm; stânga — 3 cm; jos — 2 cm.

Paginile urmează a fi numerotate.

Autorul (coautorii) vor prezenta redacției datele personale (numele, prenumele, locul de muncă, funcția, gradul științific, telefonul de contact, e-mail).

Volumul textului poate varia între 0,5—1,0 c.a. Concomitent cu textul articolului este necesar de a prezenta adnotarea (în jur de cinci propoziții — 500 semne) în limba română și engleză sau franceză.

Trimiterile la sursele utilizate vor fi făcute în subsol. Atenționăm autorii despre necesitatea oformării corecte a trimiterilor la sursele normative și literatură. Numerarea trimiterilor va fi unica pentru întregul articol. La trimiterea la document este necesar de a prezenta rechizitele complete și locul publicării.

Lucrarea trebuie să fie însoțită de un extras din procesul verbal al ședinței catedrei (secțiilor, sectoarelor instituțiilor academice) cu recomandarea spre publicare. Lucrările doctoranzilor trebuie să fie însoțite de o recenzie cu recomandarea spre publicare semnată de un specialist cu grad științific de doctor/doctor habilitat în domeniul respectiv.

Manuscrisele nu se recenzează și nu se restituie, excepție constituind cazurile, în care colegiul de redacție constată necesară perfectarea lucrării. Redacția este în drept să redacteze, să reducă materialele primite, precum și să modifice denumirea articolelor, cu aprobarea ulterioară a autorului.

Atenționăm autorilor, cointeresați în publicarea articolelor sale în revista noastră, că articolele trebuie să cuprindă următoarele elemente:

- generalizarea problemei și legătura ei cu sarcinile teoretice și practice;
- analiza ultimelor cercetări și publicații, în cadrul cărora a fost pornită studierea problemei în cauză, pe care se bazează autorul, enunțarea elementelor nesoluționate ale problemei cărei este adresat articolul;
- formularea obiectivelor propuse de articol;
- expunerea materialului principal cu argumentarea rezultatelor științifice la care s-a ajuns;
- concluziile la studiul efectuat și perspectivele ulterioare la acest capitol.



# REQUIREMENTS FOR MANUSCRIPTS

Dear colleagues!

The editors' office "STUDII JURIDICE UNIVERSITARE" ("The University Legal Studies") accepts for the examination the scientific works in Romanian, Russian, English or French, typed on one side of A4 paper sheets or in electronic form (to email [revistasju@gmail.com](mailto: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.