

REVISTA NAȚIONALĂ DE DREPT

(Publicație periodică științifico-practică)

nr. 1 (136) 2012

Certificatul de înregistrare

nr. 1003600061124

din 27 septembrie 2000

**Publicație acreditată de Consiliul Suprem
pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică
al Academiei de Științe a Moldovei prin**

Hotărârea nr. 61 din 30.04.2009

Categoria C

FONDATORI:

Universitatea de Stat din Moldova

*Universitatea de Studii Politice
și Economice Europene*

„Constantin Stere” din Moldova

Uniunea Juriștilor din Moldova

REDACTOR-ȘEF

Gheorghe AVORNIC

Stilizator **Antonina DEMBIȚHI**

Machetator **Maria BONDARI**

COLEGIUL DE REDACȚIE:

Gheorghe Ciocanu (doctor habilitat în științe
fizico-matematice, profesor universitar),

Ioan Humă (doctor în drept, profesor universitar, România),

Tudor Popovici (doctor în drept),

Elena Aramă (doctor habilitat în drept),

Sergiu Brînza (doctor habilitat în drept),

Alexandru Burian (doctor habilitat în drept),

Andrei Smochină (doctor habilitat în drept),

Ion Guceac (doctor habilitat în drept),

Vitalie Gamurari (doctor în drept),

Ion Craiovan (doctor în drept,

profesor universitar, România),

Gheorghe Mihai (doctor în drept,

profesor universitar, România),

Cătălin Bordeianu (doctor în drept,

profesor universitar, România),

Sofia Popescu (doctor în drept,

profesor universitar, România),

Spyros Flogaitis (doctor în istorie și drept, profesor universitar
(Grecia), Director al Organizației Europene de Drept Public),

Vytautas Nekrosius (doctor habilitat în drept,

profesor universitar, Lituania),

Tzvetan Sivkov (doctor în drept, profesor universitar, Bulgaria),

Trebkov A.A. (doctor în drept, profesor, Președintele Uniunii
Juriștilor din Federația Rusă).

ADRESA REDACȚIEI:

2012, Chișinău, str. Al. Mateevici, 60, bir. 222

Telefoane: 57-77-52, 57-76-90

e-mail: revistadrept@yahoo.com

Indexul PM 31536

SUMAR

Gheorghe AVORNIC, Dumitru POSTOVAN
Reglementarea juridico-procesuală a „dreptului
discreționar” 2

Lilia GRIBINCEA
Particularitățile negocierii contractelor comer-
ciale internaționale 8

Iurie MIHALACHE
Delimitarea contractului de expediție de alte
contracte juridico-civile 15

Nicolae SADOVEI
Fenomenul „The MBA Oath”: modalitate de in-
stituționalizare a profesiei de administrator de
afaceri 20

Ludmila PROCA
Reglementări juridice privind indemnizațiile
acordate familiilor cu copii 24

Василий ФЛОРЯ, Дину ОСТАВЧУК
Нарушение прав пациентов в лечебных
учреждениях Республики Молдова 29

Olesea PLOTNIC
L’approche française et moldave sur
l’appréciation des clauses abusives dans les
contrats conclus avec les consommateurs 31

Marina CALMÎC
Reflecții asupra corespondenței fenomenului
conștiința juridică cu mass-media 35

Lilian MACARI
Cercetări istorice privind comisia rogatorie.
Partea II 40

Artur TARLAPAN
Cesiunea dreptului subiectiv de ipotecă 45

Alexandru PĂDURARU
Obiectul juridic generic și obiectul juridic spe-
cial al infracțiunilor în domeniul proprietății
industriale 50

Radu ȘTEFĂNUȚ
Victima infracțiunii de violare de domiciliu 59

Marian ROTARU
Organizarea administrativă a teritoriului – ele-
ment de bază al descentralizării administrative 64

Cristian CÂRGALIU
Corupția și protecționismul – fenomen social
grav 67



REGLEMENTAREA JURIDICO-PROCESUALĂ A „DREPTULUI DISCREȚIONAR”



Gheorghe AVORNIC,
doctor habilitat în drept, profesor universitar (USM)
Dumitru POSTOVAN,
ex-Procuror General al Republicii Moldova, competitor

SUMMARY

The discretionary activity consists in taking a subjective decision, its final decision is to undertake and accomplish various actions according to one's own will. It is characteristic to any field of activity.

Discretion has a special role in juridical activity. It contributes to the realization and protection of subjective rights, permits the sides of juridical relations to regulate the disputed situation, taking into consideration their will.

The liberty to choose an optimal decision is generated by the norm of law, by the normative act put in application.

The totality of factors of the material and procedural juridical norms, permitting the law subjects to take a legal, just, equitable decision, according to their will, left by the legislator to their free choice constitute the „discretionary law”.

Activitatea discreționară constituie luarea unei decizii subiective, ca rezultat final având întreaga libertate de acțiune, săvârșind diferite fapte, operații conform voinței proprii. Ea este caracteristică oricărui domeniu de activitate.

Discreția are un rol deosebit în activitatea juridică. Ea contribuie la realizarea și protecția drepturilor subiective, permite părților raporturilor juridice să reglementeze situația în dispută, ținându-se cont de voința lor.

Libertatea de a alege decizia optimă este generată de norma de drept, de actul normativ pus în aplicare.

În procesul de reglementare, prin intermediul dispozițiilor juridice, legislatorul se ciocnește de necesitatea de a lăsa subiecților de drept o anumită libertate în conduita lor. Realizarea acestei conduite libere (împuterniciri oferite de lege), în mare parte, depinde de agentul de aplicare a legii.

În știința juridică, acest fenomen se numește „discreție”, noțiunea dată putând fi utilizată atât în beneficiul participanților la raporturile juridice, cât și în detrimentul intereselor lor legale. Ca aceasta din urmă să nu aibă loc, să nu se întâmple, este necesar a se pătrunde, a înțelege ce înseamnă discreția juridică și cum poate și ar trebui să fie realizată în procesul de aplicare a dreptului, de luare a deciziei pe un caz concret.

Deosebim partea materială (obiectivă) a „dreptului discreționar”: norma de drept a legii, ce reglementează o anumită ramură socială, statală sau de alt ordin și se

cere aplicată, și partea subiectivă – dreptul subiectului de a aplica norma materială în mod discreționar. Dacă nu are aceste împuterniciri discreționare, subiectul nu este liber în a alege variante ale deciziei, cât de legală, optimă și potrivită nu ar fi ea.

„Discreția este activitate, în temeiul și limitele dreptului, a subiectului de drept împuternicit, care oferă posibilitatea alegerii a celei mai optime hotărâri pe un caz juridic.

Aplicarea discreționară a dreptului este posibilă numai în condițiile dispozițiilor juridice alternative și relativ determinate. Ea este condiționată, de asemenea, de prezența mai multor factori obiectivi: normele dispozitice de drept, normele imperative de drept, care conțin sancțiuni alternative sau relativ determinate, noțiuni estimative, tabele (liste) juridice de tip închis sau deschis, lacune în lege și drept, coliziuni în legislație.

Așadar, discreția, în activitatea agentului de aplicare a dreptului, are temei juridic: ea este oferită de legislator sau dictată de unele defecte ale dreptului”¹.

„Dreptul la discreție este static, fixat în actul normativ, adresat unui număr nelimitat de subiecți, dar se aplică individual, la cazuri concrete, potrivit circumstanțelor cauzei, fiind aleasă cea mai optimă decizie, având la bază principiul oportunității. Dar aceasta nu înseamnă că principiul oportunității intră în confruntare cu principiul legalității, pentru că principiul oportunității se realizează numai în temeiul prevăzut de lege și deci corespunde tuturor condițiilor legalității. Re-



glementarea juridică suficientă se caracterizează prin îmbinarea organică a reglementării normative (generale) cu cea individuală. Prima este de bază, a doua suplimentară, depinde de prima”².

B.M. Lazarev tratează discreția ca „partea volitivă a corelației oportunității și legalității”³.

Conținutul anumitor categorii de norme juridice nu lasă posibilitatea alegerii deciziei. Alte categorii de norme însă oferă acest drept. În procesul de aplicare a normei de drept, ea se răsfrânge prin conștiința celui care o aplică.

„Judecătorul sau alt agent de aplicare a dreptului nu este o mașină fără suflet, ci om cu o înaltă conștiință juridică profesională, și, de asemenea, înzestrat cu simțul compătimirii, retrăirii, îndurării. Ținând cont de aceste împrejurări, un subiect de drept cu experiență, conducându-se de principiul echității și de circumstanțele cauzelor concrete, adesea poate găsi chiar într-o normă de drept formulată dur hotărâri juridice nestandarde”⁴.

În doctrina juridică, acest fenomen este numit aplicarea discreționară a dreptului, ca o varietate de aplicare a dreptului, o formă de aplicare a normei dreptului, capabilă să organizeze realizarea dreptului în condiții specifice⁵.

„Legislatorul nu are posibilități și nici nu consideră rațional să cuprindă toată varietatea cazurilor concrete. Conștient oferă organelor statale o anumită marjă de libertate, adică dreptul la discreție”⁶.

În limitele hotarelor și variantelor indicate în lege, subiectul de drept se conduce de principiul oportunității, ce înseamnă corespunzător scopului urmărit, rezonabil, util din punct de vedere practic.

„Raționamentul aplicării dreptului presupune libertatea și independența subiecților ei. Legea trebuie să ofere factorilor decizionali, care îl aplică, anumite posibilități în limitele fixate de lege, să caute de sine stătător căile optime de aplicare în corespundere cu sarcinile puse, ținându-se cont de particularitățile fiecărei cauze. O astfel de posibilitate trebuie oferită factorilor de decizie, când realizarea sarcinilor, puse de lege, depinde de circumstanțele concrete, care nu pot fi din timp prevăzute și calificate în lege”⁷.

Realizând principiul oportunității, agentul de aplicare a legii, în mod discreționar, poate alege o astfel de decizie, care corespunde mai mult ca altele scopurilor de bază și sarcinilor legii.

O astfel de decizie trebuie să corespundă și principiului echității. „Echitatea juridică constă în găsirea și luarea deciziei celei mai optime, care în cea mai mare măsură corespunde circumstanțelor cauzei și e utilă pentru ea. Echitatea juridică trebuie găsită în hotarele legii sau, în tot cazul, în limitele siste-

mului de drept. Pentru găsirea acestei optime decizii juridice, este necesară aprecierea corectă a circumstanțelor cauzei stabilite, inclusiv aprecierea social-politică justă, interpretarea corectă, în situații necesare, și ieșirea după limitele normei de drept, dar în limitele sistemului de drept”⁸.

Echitatea este un principiu general (fundamental) al dreptului, pătrunzând în toate „etajele” sistemului de drept – de la o normă aparte până la sistemul de drept în întregime. De aceea, unul din scopurile de bază ale discreției este pronunțarea unei decizii echitabile, iar scopul final al ei este ca aceeași decizie optimă să corespundă principiilor în cea mai mare măsură principiilor legalității, oportunității și echității⁹.

Ca formă deosebită de realizare a dreptului, fiind o varietate de aplicare a acestuia, „dreptul discreționar” cere și o reglementare aparte, elaborarea de metode și procedee speciale ale procesului, cu ajutorul sau prin intermediul cărora agentul de aplicare a legii selectează din variantele posibile, legale, decizia optimă la soluționarea unui caz concret.

Reglementarea juridică a „dreptului discreționar” și a aplicării discreționare a normei de drept constă în fixarea în legislația în vigoare a dreptului la discreție – reglementare materială, și prescrierea procedurilor de realizare a acestei activități – reglementare procesuală.

De subliniat că „dreptul discreționar” necesită un regim special al reglementării juridice. Regulile de drept absolut determinate (imperative, categorice) exclud aplicarea „dreptului discreționar”. Regulile de comportament nedeterminate sau relativ determinate, care conțin variante de alternativă, creează premise reale de aplicare a „dreptului discreționar” la soluționarea cazurilor concrete. Aceste premise le găsim în normele dispozitive ale legii. Legislatorul fixează în actul normativ sarcinile, scopul, finalitatea legii, organele competente și responsabile de realizare a ei, împuternicite să soluționeze problemele ce pot apărea în procesul de realizare. Fixând în normele juridice dreptul de a fi aplicate discreționar în situații concrete, legislatorul trebuie să prevadă și ordinea aplicării discreționare a normei. Analiza actelor normative denotă faptul că astfel de prevederi sau lipsesc, sau sunt reglementate insuficient: nu este indicat care funcționari publici sunt competenți a decide, au sau nu împuterniciri discreționare, limitele acestor împuterniciri, de ce ar trebui să țină cont, cum pot fi contestate deciziile discreționare ș.a.m.d.

Lichidarea acestor neajunsuri este o obligațiune nu doar a legislatorului, ci și a științei juridice. Fără o reglementare suficientă, „dreptul discreționar” în practică își croiește calea ca o necesitate prin metoda de probare (încercare) și greșeli, având și consecințe negative.



Spre deosebire de metoda dispozitivă a reglementării juridice, care prevede și permite discreția, metoda imperativă de reglementare a relațiilor sociale instrumentează normele absolut determinate, imperative, categorice, care nu lasă alt comportament decât cel prescris în dispoziția normei, deci nu permit discreția.

Aceste norme imperative sunt atribuite, de regulă, dreptului public, în primul rând, dreptului penal și administrativ.

Concluzia că aceste norme imperative nu permit aplicarea lor discreționară se bazează doar pe conținutul dispozițiilor și ipotezelor normelor, care trebuie să fie clare, concrete, absolut determinate, categorice. Dar un element al acestor norme sunt sancțiunile prevăzute, în caz că dispozițiile lor se încalcă. Iar acest element – sancțiunea normei, nu este absolut determinată, ea prevede mai multe feluri de pedepse sau pedeapsa își are plafonul de jos și cel de sus. Cel ce aplică norma, și deci sancțiunea ei, are posibilitatea de a alege. În așa mod, și aceste norme în procesul de aplicare permit discreția atunci când se alege măsura de pedeapsă.

Aceasta este o constatare generală spre a deosebi caracterul discreționar la aplicarea normelor dispozitive de cele imperative.

Totuși, nu este corect, din contra, chiar ar fi greșit să constatăm că normele imperative din domeniul dreptului public, care reglementază relațiile sociale după formula: dispoziție – respectare, executare, subordonare – sancționare, nu conțin dispoziții sau ipoteze nedeterminate, relativ determinate, vagi, neclare. Și în Codul penal¹⁰, și în Codul contravențional ale Republicii Moldova¹¹, dispozițiile mai multor articole conțin astfel de noțiuni.

De exemplu, alin.(2) art.186 CP RM, ca circumstanță calitativă, prevede furtul cu cauzarea de daune în proporții considerabile. Ce înseamnă „proporții considerabile” explică alin.(2) art.126 CP, inserat în cap. XIII „Înțelesul unor termeni sau expresii în prezentul Cod”:

„Caracterul considerabil sau esențial al daunei cauzate se stabilește luându-se în considerare valoarea, cantitatea și însemnătatea bunurilor pentru victimă, starea materială și venitul acesteia, existența persoanelor întreținute, alte circumstanțe care influențează esențial asupra stării materiale a victimei, iar în cazul prejudicierii drepturilor și intereselor ocrotite de lege – gradul lezării drepturilor și libertăților fundamentale ale omului”.

Sintagma „daune considerabile” se întâlnește și în alte articole din Partea specială a CP, de aceea art.119 „Dispoziții generale” – cap.XIII, stipulează că „ori de câte ori legea penală folosește un termen sau o expresie

sie dintre cele definite în prezentul capitol, înțelesul lor este cel prevăzut la articolele ce urmează”.

Prin aceste explicații ale termenilor din cap.XIII, legislatorul a concretizat înțelesul lor cu scopul ca acești termeni și expresii să fie utilizați în procesul de aplicare a dispoziției normei penale așa și nu altfel – să nu i se dea un înțeles prea îngust sau, din contra, prea extins, să nu fie folosit eronat sau abuziv. Și este firesc să fie făcute anume de legislator aceste concretizări.

Referitor la expresia – „daune considerabile”, legislatorul a menționat doar de ce să se țină cont la aprecierea daunei ca fiind „considerabilă”, fără însă a defini noțiunea, fără a o determina în valori cantitative. A evitat să o facă nu ca o scăpare, o neglijență, ci pentru că este imposibil să se constate „daunele considerabile”, care influențează esențial asupra stării materiale a victimei, printr-o definiție, formulă, dimensiune, stare, consecințe fixe.

Această apreciere este lăsată la discreția agentului de aplicare a legii. În cazul de față – a organului de urmărire penală, procurorului, judecătorului.

Hotărârea explicativă a Plenului Curții Supreme de Justiție „Cu privire la practica judiciară în procesele penale despre sustragerea bunurilor” nr.23 din 28.06.2004, cu modificările introduse prin Hotărârea Plenului din 07.11.2005, nu a făcut mai multă claritate la înțelegerea mai profundă a acestei expresii¹². O încercare de a uniformiza aplicarea acestei sintagme o găsim în Comentariul la Codul penal: se consideră daună considerabilă dacă valoarea bunurilor sustrate se încadrează în limitele de la 25 la 2.500 unități convenționale de amendă. Comentariu care, de asemenea, generează în practică mai multe întrebări. Art.18 din Codul contravențional stabilește sustragerea bunurilor în proporții mici, bunuri a căror valoare nu depășește 25 de unități convenționale, adică nu mai mare de 500 de lei, sumă care, pentru o bună parte dintre pensionari, este mărimea pensiei lunare, din care ei se întrețin o lună de zile, și deci pentru ei sustragerea a 500 de lei este o daună considerabilă și nicidecum nu este de proporții mici.

Exemplele de acest gen nu sunt unice. Înțelesul multor noțiuni, termeni, expresii, în genere, nu a fost explicat de legislator, fiind, de asemenea, lăsat la discreția celui care aplică legea penală.

Astfel de norme întâlnim și în Codul contravențional. De exemplu, art.354 din Cod cu denumirea „Huliganismul nu prea grav” are următorul conținut: „Huliganismul nu prea grav, adică acostarea jignitoare în locuri publice a persoanei fizice, alte acțiuni similare ce încalcă normele morale, tulbură ordinea publică și liniștea persoanei fizice”.

Pentru a trage la răspundere administrativă pe cel ce se face vinovat, agentul de aplicare a acestei norme



trebuie să clarifice dacă acțiunile contravenientului pot fi calificate ca „acostare”, dacă această „acostare” este „jignitoare”, dacă alte acțiuni pot fi considerate similare „acostării jignitoare” și dacă ele încalcă normele morale (ce înseamnă norme morale – cele care nu sunt norme juridice), ordinea publică și dacă a fost tulburată în cazul concret, ce înseamnă liniștea persoanei fizice în locurile publice, nivelul tulburării ei, ca să servească temei de răspundere administrativă. Toate aceste noțiuni sunt lăsate la aprecierea agentului de aplicare a legii, care ar califica mai ușor acțiunile contravenientului ca huliganism mai puțin grav, dacă ar avea la îndemână definiția noțiunii „huliganism grav”. Dar o astfel de noțiune în legislația penală lipsește.

În alin.(1) art.287 CP se descifrează noțiunea de „huliganism” – ca acțiuni care încalcă grosolan ordinea publică, prin conținutul lor se deosebesc printr-un cinism sau obraznicie deosebită, aprecierea cărora din nou este lăsată la discreția agentului de aplicare a normei date.

Alin.(3) al aceluiași articol descrie huliganismul agravant, care este mai periculos, comparativ cu cel grav, iar cel mai puțin grav este mai puțin periculos. Se poate doar de concluzionat că huliganismul grav este cel descris în dispoziția alin.(1) art.287, deși expres în lege această denumire lipsește.

Concretizarea a astfel de noțiuni, a sensului lor, precum și interpretarea lor depinde nemijlocit de cel care aplică legea, de aceea aplicarea normelor ce conțin așa noțiuni este imposibilă fără procedura discreționară de aplicare a lor, adică fără estimarea, evaluarea, aprecierea lor juridică, în coraport cu situația concretă, cu cazul concret.

„Termenii estimativi sunt explicați sau interpretați de lege. Legislatorul oferă acest drept subiecților de drept ce aplică astfel de norme. Precizia insuficientă a termenilor estimativi, polisemia, conținutul vag, și, ca regulă, lipsa în lege a indicațiilor cum trebuie înțeleși, impun agenției de aplicare să-i «descifreze» la propria apreciere, a introduce în ei un anumit sens, corespunzător propriilor închipuiri, idei”¹³.

„Noțiunile estimative nu sunt termeni pentru că nu permit posibilitatea de a determina în mod exhaustiv conținutul lor, iar însemnătatea lor poate fi constatată doar în contextul normei de drept și doar în coraport cu circumstanțele unui caz concret”¹⁴.

„Noțiunile estimative au 3 însușiri obligatorii: nu sunt concretizate de legislator sau alt organ competent; se concretizează și precizează de agentul de aplicare a normei de drept; permite celui ce o aplică posibilitatea de liberă apreciere. Legislatorul oferă finalizarea creării dreptului jurisprudenței”¹⁵.

Cauzele care provoacă apariția premiselor de apli-

care discreționară a normelor de drept, activitatea de aplicare a acestor norme, competența discreționară a subiecților de drept de a alege varianta cea mai optimă a deciziei și corespunderea acestei decizii scopului urmărit, precum și controlul efectuat asupra deciziei, pot servi ca obiect de cercetare, ca studiu al „dreptului discreționar”.

Cauzele (pricinile) apariției aplicării discreționare a legii:

1. Normele dispozitive de drept.
2. Sancțiunile alternative și relativ determinate ale normelor de drept imperative.
3. Noțiunile estimative.
4. Enumerarea exemplelor, faptelor unui fenomen juridic (listele, tabelele, deschise sau închise).
5. Defectele de drept, cum ar fi lacunele în drept și coliziile în legislație¹⁶. Reglementarea juridică a aplicării discreționare a normei de drept se efectuează prin intermediul următoarelor procedee:
 - Oferirea posibilității alegerii dintre acțiune și inacțiune.
 - Fixarea (stabilirea) împuternicirii de a alege dintre două și mai multe alternative.
 - Fixarea posibilității de a concretiza drepturile subiective și obligațiunile participanților raporturilor juridice în cazurile special prevăzute de lege.
 - Fixarea liberei alegeri: pozitivă sau negativă a măsurilor de influență.
 - Fixarea dreptului de a concretiza noțiunile estimative.
 - Oferirea posibilității de a completa enumerările juridice deschise.
 - Oferirea împuternicirilor de a emite o decizie prin analogie în procesul de depășire a lacunelor în drept.
 - Fixarea dreptului la soluționarea coliziilor în legislație cu utilizarea regulilor speciale.

În procesul de depășire a coliziilor în legislație, agentul de aplicare a legii trebuie să se conducă de următoarele reglementări:

- Principiul ierarhic: se aplică legea care are o putere juridică mai mare.
 - Principiul de conținut: dacă actele normative au aceeași putere juridică, se aplică actul special.
- Principiul cronologic: dacă ambele acte au aceeași putere juridică, se aplică cea care a fost adoptată și intrată în vigoare mai târziu¹⁷.

Trăsăturile aplicării discreționare ale dreptului

1. Este o varietate a activității de aplicare a dreptului, capabilă să organizeze realizarea normelor de drept.
2. Are un caracter creativ, de creație – în căutarea unei decizii optime se creează ceva nou, original, dar în limitele dreptului.



3. Este efectuată doar de subiecții de drept competenți, cu împuterniciri discreționare. Legea determină cercul de subiecți de drept pentru soluționarea unui cerc determinat de circumstanțe, de fapt.

4. Prezună posibilitatea alegerii deciziei din mai multe variante. Nu există discreție acolo unde legea a indicat o singură variantă a deciziei, unde nu este alternativă.

5. Posibilitatea de a alege decizia din mai multe variante este condiționată de legislația în vigoare. Numai legea poate permite subiectului de drept posibilitatea de a alege și numai legea permite subiectului să activeze în mod discreționar.

6. Această activitate se realizează în limitele anumitor hotare, stabilite, fixate de lege: numai în limitele competenței subiectului de drept, în sfera determinată de activitate, ținându-se cont de interesul obștesc și scopurile urmărite de legea aplicabilă. Discreția nu trebuie să permită încălcarea drepturilor omului, ea nu poate fi fără hotare.

7. Scopul urmărit – alegerea deciziei optime, care trebuie să corespundă principiilor fundamentale de drept: legalității, oportunității, echității.

Varietățile (formele) de realizare a „dreptului discreționar” depind de cauzele care generează aplicarea lui în practică.

În primul rând, însăși legea prevede aplicarea „dreptului discreționar”, având ca temei juridic dreptul subiectiv al celui ce aplică legea, de a alege din mai multe variante ale deciziei, toate încadrate legal, conducându-se prioritar de principiul oportunității. De acest drept subiectiv se conduce discreționar procurorul când decide să pornească urmărirea penală sau nu, să trimită sau nu dosarul în instanță.

În al doilea rând, necesitatea aplicării „dreptului discreționar” este provocată de caracterul normei juridice, care este generală, impersonală, insuficientă, vagă, neclară, ambiguă, vine în colizie cu alte norme de drept.

Cel ce aplică o astfel de normă va ține cont de scopul urmărit de lege în întregime, de finalitatea ei, de sensul legislației în genere. Ca să atingă acest scop, agentul de aplicare a legii va căuta, având împuterniciri discreționare, varianta deciziei cea mai optimă, potrivit, pornind de la circumstanțele concrete ale cauzei. Din acest punct de vedere, discreția este o activitate intelectuală, un proces cu ajutorul căruia se va ajunge la o astfel de decizie.

O cauză aparte, care generează aplicarea „dreptului discreționar”, în primul rând de către instanțele de judecată, este legată de soluționarea litigiilor ce izvorăsc din drepturile și libertățile fundamentale ale omului, care adesea nu au o reglementare expresă, le-

gală (este vorba de drepturile universale ale omului, de drepturile lui naturale), sau reglementările normative sunt în contradicție cu aceste drepturi firești, consfințite în Constituție, Convenții internaționale la care statul este Parte și cetățeanul le revendică întemeiat.

Prin urmare, „dreptul discreționar” își are obiectul său de studiu:

- cauzele apariției „dreptului discreționar” în legea materială și în cea procesuală;

- caracteristica normelor de drept ce permit aplicarea lor discreționară;

- scopul aplicării discreționare a normei de drept;

- subiecții de drept cu împuterniciri discreționare de aplicare a dreptului;

- principiile, criteriile și procedurile aplicării discreționare ale dreptului;

- principiile dreptului și „dreptul discreționar”;

- limitele aplicării discreționare a normei de drept;

- controlul aplicabilității discreționare a dreptului;

- aspectele pozitive și negative ale aplicării discreționare a dreptului în procesul de realizare a dreptului;

- perfecționarea cadrului legislativ ca o condiție importantă din punctul de vedere al dreptului material, de limitare a realizării discreționare a dreptului;

- sarcinile științei juridice în abordarea și tratamentul acestor și altor probleme legate de apariția și procedurile de realizare a „dreptului discreționar”. Însemnătatea lui practică în edificarea statului de drept, protecția drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

„Dreptul discreționar” este o realitate obiectivă, o realitate juridică care, pe de o parte, în plan legislativ, se cere limitată prin perfecțiunea legislației, iar pe de altă parte, ca un fenomen juridic inevitabil, se cere studiat, corect reglementat și aplicat juridic ca un factor pozitiv în procesul de realizare a dreptului, fiind o varietate deosebită a utilizării și aplicării dreptului.

Totalitatea factorilor din normele de drept material și procesual, care permit subiecților de drept a lua o decizie legală, justă, echitabilă, conform voinței lor, lăsată de legiuitor la libera lor alegere, alcătuiesc „dreptul discreționar”.

Elementele de bază ale „dreptului discreționar”:

1. Factorii obiectivi: normele de drept material, care sunt temeiul juridic oferit de legislator sau impus de unele defecte ale dreptului pentru a alege decizia din mai multe variante în limitele normei ce reglementează relația socială aflată în conflict, alcătuiesc discreția materială a „dreptului discreționar”.

2. Activitatea propriu-zisă de a alege decizia din



mai multe variante, toate legale, alcătuiesc discreția procesuală a „dreptului discreționar”.

3. Decizia luată, în mod discreționar, trebuie să fie una optimă, să corespundă finalității actului normativ, sensului legislației în vigoare, principiilor generale ale dreptului intern și internațional, drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, deci să corespundă sco-pului urmărit, care alcătuiește esența „dreptului discreționar”, a cărui realizare se efectuează cu respectarea principiilor legalității, oportunității, echității.

4. Aplicarea discreționară a normei juridice la cazuri concrete poate fi luată doar de subiectul de drept în limitele competenței sale și care are împuterniciri corespunzătoare în acest sens. Posibilitatea de a alege decizia luată este un drept, nu o obligațiune, a agentului de aplicare a legii, căruia îi revine funcția de subiect al „dreptului discreționar”.

5. Deoarece deciziile luate discreționar (de altfel, ca și orice decizie juridică luată de organele competente) pot afecta drepturile și interesele legitime ale participanților raporturilor juridice, ele necesită prezența unor proceduri și mecanisme de contestație și control din partea statului (în primul rând, controlul judiciar), și al societății, care în totalitatea lor alcătuiesc elementul de control în procesul de realizare a „dreptului discreționar”. Luarea unei decizii optime cu aplicarea discreției materiale și procesuale, în mare măsură, depinde de alți factori obiectivi, cum ar fi: interesul public, ordinea publică, securitatea statului, morala și tradițiile din societate; dar și subiectivi: profesionalismul subiectului de drept, cultura și conștiința lui juridică, poziția civică, precum și alte circumstanțe ale cauzei concrete, care pot juca un anumit rol asupra luării deciziei discreționare și sunt elemente facultative ale „dreptului discreționar”.

Pentru a limita aria de realizare a dreptului prin intermediul „dreptului discreționar”, este necesar ca legislatorul să evite adoptarea de acte normative cu concepte nedeterminate, cu norme juridice nedeterminate, vagi, ambigue; să armonizeze legislația națională cu prevederile constituționale, cu convențiile internaționale la care Republica Moldova este Parte; să completeze vidul legislativ pentru a înlătura necesitatea aplicării legii prin analogie; să înlătore coliziunile și alte defecte ale legii care generează aplicarea lor discreționară; să fixeze clar sarcinile și competențele fiecărui organ responsabil de traducerea în viață a legii, împuternicirile factorilor decizionali și limitele lor la aplicarea normei de drept.

Normele exprese să nu fie în contradicție cu dispozițiile generale ale legii, iar Legea în întregime să nu contravină Constituției, altor principii fundamenta-

le ale dreptului, să se încadreze perfect în sistemul de drept național.

În cazurile când totuși interpretarea normei de drept și aplicarea concretă a ei este lăsată la discreția celui ce o aplică, să fie clar fixate hotarele discreției, pornind de la finalitatea legii.

Este necesară o reglementare procesuală a aplicării „dreptului discreționar” – în ce situații poate fi aplicat, de ce criterii este necesar a ține cont, factorii împuterniciți, procedeele și organele obligate cu funcții de control al aplicării discreționare a legii, obiectul și hotarele acestui control, în așa fel încât deciziile discreționare să fie și verificate, dar și susținute, ca un procedeu inevitabil de realizare a dreptului.

Din punctul de vedere al teoriei generale a dreptului, „dreptul discreționar” este o instituție juridică universală, interramurală, cu un volum mai îngust sau mai extins de aplicare, specific fiecărei ramuri de drept sau chiar unei legi luate aparte.

Note:

¹ Березин А.А., *Пределы правоприменительного усмотрения*, дисс. ... канд. юрид. наук, Нижний Новгород, 2007, с.167.

² Пашкевич П.Ф., *Закон и судебское усмотрение* în *Государство и право*, 1982, №1, с.55.

³ Лазарев Б.М., *Компетенция органов управления*, Москва, 1972, с.92.

⁴ Боннер А.Т., *Законность и справедливость в правоприменительной деятельности*, Москва, 1992, с.31.

⁵ Березин А.А., *op.cit.*, p.18.

⁶ *Правоприменение в советском государстве*, под редакцией И.Н. Кузнецова, И.С. Самощенко, Москва, 1985, с.40.

⁷ Гончаров В.Б., Кожевников В.В., *Проблемы усмотрения правоприменяющего субъекта в правоохранительной сфере*, în *Государство и право*, №3, 2001, с.57.

⁸ Боннер А.Т., *op.cit.*, p.32.

⁹ Березин А.А., *op.cit.*, p.43.

¹⁰ Codul penal al Republicii Moldova, 2002.

¹¹ Codul contravențional al Republicii Moldova.

¹² Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție „Cu privire la practica judiciară în procesele penale despre sustragerea bunurilor” din 28.06.2004 cu modificările din 07.11.2005.

¹³ Безруков С.С., *Оценочные понятия и термины в уголовно-процессуальном законодательстве*, автореф. дисс. ... канд. юрид. наук, Москва, 2001, с.4.

¹⁴ Левина Д.Н., *Теоретические проблемы и применения оценочных понятий*, автореф. дисс... канд. юрид. наук, Москва, 2001, с.12.

¹⁵ Бару М.И., *Оценочные понятия в трудовом законодательстве*, în *Государство и право*, 1970, №7, с.104.

¹⁶ Березин А.А., *op.cit.*, p.46-60.

¹⁷ *Ibidem*, p.83-92.



PARTICULARITĂȚILE NEGOCIERII CONTRACTELOR COMERCIALE INTERNAȚIONALE

Lilia GRIBINCEA,

doctor în drept, conferențiar universitar (USM)

SUMMARY

Sensitivity to negotiating in an international context is a valuable skill. An international business negotiation involves style and timing, as well as procedure and substance. Procedure is the ingredient which is frequently under planned but is most often an outcome determinative.

Negotiating styles differ from culture to culture and person to person.

It is always essential to understand the cultural back-ground of negotiating opposites and the potential for cross-cultural misunderstandings. Most cultures and foreign enterprises involve hierarchies which must be understood so as to properly evaluate the rank and power of negotiating opposites.

Negocierea contractelor comerciale internaționale implică stil și sincronizare, precum și procedură și esență. Stilurile de negociere diferă de la o cultură la alta, precum și de la o persoană la alta¹.

Negocierea comerciale constituie un proces complex care se desfășoară în momentele decisive ale formării contractului, implicând participarea activă – fizică și intelectuală – a negociatorului².

Unii autori³ definesc negocierea ca un proces organizat de comunicare între doi sau mai mulți parteneri din țări diferite, care urmăresc adaptarea progresivă a pozițiilor lor în scopul realizării unei înțelegeri reciproc acceptabile, materializată în contractul extern. Într-o altă opinie⁴, negocierea contractelor comerciale internaționale constituie o activitate complexă întreprinsă prin excelență de comercianți, persoane fizice și societăți comerciale, în scopul obținerii unor rezultate reciproc avantajoase în procesul derulării raporturilor contractuale. Negocierea acestor contracte este un proces organizat, etapizat și competitiv între două sau mai multe firme comerciale, care sunt preponderent parteneri, în cursul căruia se ajustează și se armonizează interesele lor fundamentale, urmărindu-se ca – dincolo de competiția inerentă dintre ele – să se asigure obținerea profitului scontat de către fiecare în parte.

În doctrina juridică, sunt enumerate câteva principii, care guvernează negocierile contractuale, și anume: principiul ajustării pretențiilor, acțiunilor compensatorii, legalității și moralității, bunei-credințe, reciprocității, respectării ordinii publice⁵.

S-a remarcat⁶ că, spre deosebire de negocierile comerciale interne, cele internaționale prezintă un grad sporit de dificultate, atât la etapa pregătirii, precum și la etapa desfășurării lor, avându-se în vedere complexi-

tatea structurii și fenomenelor pieței mondiale, caracterizate prin:

- concurența deosebit de puternică și calificată;
- conflicte între prețuri interne și prețuri externe;
- confruntări de legislații naționale;
- confruntări între monedele naționale;
- fluctuații valutare;
- condiționări tehnice de adaptare, confecționări de ambalaje și marcaje speciale;
- dificultăți în procurarea mijloacelor de transport;
- finanțarea exportului, organizarea activității de marketing etc.

La baza oricărei negocieri comerciale moderne stau în mod obligatoriu⁷:

- funcționarea rețelei externe de reprezentare și comercializare;
- existența unor legături și interdependențe ale sistemului informațional atât pe plan intern, precum și pe plan extern;
- funcționarea unui sistem de elaborare și editare de material tehnic documentar și de publicitate;
- formarea și specializarea cadrelor de negocieri, inclusiv sub aspect moral, cultural și psihofiziologic.

Pe plan secundar, în conținutul pregătirii negocierilor comerciale intră:

- identificarea partenerului extern de afaceri potențial și examinarea bonității lui;
- stabilirea obiectului negocierii;
- formarea echipei de negocieri și elaborarea materialului specific.

Se are în vedere și faptul că piața mondială este fragmentată într-o mulțime de segmente, mai mult sau mai puțin apropiate de țara exportatorului sau importatorului, care trebuie cunoscute și studiate.

În relațiile comerciale internaționale, procesul ne-



gocierilor este finalizat prin comunicări scrise, comunicarea verbală având un rol primordial atât din punctul de vedere al spațiului pe care-l ocupă (etapa de selecție, tratativele propriu-zise, perioadele de redactare a clauzelor contractuale, aspectele de derulare, activitatea postnegociere etc.), precum și din punctul de vedere al conținutului (elementele esențiale ce fac obiectul negocierilor se stabilesc prin dialog direct). Practica contractuală a demonstrat că cele mai divergente situații au fost soluționate prin comunicare verbală⁸.

În doctrină s-a remarcat⁹ că negocierile dintre partenerii comerciali sunt necesare pentru stabilirea prețurilor de contract pe baza prețurilor mondiale caracteristice, impuse în mod obiectiv de acțiunea legii valorii pe plan mondial, în confruntarea dintre cerere și ofertă, precum și a celorlalte clauze, menționate în contractul de vânzare-cumpărare.

Unii autori menționează¹⁰ că negocierea comercială prezintă o serie de particularități. În primul rând, este vorba de un proces organizat, adică de un ansamblu de inițiative, contacte, schimburi de mesaje, discuții etc., care se realizează de parteneri comerciali în conformitate cu regulile și uzanțele statornicite în lumea de afaceri, cu reglementările legale pertinente.

În al doilea rând, negocierea este un proces de adaptare, de armonizare a intereselor distincte ale părților în vederea atingerii obiectivului comun al partenerilor: realizarea unui acord de voință privind încheierea unei afaceri.

În al treilea rând, negocierea este un proces cu o finalitate precisă: încheierea de contracte comerciale internaționale.

Pentru că „*la morale des affaires est une morale de fer*”, negociatorul trebuie să urmărească realizarea propriului interes, fiind totodată atent la interesul partenerului și loial față de acesta. Așadar, negociatorul trebuie să se informeze el însuși, să-l informeze sau, după caz, să-l sfătuiască pe partener și să aibă față de el o conduită loială¹¹.

Orice negociere trebuie să înceapă cu o informare preliminară, care constituie o măsură necesară pentru buna organizare a negocierii și pentru asigurarea succesului acesteia¹².

Condiția esențială pentru reușita negocierilor comerciale internaționale o reprezintă pregătirea riguroasă a acestora, respectiv, crearea premiselor pentru prezentarea pozițiilor părților, comunicarea deschisă dintre parteneri și finalizarea avantajoasă a tratativelor¹³. **În acest sens, practica internațională relevă câteva etape în pregătirea negocierilor¹⁴:**

a) *Cunoașterea pieței externe, a climatului general de afaceri și identificarea potențialilor parteneri comerciali.*

La această etapă, comerciantul procedează la prospectarea, investigarea și studiul piețelor străine în scopul exercitării unei opțiuni în cunoștință de cauză cu privire la operațiunea comercială pe care dorește să o efectueze¹⁵.

Paralel cu prospectarea sistematică a unor piețe străine sunt utilizate, în țările preferate, mijloacele locale de propagandă comercială, de publicitate prin cele mai diverse mijloace: presă, radio, televiziune, difuzarea de pliante, broșuri, a unor cataloage de export și chiar a unor mostre de reclamă. Organizarea unei asemenea campanii formează, de multe ori, obiectul unui contract de publicitate comercială.

Negociatorii trebuie să cunoască bine legislația și uzanțele comerciale, reglementările de politică comercială, cele financiar-valutare și incidențele acestora, capacitatea pieței și delimitarea segmentului de piață pentru care sunt destinate produsele exportate sau de la care urmează să provină importurile, posibilitățile de distribuție, condițiile de promovare a vânzărilor, modalitățile de comercializare etc. O mare importanță o prezintă cunoașterea stării economice și financiare a partenerului, solvabilitatea și reputația comercială ale acestuia, identificarea surselor de finanțare¹⁶.

b) *Inițierea dialogului contractual.* În situația în care, după demersurile exploratorii efectuate, apare interes pe piața respectivă pentru produsele oferite, respectiv solicitate, se inițiază negocieri între virtualii parteneri contractuali. Intenția de a negocia reprezintă etapa care precede negocierea propriu-zisă.

Dialogul contractual poate fi propus de exportator sau de importator, precum și de intermediari. Dar întotdeauna negocierile au un caracter facultativ, ele fiind o condiție prealabilă încheierii contractului. Inițiativa dialogului contractual poate să aparțină exportatorului, care lansează o ofertă publicitară, sau importatorului, care emite o cerere de ofertă. Ambele însă, fiind facultative, pot fi oricând retrase de către cel care le-a emis¹⁷.

După contactarea partenerului, urmează ultima fază a dialogurilor precontractuale – *tratativele comerciale*. La această etapă, părțile urmăresc să ajungă la o înțelegere în privința tuturor clauzelor care vor concretiza formarea contractului extern¹⁸. Premisa esențială a tratativelor o reprezintă menținerea caracterului deschis al comunicării, asigurarea unui climat de lucru, de cooperare între părți¹⁹. Negocierea propriu-zisă este definită prin participarea echipelor de negociatori la un dialog efectiv, în cursul căruia fiecare parte își prezintă argumentele, urmărindu-se prevenirea sau combaterea obiecțiilor partenerului²⁰. Negocierile propriu-zise se declanșează atunci când



pe masa negociatorilor se află o ofertă. Oferta fermă și formulată cu claritate, în sensul unei descrieri fără ambiguități, al precizării termenelor de plată, termenelor de livrare a mărfii și a instrucțiunilor privind ambalarea, transportul și asigurarea, constituie premisa unor negocieri fructuoase²¹.

Referindu-se la **negocierea cu rea-credință**, *Principiile UNIDROIT*²² – 2010 asupra contractelor comerciale internaționale, ediția a treia (în continuare – *Principiile UNIDROIT*) prevăd²³ că o parte este liberă să negocieze și nu este răspunzătoare pentru neajungerea la o înțelegere. Totuși, o parte care negociază sau întrerupe negocierile cu rea-credință poartă răspundere pentru pierderile cauzate celeilalte părți. Este rea-credință, în particular, din partea unei părți, să înceapă sau să continue negocierile atunci când nu intenționează să ajungă la o înțelegere cu cealaltă parte.

Obligația de confidențialitate privind informațiile obținute în timpul negocierii este reglementată de *Principiile UNIDROIT*, care stabilesc²⁴, că atunci când unele informații sunt oferite cu caracter de confidențialitate de către o parte în cursul negocierilor, cealaltă parte se află sub obligația de a nu dezvălui acea informație sau de a o folosi necorespunzător pentru scopurile sale proprii, chiar dacă un contract este încheiat ulterior sau nu. Atunci când este cazul, despăgubirea pentru încălcarea acestei obligații poate include compensații bazate pe beneficiile obținute de cealaltă parte.

De regulă, deschiderea și desfășurarea negocierilor are loc în următoarele etape²⁵:

I. Deschiderea negocierilor are ca obiectiv principal estimarea distanței care separă echipele de negocieri și identificarea punctelor în dezacord; ascultarea dorințelor partenerilor, fără a se expune punctul de vedere față de solicitarea acestuia; formularea de către parteneri a unor întrebări de informare și clarificare a unor probleme neclare; se va da dovadă de empatie, înțelegere și cooperare, scopul acestei etape fiind cunoașterea cât mai exactă a poziției partenerului, și nu rezolvarea imediată a problemelor. Pe tot parcursul negocierilor, este necesar de reținut că o importanță deosebită o prezintă limbajul utilizat. Acesta trebuie să asigure o discuție directă, la obiect, bazată pe dialoguri concise, clare, pornind de la premisa că negociatorul trebuie, în primul rând, să convingă.

Practica de afaceri arată că în comunicarea dintre partenerii de negociere se recomandă respectarea unor cerințe de ordin tehnic, și anume:

a) începerea discuției să se bazeze pe un raționament care să provoace reacția partenerului;

b) să se accepte de la bun început ideea că discuția poate provoca schimbări în propriul raționament;

c) să se folosească o argumentare corectă, concretă și convingătoare, adecvată situației în cauză;

d) să se aprecieze în permanență punctele convergente și cele divergente și fiecare dintre parteneri să-și definească poziția;

e) să se încerce, cu tactul necesar, soluționarea punctelor divergente.

Un principiu de bază la negocieri constă în necesitatea de a nu combate niciodată cu duritate obiecțiile. Prevenirea și combaterea obiecțiilor presupune o pregătire foarte bună, cunoașterea temeinică a obiectului negocierii, precum și mult tact și abilitate. Doctrina a remarcat²⁶ că persoanele care participă la tratative trebuie să aibă o pregătire multilaterală sub aspect juridic, tehnic și economic.

În formularea de obiecții, precum și în combaterea celor formulate de către partenerii de afaceri, este necesar să se aibă în vedere principiul obținerii de avantaje reciproce, al asigurării condițiilor acceptabile pentru partener de finalizare a negocierilor.

II. Pauza pentru analiza și crearea unor binoame de concesi. După prima etapă, de regulă, se face o pauză, durata căreia variază în funcție de importanța negocierii. Este necesar ca pauza să fie menționată în ordinea de zi a ședinței de negociere. Tranziția de la prima etapă a negocierii la cea de-a doua etapă se poate recunoaște prin următoarele semne: atmosfera este mai destinsă, iar luările de cuvânt sunt mai scurte și numărul de vorbitori crește. Pe parcursul negocierilor se pot face una sau mai multe pauze, necesare pentru a permite celeilalte echipe să analizeze o nouă propunere, ofertă sau punct de vedere, sau pentru a atenua oboseala fizică și a servi cafele și răcoritoare, ori pentru a calma spiritele.

III. Evaluarea concesiilor reciproce posibile. Un rol important la menținerea caracterului deschis al comunicării revine disponibilității partenerilor la *concesi* (renunțarea unilaterală de către una dintre părți la una sau mai multe din dispozițiile susținute în scopul creării condițiilor pentru o înțelegere) și *compromisuri* (acordarea de concesi reciproc în scopul deblocării tratativelor și facilitării perfectării contractului).

Comunicarea la această etapă este de tipul „Dacă... Atunci...”, de exemplu: „Dacă dumneavoastră sunteți gata să livrați marfa până la data de 15 decembrie 2011, atunci noi vom achita 10% din cheltuielile de transport” sau „Dacă dumneavoastră veți achita prețul mărfii în avans, până la data de ..., noi suntem dispuși să vă acordăm un rabat de 5%”. Dacă binomul nu este acceptat de partener, acesta poate face o nouă propunere care se va analiza și dacă nu se va putea găsi o soluție convenabilă, se va propune partenerului nego-



cierea unui alt punct de pe ordinea de zi, cu mențiunea că se va mai reveni asupra chestiunii date.

Nu se vor face concesiile gratuite, dar se va aplica permanent dictonul „*dau dacă îmi dai*”. Fiecare concesie ipotetică făcută partenerului constituie un gest de bunăvoință pentru cealaltă parte, care va fi nevoită să facă efortul de reciprocitate.

IV. Negocierea fiecărei clauze din contract. Scopul acestei etape este obținerea acordului partenerului pentru fiecare clauză contractuală. Etapa presupune creativitate, intuiție și capacitate de a decide sub presiunea timpului.

V. Redactarea finală a contractului. Fiecare punct sau clauză va fi formulat sau reformulat cu acordul ambelor părți și va fi înscris în contract în limba sau limbile convenite în prealabil. Deoarece contractele comerciale internaționale se încheie, de cele mai multe ori, în două sau trei exemplare originale, având conținut identic, dar fiind redactate în limbi diferite, este necesar de stipulat în contract o clauză conform căreia exemplarul întocmit în una din limbile de circulație internațională constituie exemplarul de referință.

VI. Dactilografierea și semnarea contractului. După dactilografierea în varianta finală a contractului, conducătorii celor două echipe de negocieri vor citi contractul, după care se va trece la semnarea acestuia. Semnarea se face, de regulă, într-un cadru festiv, se ciocnește un pahar de șampanie, membrii celor două echipe se felicitează și se asigură reciproc că vor onora cele convenite, după care are loc o masă la un restaurant foarte bun, organizată de gazde sau de partener.

VII. Întocmirea raportului de activitate al echipei de negociere. Raportul de negociere trebuie să fie elaborat cu multă grijă și competență de către șeful echipei de negociere, să fie clar și concis. Raportul trebuie să includă derularea evenimentelor și a rezultatelor obținute sau în caz de insucces – a cauzelor care l-au provocat. Raportul are un caracter confidențial.

Pentru membrii echipelor de negocieri, este foarte important să cunoască sub ce aspect sunt văzuți de către partenerii lor și ce idei au despre ei. Această cunoaștere îi ajută să înțeleagă mai bine modul în care partenerii acționează și reacționează în procesul negocierilor. Astfel, negociatorii din SUA și Canada, spre deosebire de alți parteneri, consideră că factorul financiar este elementul esențial pentru succesul în negocieri și, în general, le sunt caracteristice:

- tendința de asumare a unor riscuri este mare; de regulă, negociatorul este evaluat „global”, și nu în funcție de rezultatul fiecărei tranzacții;
- negocierea e văzută ca un proces competitiv, sănătos și constructiv;

- acordă mare atenție organizării, pun accent pe punctualitate;

- se caută eliminarea tuturor greutăților de la bun început;

- accentul este pus pe rapiditate și eficiență;

- argumentația este bazată pe elemente de eficiență, iar negocierea se face „punct cu punct”, cu apropierea treptată spre o soluție de compromis;

- acțiunile de protocol sunt destinsse, se practică și invitarea partenerilor la domiciliul negociatorului, iar soțiile joacă un rol important în acțiunile de protocol.

Negocierea cu americanii cere în special:

- să le accepți rapiditatea, grija lor pentru eficiență și pragmatismul „*time is money*”;

- să respecti angajamentele de preț, ceea ce nu exclude să fii asistat de juriști competenți la încheierea contractelor;

- să arăți o anumită modestie asupra pregătirii tale universitare, dacă e cazul.

Înainte de a pleca în China, lasă acasă îmbrăcăminte foarte colorată²⁷. Nu îmbrățișa, săruta sau mângâia un chinez, deoarece nu le plac contactele fizice cu străinii. În China se spune mai întâi numele de familie. Dacă în călătoriile tale oamenii de pe stradă te aplaudă, zâmbește-le și aplaudă-i și tu. Gazda ta de afaceri îți va oferi, fără îndoială, un banchet. Fii punctual, dar pleacă destul de repede după terminarea mesei. Deoarece acest banchet este un dar în onoarea ta, trebuie să oferi și tu unul, egal ca valoare cu cel primit. Când te întâlnești cu un chinez pentru o discuție de afaceri, ți se va servi, probabil, ceai, de mai multe ori în timpul zilei. Aceasta face parte din ritual și trebuie să-l accepți întotdeauna. Caracteristic negociatorului chinez este faptul că el nu decide de unul singur, dar face parte dintr-o ierarhie. În general, negocierea se face în fața a doi interlocutori: negociatorul și utilizatorul final, prin urmare, trebuie convingi ambii. La negocierea cu parteneri din China, trebuie să se țină cont de următoarele²⁸:

- negociatorii chinezi acceptă să intre în negocieri doar dacă în prealabil prețul solicitat este redus până la nivelul considerat de ei ca negociabil, sau dacă li se argumentează destul de convingător justetea prețului solicitat;

- sunt gazde ospitaliere și apreciază complimentele;

- manifestă reținere față de partenerii tineri și femei;

- echipele de negociere sunt, de regulă, numeroase și uneori pe parcursul negocierilor schimbă echipa sau o parte din ea;

- au un orgoliu național foarte puternic, bazat pe



forța culturii și organizării sociale și care au o importanță mai mare decât banii;

- noțiunea timpului la chinezi este diferită decât cea a occidentalilor, motiv pentru care nu trebuie să te agiți, dar să aștepți;
- negocierile sunt deseori greoaie, deoarece nu se grăbesc niciodată;
- echipele de negociere au mulți specialiști, care întreabă ceva în permanență.

Referitor la Japonia, putem menționa că este o țară cu ritualuri structurale complicate, care s-au dezvoltat de-a lungul secolelor. Oamenii se comportă conform unui cod al manierelor elegante, care se bazează pe o îndelungată tradiție. Tot ce face un japonez, inclusiv felul în care salută oamenii, se distrează, oferă cărți de vizită de afaceri, intră într-o cameră, face schimburi de cadouri și își bea ceaiul, este în acord cu anumite reguli prescrise. Japonezii reacționează puternic negativ față de oamenii zgomotoși, care poartă haine extravagante și sunt extrem de familiari. Japonezii au obiceiul de a da mâna cu străinii, dar ei trăiesc într-o societate a reverenței, care se bazează pe importanța acordată individului în fața căruia este făcută. Dacă se negociază cu parteneri din Japonia, este necesar să se țină cont de următoarele:

- negocierea cere multă experiență și răbdare;
- ritualurile legate de protocol sunt extrem de importante;
- negociatorii sunt inteligenți și găsesc uneori soluții, care surprind prin originalitatea lor;
- adoptă uneori o poziție pasivă în mod deliberat, urmărind ca partenerul să-și epuizeze toate argumentele;
- este indicat ca glumele și ironiile să fie uitate pe cât posibil;
- cu excepția ieșirii din lift, femeia merge în urma bărbatului;
- gestul de a bate prietenește pe umăr provoacă oroare japonezilor;
- strânsul și scuturatul mâinii îi dezgustă pe japonezi. E de preferat o înclinare a capului și a umerilor;
- afișarea unei siguranțe și încrederi prea mari e privită ca o lipsă de delicatețe din partea dumneavoastră;
- se pune accent pe ținuta vestimentară, care trebuie să fie decentă, fără extravagante;
- cărțile de vizită sunt importante și se recomandă să fie scrise pe o parte în japoneză, iar pe verso în engleză;
- au un sistem foarte bine pus la punct de stocare și folosire a informațiilor, precum și de planificare a purtării negocierii.

Negociatorii din Olanda dau dovadă de cinste, co-

rectitudine și respectă cuvântul dat. Sunt perseverenți în atingerea scopului, insistă și caută soluții și în situații aparent fără ieșire. Dacă un coleg de afaceri din Olanda îți oferă o băutură în timpul discuției de afaceri, în orice moment al zilei, primește-o. Poți oricând să te prefaci că o bei – la olandezi a oferi și a primi o băutură este o parte esențială a ospitalității lor în afaceri. Olandezii sunt sensibili la atenții protocolare cu o valoare simbolică, precum și la felicitări cu ocazii festive, sărbători de familie, religioase etc.

Dacă ești gazdă într-o țară scandinavă, nu uita să saluți oaspeții imediat, astfel încât ei, la rândul lor, să te poată saluta pe tine și pe ceilalți, încât toată lumea să poată continua să-și bea băuturile. În Suedia trebuie să fii exagerat de punctual la întâlnirile de afaceri și la evenimentele sociale. Negociatorii suedezi sunt reci, dar caracterizați de modestie, punctualitate, eficiență, seriozitate, au o pregătire profesională foarte bună, sunt politicoși și exacti, ca în tot ceea ce întreprind.

În Egipt te vei obișnui cu așteptarea, deoarece promptitudinea nu face parte din modul egiptean de a face afaceri.

Negociatorii germani se conduc de deviza „*ein man ein wort*”²⁹ și se țin de cuvânt în orice împrejurare, sunt serioși, calmi, siguri pe ei, buni profesioniști, punctuali, exacti în tot ceea ce întreprind. Se străduiesc să obțină cele mai bune condiții, dar lasă și pe partener să câștige.

Negociatorii englezi sunt pregătiți, în mod special, în școli și dețin o clasă înaltă, sunt politicoși, punctuali și protocolari, negociază pe baza unor date concrete, semnează după o matură chibzuință, dețin informații la zi și au scheme de negociere pregătite în prealabil, astfel încât inspirația de moment joacă un rol minor. Echipa de negociere nu este schimbată pe parcurs și între membrii ei există o adevărată comunitate spirituală.

Francezii consideră negocierea ca o dezbateră amplă ce își propune să găsească noi soluții bine fundamentate. Negociatorii francezi acordă importanță punctualității în afaceri și acțiunilor cu caracter protocolar în vederea simplificării finalizării, manifestă o mare doză de naționalism, agreează momente de destindere în negocieri prin glume și atmosfera creată, în negocieri manifestă umor, dar sunt și sardonici.

Negociatorii indonezieni stabilesc ușor contacte de afaceri, nu acordă o importanță majoră aspectelor de protocol, iar deciziile se iau după o matură chibzuință, în special pentru contracte importante.

Este recomandabil ca atunci când mergi în străinătate, pentru a încheia afaceri, să înveți cât mai multe despre țara respectivă.



Negocierile paralele sunt considerate de unii autori ca fiind în contradicție cu principiul bunei-credințe³⁰.

În ce privește nașterea obligației în perioada precontractuală, Codul civil al Republicii Moldova prevede³¹ că o parte negociatoare poate cere celeilalte părți compensarea cheltuielilor suportate în baza îndreptățitei încrederi în încheierea contractului, dacă în urma vinovăției acesteia contractul nu a fost încheiat.

Referitor la răspunderea părților în perioada precontractuală, unii autori menționează că este vorba de o fază preliminară, în care sunt discutate condițiile unui contract, fiind posibil să nu fi fost formulată încă o ofertă de a contracta, susceptibilă de a fi acceptată ca atare, dar numai să se fi făcut propuneri și contrapropuneri.

Tratativele pot fi întrerupte oricând, fără consecințe asupra răspunderii, cu excepția cazurilor în care se dovedește intenția sau culpa gravă a unui partener, de exemplu, lipsa unei intenții serioase de a contracta³².

Se precizează, de asemenea³³, că ruperea unor tratative avansate fără un motiv valabil poate fi sancționată de instanțe pe temeiul răspunderii delictuale. O asemenea răspundere poate fi angajată și în cazul în care în cuprinsul acestei faze una dintre părți nu dă celeilalte toate informațiile susceptibile de a clarifica și de a o determina la încheierea unui contract.

În dreptul țărilor occidentale, pe măsura dezvoltării societății de consum, și-a făcut loc – la început în jurisprudență, iar apoi în legislație – ideea existenței unei obligații de informare ce funcționează între părțile contractante³⁴. Ea provine dintr-o obligație mai generală de loialitate, care guvernează materia contractelor³⁵. Codul civil al Republicii Moldova prevede că raportul obligațional poate da naștere unui drept la informare, fără ca acesta să fie stipulat în mod expres. Punerea la dispoziție a informației presupune și obligația de eliberare a documentelor corespunzătoare. Dreptul la informare se naște îndeosebi atunci când informarea este semnificativă pentru determinarea conținutului obligației și poate fi făcută de cel căruia i se cere ca prin aceasta să-i fie afectate drepturile. Cel care solicită informarea trebuie să compenseze cheltuielile făcute pentru aceasta de cel obligat să informeze. Cel din urmă poate pretinde prestații asigurătorii³⁶.

Negociatorul este dator să furnizeze partenerului toate informațiile pe care le deține și care ar putea fi determinante pentru partener în luarea hotărârii de a încheia contractul. În mod deosebit, este obligat să-i semnaleze riscurile referitoare la utilizarea unui produs³⁷.

S-a remarcat³⁸ că, în esență, prin îndeplinirea obligației de informare, partea ținută la aceasta previne cealaltă parte asupra riscurilor sau avantajelor unei anumite măsuri sau act, astfel încât alegerea conduitei de urmat să fie efectuată în deplină cunoștință de cauză.

Unii autori³⁹ consideră sinonime obligația de informare și obligația de consiliere, iar alți autori⁴⁰ fac distincție între acestea. Se consideră că obligația de consiliere diferă de cea de informare prin funcția sa mai specifică, implicând o judecată de valoare, prin câmpul său de aplicare mai îngust (se aplică mai ales vânzătorilor profesioniști, care vând unor cumpărători profani aparate de înaltă tehnicitate), precum și prin sarcina mai dificilă ce revine debitorului acestei obligații.

De regulă, obligația precontractuală de informare se aplică în toate cazurile în care vânzătorul este un profesionist, iar cumpărătorul un profan. Există însă și situații în care obligația de informare este reciprocă, fiecare parte fiind debitor și creditor în același timp. Astfel, cumpărătorul unei mașini sau al unui calculator trebuie să aducă la cunoștința vânzătorului destinația bunului achiziționat, mai ales, în situația în care aceasta este atipică⁴¹. În doctrina juridică se citează⁴² cazul defectării unei mașini de spălat vase, deoarece apa cu care era alimentată provenea dintr-o fântână ce conținea calcar, fără a fi dedurizată, iar nu din rețeaua de alimentare a orașului, cum ar fi fost normal.

Obligația de a informa este limitată la faptele pe care cealaltă parte nu le cunoștea și nici nu era ținută să le cunoască. Aceste fapte trebuie să fie relevante, adică să fie de natură a influența hotărârea părții, în sensul încheierii contractului sau al perfectării. În absența unei invitații exprese a contractantului, preinformarea acestuia cu privire la toate datele care prezintă pentru el însemnătate nu este contrară bunei-credințe, dacă partenerul contractual ar fi putut, pe baza propriilor sale investigații, să ia cunoștință de datele pertinente⁴³.

Dacă unul dintre debitorii obligației reciproce de informare a fost prea laconic, partenerul său poate fi eliberat de răspundere, total sau parțial⁴⁴.

În cazul nerespectării obligației precontractuale de informare, sancțiunile sunt diverse. Dacă neinformarea contractantului este o formă a dolului prin reticență, s-a remarcat⁴⁵ că sancțiunile aplicabile sunt nulitatea relativă a contractului pentru vicierea consimțământului și obligarea la daune-interese a celui vinovat atunci când este cazul.

În cazul existenței unui element aleatoriu particular sau al unei urgențe, răspunderea pentru nerespectarea obligației de informare poate fi diminuată⁴⁶.

În cazul transmiterii unor informații inexistente, debitorul obligației de informare trebuie să îndeplinească ceea ce a promis⁴⁷.

În concluzie, remarcăm că negocierea prezintă o importanță deosebită, deoarece anume în această etapă se stabilește conținutul contractului, care generează drepturi și obligații asupra părților contractante.



Note:

- ¹ Folsom Ralph H., Wallace Gordon Michael, John A. Spanogle, JR., *International Busoness Transactions*, in a Nutshell Series, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1991, p.40.
- ² Jacquet Jean-Michel, Delebecque Philippe, *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris, 1997, p.121.
- ³ Popa I., *Tranzacții internaționale. Politici. Tehnici. Instrumente*, Recif, București, 1992, p.184.
- ⁴ Mazilu Dumitru, *Dreptul comerțului internațional*, Partea specială, Lumina Lex, București, 2000, p.33.
- ⁵ Dorobanțu Horia, *Tranzacții comerciale*, Lumina Lex, București, 1998, p.186; Dumitru Mazilu, *op.cit.*, 2000, p.34; *Report of the Working Group on International Contract Practices*, United Nations, New York, March, 1999.
- ⁶ Stoian I., Pencea R., Stoian M., *Tehnici de comerț internațional. Pentru pregătirea importatorului și a exportatorului*, vol.I, București, 1992, p.95.
- ⁷ Stoian I., Dragne E., Stoian M., *Comerț internațional, Tehnici și proceduri*, vol.II, Caraiman, București, 1997, p.721.
- ⁸ Voiculescu Dan, *Negocierea – forme de comunicare în relațiile interumane*, Știința, București, 1991, p.24.
- ⁹ Georgescu Toma, Caraiani Gheorghe, *Managementul negocierii afacerilor. Uzanțe. Protocol*, Lumina Lex, București, 1999, p.21.
- ¹⁰ Popa Ioan, *op.cit.*, p.184-185.
- ¹¹ Turcu Ion, Pop Liviu, *Contractele comerciale. Formare și executare*. Introducere în teoria și practica dreptului contractelor comerciale speciale, vol. I, *Formarea contractelor*, Lumina Lex, București, 1997, p.65.
- ¹² Dubisson M., *La négociation de marchés internationaux*, Edition du Moniteur, Paris, 1982, p.53.
- ¹³ Popa Ioan, *op.cit.*, p.186.
- ¹⁴ Gribincea Lilia, *Contractul comercial de vânzare-cumpărare internațională*, Reclama, Chișinău, 2002, p.62.
- ¹⁵ Căpățână Octavian, Ștefănescu Brândușa, *Tratat de drept al comerțului internațional*, vol. II, Partea specială, Editura Academiei, București, 1987, p.26.
- ¹⁶ Popa Ioan, *op.cit.*, p.186.
- ¹⁷ Rucăreanu Ion, Brândușa Ștefănescu, *Perfecționarea reglementării raportului de comerț exterior; Instituții de drept comercial internațional*, vol. II, București, 1982, p.216-217; Ioan Macovei, *Dreptul comerțului internațional*, Junimea, Iași, 1980, p.170-172.
- ¹⁸ Malita M., *Teoria și practica negocierilor*, Editura Politică, București, 1972, p.147.
- ¹⁹ Popa Ioan, *op.cit.*, p.190.
- ²⁰ Mazilu Dumitru, *Tratat privind teoria și practica negocierilor*, Lumina Lex, București, 2002, p.197.
- ²¹ Clive M. Schmitthoff, Schmitthoff's Export Trade. *The Law and Practice of International Trade*, Ninth Edition, Stevens and Sons, London, 1990, p. 90.
- ²² Institutul Internațional pentru Unificarea Dreptului Privat este o organizație interguvernamentală, independentă cu sediul la Roma. UNIDROIT a fost înființat în anul 1926, ca organ auxiliar al Societății Națiunilor, activitatea sa încetând odată cu desființarea organizației mondiale. În anul 1940 Institutul a fost reînființat în baza Statutului, care de fapt constituie un acord interstatal. Pentru informații generale a se vedea [http:// www.unidroit.org](http://www.unidroit.org).
- ²³ Art.2.1.15.
- ²⁴ Art.2.1.16.
- ²⁵ Pentru detalii a se vedea: Georgescu Toma, Caraiani Gheorghe, *op. cit.*, p.49 și urm.
- ²⁶ Puiu Al., *Conducerea și tehnica comerțului exterior*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1976, p.154.
- ²⁷ Pentru detalii a se vedea: Baldrige Letitia, *Codul manierelor în afaceri*, BUSINESS TECH INTERNATIONAL, Ediția II, București, p.163 și urm.
- ²⁸ Georgescu Toma, Caraiani Gheorghe, *op.cit.*, 1999, p.127.
- ²⁹ În traducere – „un om, un cuvânt”.
- ³⁰ Morin G. , *Le devoir de coopération dans les contrats internationaux* în *Droit et pratique du commerce internationale*, nr.1/1980, p.11.
- ³¹ Art. 515 (2).
- ³² Carbonnier J., *Droit civile*, Tome 4, *Les obligations*, Paris, Themis, 1969, p.62.
- ³³ Juglart M., *Cours de droit civil, avec travaux dirigés et sujets d'examen*, Tome I, 2e vol., 13 ed., Paris, Edit. Montchrestien, 1991, p.157-158.
- ³⁴ Chirică Dan, *Obligația de informare și efectele ei în faza precontractuală a vânzării-cumpărării*, în *Revista de drept comercial*, Serie nouă, Anul IX, nr. 7-8, 1999, Lumina Lex, București, 1999, p.56.
- ³⁵ Collart Dutilleul Fr., Delebecque Ph., *Contrats civils et commerciaux*, 4e éd., Dalloz, Paris, 1998, p.173.
- ³⁶ Art. 516.
- ³⁷ Turcu Ion, *Negocierile contractului comercial*, în *Revista de drept comercial*, serie nouă, anul VI, nr.2, 1996, Lumina Lex, București, 1996, p.35.
- ³⁸ Le Tourneau Ph., Cadiet L., *Droit de la responsabilité*, Dalloz, Paris, 1998, p.85.
- ³⁹ Collart Dutilleul Fr., Delebecque Ph., *op.cit.*, p.173 și urm.; Malaurie Ph., Aynès L., *Cours de droit civil. Contrats speciaux civils et commerciaux*, 12e edition par P. Y. Gauthier Cujas, 1998, p.214-215; H. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations*, 2 Contrat, Litec, 5e ed., 1995, p.120.
- ⁴⁰ Le Tourneau Ph., Cadiet L., *op.cit.*, p.467; Huet J., *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, *Les principaux contrats speciaux*, LGDJ, 1996, p.220-223.
- ⁴¹ Chirică Dan, *op.cit.*, p.53.
- ⁴² Georgescu I.L., *Drept comercial roman. Teoria generală a obligațiilor comerciale. Probele. Contractul de vânzare-cumpărare comercială*, Lumina Lex, București, 1994, p.220.
- ⁴³ Deleanu S., *Scrisorile de intenții*, *Revista de Drept comercial*, serie nouă, anul V, nr.1, 1995, Lumina Lex, București, 1995, p.113.
- ⁴⁴ Le Tourneau Ph., *op.cit.*, p.464.
- ⁴⁵ Huet J., *op.cit.*, p.219; Fr. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op.cit.*, p.185.
- ⁴⁶ Le Tourneau Ph., Cadiet L., *op.cit.*, p.524.
- ⁴⁷ Fabre-Magnan M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, LDGJ, 1992, p.641.



DELIMITAREA CONTRACTULUI DE EXPEDIȚIE DE ALTE CONTRACTE JURIDICO-CIVILE

Iurie MIHALACHE,

doctor în drept, lector universitar (USM)

RÉSUMÉ

Le contrat d'expédition présente une structure complexe. La principale distinction entre le contrat d'expédition et autres contrats civils consiste dans la relation avec le transport. L'expédition ne peut pas être séparée de transport. Une question clé est que les règles relatives à l'expédition du Code civil (chapitre XVI Expédition) porte un caractère général, ainsi que de nombreuses relations sociales restent sans protection juridique.

1. Precizări prealabile

Înainte de a vedea care sunt asemănările și deosebirile contractului de expediție față de alte contracte juridico-civile, este important să lămurim ce se înțelege prin contractul de expediție. Reglementarea acestuia este redată în Codul civil al Republicii Moldova, la art.1075-1085. În baza **contractului de expediție** o parte, numită expeditor, se obligă pe contul și în numele celeilalte părți, numită client, sau în nume propriu, să încheie un contract de transport și să întocmească actele necesare în vederea efectuării transportării, iar clientul se obligă să achite remunerația convenită (comisionul) (art.1075).

Scopul încheierii contractului de expediție constă în acordarea unui ajutor în legătură cu procesul de transportare, prin îndeplinirea lucrărilor de ambalare, încărcare, descărcare, depozitare, curățare etc. Dacă examinăm din interior structura contractului, ajungem la concluzia că acesta nu are nimic al său, ci conține elemente preluate de la alte contracte civile, cum sunt: transport, antrepriză, depozit, mandat, comision etc. Spre exemplu, lucrările de încărcare-descărcare a mărfurilor se referă la *contractul de antrepriză*; transportul – la *contractul de transport*; păstrarea mărfurilor – la *contractul de depozit* etc.

Ceea ce deosebește cel mai mult contractul de expediție de alte contracte este **legătura pe care o are cu transportul de mărfuri**. Obiectul contractului de expediție se axează în întregime asupra organizării procesului de transport, fapt care dă posibilitatea de a delimita serviciile de expediție față de alte operațiuni și servicii². De exemplu, față de serviciile prevăzute de *Codul navigației maritime comerciale al Republicii Moldova*³, cum sunt: operațiunile de căutare, salvare, ridicare a bunurilor scufundate, controlul sanitar, cercetările științifice în mediul marin, lucrările hidrotehnice, tehnice, subacvatice și alte lucrări pe mare (art.1). Aceste acțiuni nu fac parte din obiectul contractului de expediție, fiindcă nu sunt axate asupra transportului, ci scopurile lor sunt altele – men-

ținerea securității, efectuarea lucrărilor de cercetare, controlul sanitar, lucrări pe mare etc.

2. Contractul de expediție și contractul de transport

Expediția nu trebuie confundată cu transportul, chiar dacă în baza contractului de expediție se prestează și transportul. **Obiectul contractului de expediție îl constituie prestarea de către expeditor a serviciilor legate de transportul mărfii, dar nicidecum transportul propriu-zis al mărfii**. Transportul de mărfuri reprezintă scopul final al contractului de transport, în timp ce **scopul contractului de expediție** este prestarea **serviciilor ajutătoare** transportului⁴.

Cu referire la legătura dintre expediție și transport, în literatura de specialitate s-au dus lungi discuții, adeseori contradictorii, pe motiv că în multe state (inclusiv Republica Moldova, România, Federația Rusă și Ucraina) legislația la acest capitol este una lacunară. Astfel, profesorul V.V. Vitreanski se expune că în cazul în care expeditorul își asumă obligația de a transporta cu propriile puteri marfa la punctul de destinație, contractul de transport nu are o existență de sine stătătoare, ci constituie un element al contractului de expediție⁵.

Mai multe argumente aduce alt profesor rus – N.V. Morozova, potrivit căreia expeditorul poate dobândi și calitatea de transportator. Aceasta se întâmplă din două motive: 1) Codul civil admite ca printre serviciile de expediție să fie și cele de transport; 2) pornind de la metoda dispozitivă de reglementare și de la principiul libertății contractuale, părțile sunt în drept să încheie orice contracte juridico-civile, inclusiv cu elemente preluate de la alte contracte (contracte cu caracter mixt)⁶.

Merită atenție și opinia doctrinarului S.Iu. Morozov, care subliniază că contractul de transport nu se „înglobează” în contractul de expediție, deoarece părțile încheie un contract mixt, numit **contractul de prestare a serviciilor de transport și expediție**, și care nu angajează după sine amestecul acestor două instituții juridice⁷. Până la o anumită etapă, rolul dominant îl



deține expeditorul, dar mai apoi se petrece „transformarea” expeditorului în transportator și efecte produce contractul de transport⁸. Cu alte cuvinte, atâta timp cât durează lucrările de expediție (ambalarea, marcarea, încărcarea, fixarea mărfurilor) rolul principal revine expeditorului, iar din momentul începerii transportului, expeditorul își schimbă calitatea, din expeditor în transportator, efectuând transportul mărfurilor până la punctul de destinație.

Pentru a lămuri pe deplin problema dată, apelăm la art.1082 din Codul civil potrivit căruia „expeditorul este autorizat, dacă nu s-a dispus altfel, să execute el însuși transportul”. Conform explicațiilor aduse de Dorin Cimil în *Comentariul Codului civil al Republicii Moldova*, norma respectivă permite expeditorului să execute el însuși transportul, activând în postura propriu-zisă de căraș⁹.

Deși legea permite ca expeditorul să fie în același timp și transportator, totuși ei nu se pot schimba cu locurile. **Expeditorul rămâne a fi expeditor până la sfârșitul transportului**, doar că el preia asupra sa drepturi și obligații de transportator.

La etapa actuală, doctrina nu a ajuns la o părere unică în privința normelor juridice care urmează a fi aplicate raporturilor de expediție și celor de transport. În practică sunt posibile două situații:

În primul caz, transportatorul efectuează transportarea mărfii, preluând și funcțiile de expeditor. Pentru a evita situațiile de conflict, Codul civil stabilește că normele contractului de expediție se vor aplica și în cazul în care, în conformitate cu condițiile contractului de transport, obligațiile expeditorului le execută transportatorul (art.1075 alin.(4)).

În doctrină s-a conturat o altă opinie: că asupra acestor relații trebuie aplicate normele contractului de transport sau cele cu privire la contractul de expediție. Se menționează și faptul că volumul de drepturi ce revin transportatorului care își asumă obligații de expeditor sunt mai reduse în comparație cu ale transportatorului care nu își asumă asemenea obligații¹⁰. De exemplu, transportatorul care îndeplinește și obligații de expeditor nu poate solicita repararea prejudiciului provocat de deteriorarea autovehiculului la încărcare (pct.26 *Regulamentul transporturilor auto de mărfuri din 09.12.1999*) sau nu poate cere amendă pentru staționarea neproductivă a autovehiculului din cauza reținerii la încărcare (pct.114), din motiv că **funcțiile de expeditor le execută el însuși și nu se poate adresa cu acțiune împotriva sa**.

Profesorul V.V. Vitreanski se întreabă: „Cum poate transportatorul care prestează în același timp și serviciile de expediție, să se numească expeditor în relațiile cu alte persoane, din moment ce expeditor este numai față de clientul său, cu care a încheiat contractul de expediție?”. În continuare, tot autorul răspunde că **la baza acestor relații stă contractul de transport**, în temeiul căruia transportatorul își poate asuma și obligații de

expeditor. Atâta timp cât la baza relațiilor se află contractul de transport, transportatorul nu poate fi numit expeditor. El poate îndeplini obligații de expeditor, dar tot timpul **rămâne a fi transportator**.

Același punct de vedere îl exprimă Dorin Cimil în *Comentariul Codului civil al Republicii Moldova*, „că în situația descrisă mai sus, când funcțiile de expediere le execută companiile de transport, se aplică cu preponderență normele ce reglementează transportul de bunuri”¹².

Al doilea caz se referă la situația inversă celei dintr-întâi, când **expeditorul, pe lângă acțiunile ce țin de expediție, realizează și transportul mărfurilor**. În acest caz, contractul de expediție este pe planul întâi, iar contractul de transport – pe planul doi. Expeditorul rămâne a fi expeditor, chiar și atunci când va efectua transportarea mărfurilor.

Generalizând cele expuse, ajungem la concluzia că contractul de transport și contractul de expediție sunt două contracte numite, diferite unul de celălalt. În Codul civil contractul de transport este reglementat la cap. XII, „Transportul”, art.980-1029, iar contractul de expediție – în cap.XVI, „Expediția”, art.1075-1085.

Transportul mărfurilor constituie obiectul contractului de transport, în timp ce obiectul contractului de expediție constă în efectuarea lucrărilor ajutoare procesului de transport. Dacă expeditorul își asumă pe lângă obligația de expediție și pe cea de transport, atunci obiectul expediției va fi unul mai larg. Același lucru avem și pentru transportator dacă pe lângă obligația de transport preia și obligația de expediție a mărfurilor.

Codul civil acceptă ideea că în ambele situații avem un **contract de expediție**, indiferent de faptul dacă părțile au stipulat în contract obligația de transport sau cea de expediție. Singura excepție o găsim în *Regulamentul prestării serviciilor de transport și expediție din 09.12.99*, potrivit căruia, dacă în contractul de expediție a fost prevăzută și obligația de transport, contractul se va numi **contract de prestare a serviciilor de expediție și transport**. Ideea respectivă a fost preluată, de fapt, din legislația rusă, în care spre deosebire de CC RM, raporturile de expediție sunt reglementate printr-un contract unic – *contractul de expediție în transport* (în rusă, „*договор транспортной экспедиции*”).

Pornind de la prevederile Regulamentului, nu interesează faptul dacă transportatorul își asumă pe lângă obligația de transport și cea de expediere, sau invers, expeditorul își asumă pe lângă obligația de expediere și cea de transport. În ambele situații, se va încheia unul și același contract – **contractul de prestare a serviciilor de transport și expediție**, care va cuprinde prevederi și din transport, și din expediție.

3. Contractul de expediție și contractul de mandat

Specificul mandatului constă în faptul că *manda-*



tarul își asumă obligația să acționeze în numele și pe contul celui care l-a împuternicit, adică *mandantului*. Conform definiției date de Codul civil, prin **contractul de mandat** o parte (mandant) împuternicește cealaltă parte (mandatar) de a o reprezenta la încheierea de acte juridice, iar aceasta, prin acceptarea mandatului, se obligă să acționeze în numele și pe contul mandantului (art.1030 alin.(1)).

Despre corelația care există între expediție și mandat, putem vorbi numai în cazul când expeditorul și-a asumat obligația de a efectua anumite lucrări (acte materiale ori juridice) în numele și pe cheltuiala clientului. Prin urmare, ori de câte ori expeditorul se angajează să acționeze din numele și pe contul clientului, *raporturilor din contractul de expediție li se aplică în modul corespunzător dispozițiile referitoare la mandat* (art.1075 alin.(3) Cod civil).

Asemănarea contractului de mandat cu contractul de expediție se manifestă prin faptul că ambele fac parte din categoria **contractelor de prestări servicii**³. Totuși între serviciile prestate în baza contractului de mandat și serviciile prestate în temeiul contractului de expediție există mari deosebiri.

În primul rând, obiectul *contractului de mandat* îl formează **serviciile juridice de reprezentare**, care constau în săvârșirea de către mandatar a **actelor juridice** în numele și pe contul mandantului (art.1030 Cod civil). De exemplu, mandantul îl împuternicește pe mandatar să încheie un contract de locațiune, de vânzare-cumpărare, de schimb etc.¹⁴. În schimb, serviciile prestate în baza *contractului de expediție* au obiect mai larg, deoarece cuprind atât **actele juridice**, cât și **actele materiale**.

Actele juridice se manifestă prin faptul că expeditorul se obligă să încheie pentru client un contract de transport, iar dacă este necesar și contract de asigurare a mărfurilor, contract de depozit, contract privind servicii de pază etc. Prin acte materiale se înțeleg: ambalarea, măsurarea, cântărirea, aducerea mărfurilor la locul de încărcare, ridicarea, însoțirea, descărcarea, predarea către destinatar și a.

În practică sunt foarte rare cazurile când expeditorul se asimilează cu un mandatar. De cele mai multe ori, în volumul de împuterniciri acordate expeditorului se include nu doar mandatul, dar și comisionul, intermedierea, agenția etc. Cu alte cuvinte, expediția se manifestă ca *contract complex*, iar **împuternicirile acordate expeditorului constituie un „amestec” din diferite contracte**.

Delimitarea mandatului față de expediție se manifestă și prin **caracterul fiduciar** al raporturilor ce iau naștere în baza contractului de mandat. Caracterul fiduciar se explică prin **relația strict personală** care există între mandant și mandatar. Ei **se cunosc din timp** și își acordă o **încredere reciprocă**. Pe când la contractul de expediție, chiar dacă conține clauze potrivit cărora ex-

peditorul urmează să acționeze din numele și pe contul clientului, contractul este departe de caracterul fiduciar.

O altă deosebire între mandat și expediție constă în **caracterul oneros sau gratuit al contractului**. În cazul mandatului, regula generală este că contractul poartă caracter gratuit. Contractul de mandat va fi oneros numai dacă acest lucru a fost stabilit expres. Potrivit Codului civil, *mandantul este obligat să plătească mandatarului remunerație numai în cazurile prevăzute de lege sau de contract. Mandatul profesional este prezumat cu titlu oneros* (art.1033 alin.(1)).

Spre deosebire de mandat, la expediție avem o situație inversă, **contractul de expediție poate fi doar cu titlu oneros**, la fel cum sunt contractele de comision, transport, prestări servicii, leasing, asigurare etc.

Dacă în contractul de expediție lipsește remunerația, acesta nu mai reprezintă un contract de expediție, fiindcă și-a schimbat structura lui juridică. Asemenea contract va trece în categoria contractelor **nenumite, luând orice altă denumire**. Pe când în cazul *contractului de mandat* o asemenea problemă nu există, deoarece, așa cum s-a menționat, legea admite caracterul gratuit și oneros al contractului, *părțile urmând să aleagă felul acestuia*.

4. Contractul de expediție și contractul de comision

Prin **contractul de comision** o parte, numită comisionar, se obligă să încheie acte juridice în nume propriu, dar pe contul celeilalte părți (comitent), iar aceasta să plătească o remunerație numită *comision* (art.1061 Cod civil). Cele mai multe asemănări contractul de expediție le are cu contractul de comision. În doctrină (V.V. Vitreanski) se susține că contractul de comision este mai apropiat de contractul de expediție decât de contractul de mandat¹⁵, iar în legislația Franței, contractul de expediție poartă denumirea de *contract de comision pentru transport*. Legătura strânsă între ambele contracte se explică prin următoarele:

În primul rând, atât contractul de comision, cât și contractul de expediție sunt utilizate pe larg în desfășurarea **activității de întreprinzător**¹⁶. Comisionarul și expeditorul au calitatea de *întreprinzători* (comercianți). Activitatea pe care o desfășoară constituie munca lor de bază, de aceea, am putea spune că ei desfășoară o activitate profesionistă. Serviciile pe care le prestează se fac în schimbul unei *remunerații* (ambele contracte poartă caracter *strict oneros*). Mai mult ca atât, remunerația din contractul de expediție este denumită **comision** (art.1075 alin.(1) Cod civil), ca și remunerația din contractul de comision.

În al doilea rând, comisionarul și expeditorul săvârșesc acțiunile **din nume propriu**. Aceasta se explică prin faptul că în procesul de încheiere a diferitelor contracte cu persoane ce iau parte la raporturile juridice,



drepturile și obligațiile care apar se răsfrâng asupra comisionarului și expeditorului.

În ce privește deosebirile care există între aceste două contracte, ele sunt *nesemnificative*. Distanța cea mai importantă se reduce la faptul că în contractul de comision, comisionarul de fiecare dată acționează din nume propriu, dobândind pe seama sa drepturi și obligații din actele juridice pe care le încheie. Expeditorul însă, încheind acte juridice cu terții, poate acționa atât din nume propriu, cât și din numele clientului său, în bază de *procură* (art.1075 alin.(2) și (3) Cod civil).

Considerăm că principalul criteriu de delimitare dintre expediție și comision constă în **scopul și obiectul contractelor**. În cazul contractului de comision, obiectul îl constituie încheierea de către comisionar a *actelor juridice* în nume propriu și pe cheltuielile comitentului, iar scopul contractului se reduce la *protejarea intereselor* comitentului în toate aceste acțiuni.

Obiectul contractului de expediție îl constituie *prestarea serviciilor* de către expeditor, care pot fi acte juridice sau acte materiale, ori ambele în același timp, orientate spre organizarea transportului de mărfuri, iar scopul contractului constă în *deservirea* procesului de transportare a mărfurilor.

Cu alte cuvinte, scopul și obiectul contractului de comision se rezumă la *acte juridice*, indiferent din ce domeniu acestea fac parte, locațiune, leasing, transport, servicii turistice, comerțul cu amănuntul etc., pe când scopul și obiectul în contractul de expediție se focalizează în jurul *transportului de mărfuri*.

5. Contractul de expediție și contractul de depozit

Contractul de expediție cuprinde în sine elemente preluate din diferite contracte, inclusiv de la contractul de depozit. Dacă am cerceta în mod separat obligațiile deținute de expeditor, ajungem la concluzia că fiecare dintre obligații este preluată de la contracte, la fel cum este *obligația de păstrare a mărfurilor* care face parte din **contractul de depozit**.

Definiția contractului de depozit este dată la art.1086 din Codul civil, potrivit căruia *prin contract de depozit, o parte (depozitar) se obligă să păstreze bunul mobil, predat de cealaltă parte (deponent), o perioadă determinată sau nedeterminată, și să-l restituie la cerere*.

Depozitul era pe larg utilizat în dreptul privat roman, sub numele de *depositum*. Obiect al contractului de depozit putea fi doar un lucru mobil. Depozitarul nu putea folosi lucrul luat în păstrare, deoarece ar fi comis astfel un furt (*furtum usus*)¹⁷.

Contractul de expediție, ca și contractul de depozit, face parte din grupul contractelor de prestări de servicii. La prima vedere, din normele Codului civil cu privire la contractul de depozit nu rezultă obligația expeditorului de a efectua depozitarea bunurilor. Însă depozitarea poate fi prevăzută ca o condiție specială

în contractul de expediție și aceasta reiese din însăși noțiunea contractului de expediție, potrivit căreia expeditorul se obligă, pe lângă încheierea unui contract de transport, **să efectueze actele necesare în vederea efectuării transportării** (art.1075 alin.(1) Cod civil). Cu alte cuvinte, legea nu exclude ca în contract să fie prevăzută și obligația de depozitare, dacă părțile convin la acest lucru.

În practică, este de neimaginat un contract de expediție în care expeditorul să-și asume obligații legate de încărcare, predare și primire a mărfurilor, *dar să nu fie responsabil și pentru păstrarea lor*¹⁸.

Alături de contractul de expediție, părțile pot să încheie separat și un contract de depozit. Însă aici apare problema că dacă pentru fiecare dintre serviciile prestate de către expeditor s-ar recurge la încheierea unor contracte separate cu clientul, atunci din cauza formalităților, de la serviciile respective ar refuza atât clientul, cât și expeditorul. De aceea, toate serviciile prestate trebuie să reprezinte un proces integru, iar reglementarea juridică să fie efectuată în cuprinsul unui singur contract¹⁹. Asume datorită acestui fapt, contractul de expediție devine rațional și atractiv.

Contractul de depozit și contractul de expediție se aseamănă și prin faptul că au în calitate de obiect material **bunuri mobile**. De asemenea, în ambele cazuri bunurile sunt preluate **în posesiune**, iar **folosința asupra lor nu se transmite**. Or, în situația în care posesiunea s-ar transmite împreună cu folosința, atunci nu vom mai avea contracte de depozit sau expediție, ci contracte de locațiune și comodat.

Deosebirea principală se face după scop, și anume: scopul contractului de depozit este *păstrarea mărfurilor* o perioadă determinată de timp, pe când la contractul de expediție scopul este altul – *pregătirea pentru desfășurarea transportului*. Prin urmare, scopurile contractelor sunt total diferite.

Păstrarea mărfurilor în contractul de expediție devine ca ceva accesoriu, de rând cu alte acțiuni pe care expeditorul urmează să le efectueze – încărcarea, descărcarea, însoțirea mărfurilor etc. Mai mult chiar, în contractul de expediție clauza cu privire la depozitarea mărfurilor poate să lipsească și, în acest caz, între contractul de expediție și contractul de depozit nu va fi nici o legătură.

Un moment important este că depozitul poate fi *cu titlu oneros* sau *cu titlu gratuit* (art.1089 Cod civil). În schimb, o altă situație avem la contractul de expediție, fiindcă acesta poate fi *doar cu titlu oneros* (art.1075 alin.(1) Cod civil).

6. Concluzii

1. Contractul de expediție cu greu poate fi delimitat de alte contracte de prestări de servicii din Codul civil. Motivul este că construcția juridică a contractului de expediție este una **complexă**, alcătuită dintr-un „ames-



tec” de elemente preluate din diferite contracte, cum sunt: transportul, mandatul, comisionul, depozitul, prestările de servicii, antrepriza etc.

2. Ceea ce deosebește cel mai mult contractul de expediție de alte contracte este legătura pe care expediția o are cu transportul. Expediția nu poate fi separată de transport. Dacă acest lucru s-ar întâmpla, contractul s-ar numi altfel și ar dobândi altă calificare juridică.

3. Semne de întrebare apar cu referire la denumirea contractului. Codul civil merge pe ideea că avem **contract de expediție**, indiferent de faptul dacă expeditorul își asumă obligația de transport sau dacă transportatorul își asumă obligația de expeditor. În schimb, alte prevederi cuprind *Regulamentul prestării serviciilor de transport și expediție din 09.12.99*, potrivit căruia în ambele situații se va încheia **contract de prestare a serviciilor de transport și expediție**. Deși Regulamentul are putere juridică inferioară Codului civil, totuși în practică preferință se acordă Regulamentului, pe motiv că reflectă mai bine simbioza dintre transport și expediție.

4. O problemă esențială constă în faptul că normele cu privire la expediție din Codul civil (cap. XVI, *Expediția*) poartă caracter general, motiv din care multe relații sociale rămân fără acoperire legală. De exemplu, fără reglementare în legislația națională a rămas expediția din transportul feroviar, maritim și aerian de mărfuri.

5. La prima vedere, contractul de expediție poate fi ușor confundat cu contractul de **transport**. În realitate, între expediție și transport sunt prezente deosebiri esențiale. Principala distincție constă în faptul că contractul de expediție are ca obiect efectuarea *lucrărilor ajutătoare* transportului, cum sunt încărcarea, descărcarea, paza mărfurilor ș.a., în timp ce obiectul contractului de transport constă în *transportarea de fapt* a mărfurilor.

6. La fel, expediția nu trebuie confundată cu **comisionul**. Deosebirea dintre expediție și comision se rezumă la obiect, și anume: în calitate de obiect pentru contractul de comision servesc *actele juridice*, care pot fi de orice natură, pe când obiectul contractului de expediție îl constituie *actele juridice* și *actele materiale* cu referire la transport.

7. Delimitarea contractului de expediție față de contractul de **depozit** se face după scop, și anume: scopul contractului de depozit constă în *păstrarea* mărfurilor, pe când scopul contractului de expediție constă în *pregătirea* mărfurilor pentru transport. Păstrarea mărfurilor în contractul de expediție nu reprezintă un scop în sine, ci este element secundar, alături de alte acțiuni – încărcarea, descărcarea, însoțirea mărfurilor etc. Mai mult chiar, uneori se poate întâmpla ca în procesul de expediție păstrarea mărfurilor să nu fie necesară.

8. Subliniem că încheierea contractului de expediție

se face doar cu *titlu oneros*, în timp ce încheierea unui contract de depozit poate fi făcută atât cu *titlu oneros*, cât și *gratuit*.

Note:

¹ *Codul civil al Republicii Moldova*, adoptat prin Legea nr.1107-XV din 06.06.2002, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.82-86 din 22.06.2002.

² Витрянский В.В., *Гражданское право*. В 4 т. Том 4. *Обязательственное право*, 3-е изд., перераб. и доп., отв. ред. Е.А. Суханов, „Волтерс Клувер”, Москва, 2006, с.207.

³ *Codul navigației maritime comerciale al Republicii Moldova*, adoptat prin Legea nr.599-XIV din 30.09.1999, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.1-4/2 din 11.01.2001.

⁴ Морозов С.Ю., *К вопросу о соотношении договоров транспортной экспедиции и перевозки грузов*, în *Транспортное право* (Federația Rusă), 2003, №2, с.19.

⁵ Витрянский В.В., *op.cit.*, p.74.

⁶ Морозова Н.В., *Ответственность экспедитора по положениям Союза экспедиторов северных стран и гражданскому законодательству РФ: Сравнительный анализ*, în *Хозяйство и право* (Federația Rusă), №7, 2000, с.65-66.

⁷ Cuprinde *serviciile de expediție* (ambalare, încărcare, descărcare, curățire etc.), *plus transportul*.

⁸ Морозов С.Ю., *op.cit.*, p.19.

⁹ Cimil D., *Comentariul Codului civil al Republicii Moldova*, vol.II, Arc, Chișinău, 2006, p.659.

¹⁰ Морозов С.Ю., *op.cit.*, p.18.

Витрянский В.В., *Договор транспортной экспедиции*, în *Вестник ВАС РФ*, специальное приложение к №12 от 12.12.2002 (Federația Rusă), с.58-59.

² Cimil D., *op.cit.*, p.656.

³ De fapt, apartenența la categoria contractelor de prestări servicii denotă interferențe nu doar între mandat și expediție, ci și între alte contracte din Codul civil, care la fel au la bază obligația de prestare de servicii, cum sunt: contractul de administrare fiduciară (art.1053-1060), contractul de comision (art.1061-1074), contractul de depozit (art.1086-1111), contractul de servicii turistice (art.1131-1145) etc.

⁴ Chibac Gh., Băieșu A., Rotari A., Efrim O., *Drept civil. Contracte speciale*, vol.III, Cartier, Chișinău, 2005, p.304.

⁵ Брагинский М.И., Витрянский В.В. *Договорное право*. Книга четвертая. *Договоры о перевозке, буксировке, транспортной экспедиции и иных услуг в сфере транспорта*, Статут, Москва, 2004, с.667.

⁶ Expresiile „activitate de întreprinzător”, „activitate de antreprenoriat”, „activitate economică”, „activitate comercială”, le considerăm a avea același înțeles (sunt *sinonime*). Este o problemă de uniformizare a terminologiei din legislația națională. În sens larg, se are în vedere **activitatea de business**.

⁷ Volcinschi V., Cojocari E., *Drept privat roman: Curs de prelegeri*. „Business-Elita”, Chișinău, 2006, p.155.

⁸ Каменков В., *Договор транспортной экспедиции и хранение*, în *Вестник Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь* (Republica Belarus), 2008, №24, с.16.

⁹ *Ibidem*, p.17.



FENOMENUL „THE MBA OATH”: MODALITATE DE INSTITUȚIONALIZARE A PROFESIEI DE ADMINISTRATOR DE AFACERI

Nicolae SADOVEI,
conferențiar universitar, doctor în drept (USM)

RÉSUMÉ

In the present article the author deals with the phenomenon known as the right of “The MBA Oath”, in the light of its origin, in the quality of a social public act, with multiple valences, both of juridical origin and of non-juridical procedure. The oath taken by the graduates of the administrative business studies is the first step towards the tendency of institutionalization of the profession of business administrator.

Special attention is paid to the treatment of this phenomenon in the given specialty environment, this being, on the one hand, supported with enthusiasm, and on the other hand, subject to more or less reasoned criticisms. At the same time the author pays attention to the juridical invalidation of the phenomenon „The MBA Oath”, because this is not institutionalized and settled as such by obligatory juridical norms.

Preliminarii. În domeniul relațiilor sociale de afaceri (ale celor comerciale), ca și în multe alte domenii ale activității socioumane, funcționează două categorii de reguli: reguli scrise și reguli nescrise. În ceea ce ține de regulile scrise, acestea se încadrează în tiparul clasic al actelor cu caracter normativ și cad, astfel, sub incidența directă a spațiului juridic. Încadrate legal, regulile respective fac parte din domeniul dreptului public, dreptului privat sau, în anumite cazuri, ale celui mixt; în orice caz, ele se află „la vedere” și, în caz că nu sunt respectate, intervine (sau cel puțin se prezumă intervenția respectivă) mecanismul juridic al sancțiunilor determinate legal sau contractual, după caz. Totodată însă, este bine-cunoscut faptul că pe lângă regulile de ordin juridic, în domeniul relațiilor sociale care apar între subiecții participanți la efectuarea actelor de comerț, funcționează și un șir de reguli nescrise. O parte dintre acestea poartă caracter cutumiar, încadrându-se în tiparul uzanțelor și, abordate prin prisma art.4 din Codul civil¹, sunt aplicabile și în domeniul raporturilor comerciale, cu condiția să nu contravină legii, ordinii publice și bunelor moravuri. Unele dintre aceste reguli, cu scurgerea timpului, capătă o formă juridică scrisă, încadrându-se astfel în spațiul legal, chiar și în cazul acelor care, inițial, au fost instituite *locandi causa*. Însă o altă categorie se află, de multe ori, în afara spațiului legal sau la limita de „faultare” a spațiului respectiv, iar principiul *bona fides* adeseori funcționează, în cazul acestora, *extra legem*. Chiar dacă în doctrina de specialitate din domeniul teoriei dreptului nu există un punct de vedere unitar, putem afirma totuși că și regulile scrise, și regulile nescrise au, până la urmă, semnificație în planul dreptului, producând diferite efecte juridice: unele dintre acestea cu caracter benefic, altele mai puțin benefic, iar unele, așa cum au demonstrat-o cu prisosință valurile ultimei crize economice globale,

cu caracter aproape catastrofal atât pentru subiecții implicați direct, cât și pentru terții neimplicați sub nicio formă.

În ceea ce ține de regulile scrise, adică de normele juridice care reglementează domeniul raporturilor de drept comercial, la fel ca și în cazul regulilor nescrise, dar care se află în afara spațiului legal, concluzia este univocă: în primul caz, respectarea normelor legale este obligatorie, participanții la raporturile respective fiind obligați să se supună caracterului imperativ, dispozitiv sau relativ imperativ al legii; în cel de-al doilea caz – acțiunile sau inacțiunile subiecților se vor afla, *omnis locus*, în afara legii și vor fi pasibile de a fi sancționate în limitele legii. Însă în ceea ce ține de cealaltă categorie – cea a cutumelor comerciale, precum și de cea a regulilor nescrise, aflate la limita extremă a spațiului legal, în imediata apropiere a ilegalului, – mai frecvent este dificil, din punctul de vedere strict al normelor juridice pozitivistice, să încadrezi juridic corect comportamentul participanților la raporturile sociale de natură comercială, deoarece acestea țin mai mult de domeniul comportamentelor etice și al bunelor moravuri decât de domeniul dreptului. Nici comportamentul etic și nici bunele moravuri nu sunt definite legal (în contextul general al raporturilor de drept civil, precum și în contextul special al raporturilor de drept comercial), deși Codul civil utilizează, așa cum am menționat deja, sintagma „bune moravuri”. În doctrina autohtonă, bunele moravuri sunt definite drept un ansamblu de reguli de conviețuire socială, a căror respectare este considerată obligatorie de către majoritatea membrilor societății². Abordate ca și entitate socială, bunele moravuri nu reprezintă o instituție statică; acestea, la fel ca și alte fenomene ale vieții sociale, au suferit diferite schimbări, fiind transformate, adaptate și extinse în raport cu mutațiile sociale și economice ale timpului. Domeniul afa-



cerilor și raporturile sociale apărute între subiecții implicați în acest domeniu care, fiind transpuse în spațiul dreptului devin raporturi juridice comerciale, reprezintă acea sferă socială în care bunele moravuri sunt, cel mai adesea, entități abstracte și efemere. Din această cauză, în domeniul internațional al afacerilor a început să se contureze, după anul 2005, o tendință de promovare a unei imagini de afacere responsabilă, în primul rând, etic și social. Tendința dată s-a evidențiat și mai mult odată cu declanșarea, în anul 2008, a crizei economice globale, criză ce a fost declanșată de către unul dintre cele mai profitabile dar, totodată, și unul dintre cele mai puțin etice și morale sectoare ale afacerilor – sectorul bancar. După marile scandaluri din domeniul afacerilor cu implicarea unor megacompanii, cum ar fi cazul de escrocherie financiară din cadrul companiei „Parmalat” din anul 2003; cel al lui Bernard Madoff, unul dintre cei mai mari investitori de pe Wall Street și fost președinte al bursei electronice new-york-eze „Nasdaq”, care, prin intermediul unei scheme piramidale a provocat o pagubă de peste 50 mlrd. de dolari investitorilor participanți; scandalul companiei energetice „Enron Corporation” din anul 2001, care a devenit între timp cel mai popular simbol al escrocheriei corporative și al corupției, și care a culminat cu declanșarea crizei economice globale din 2008, credibilitatea societății în sectorul afacerilor a scăzut dramatic, iar specialiștii în domeniul administrării afacerilor au abordat din nou chestiunile spinoase ce țin de bunele moravuri în afaceri, de responsabilitatea socială și etică a businessului. În consecință, s-a conturat un nou fenomen, necunoscut anterior raporturilor sociale din domeniul afacerilor – cel al asumării de către administratorii afacerilor a unei obligații etice, morale și sociale, sub forma depunerii de către aceștia a unui jurământ, cunoscut astăzi drept „The MBA Oath” sau, în spațiul francofon, „Le serment d’Harvard”.

Originea fenomenului „The MBA Oath”. Fenomenul care avea să fie cunoscut ulterior drept *jurământul MBA* are o istorie relativ scurtă, dar interesantă totodată. În primul rând, trebuie menționat faptul că necesitatea elaborării și adoptării unor reguli de ordin etic pentru relațiile sociale din domeniul administrării afacerilor nu a venit inițial din interior, adică din lumea celor implicați în relațiile respective, ci din domeniul academic. Howard Gardner, psiholog de la Universitatea Harvard, cunoscut drept autorul faimoasei deja teorii *Multiple Intelligences*, a venit cu remarcă că domeniul afacerilor are nevoie de un cod etic, iar fiecare administrator din domeniu, odată cu numirea sa într-o funcție responsabilă, trebuie să depună un jurământ asemenea jurământului lui Hipocrate, depus de către absolvenții școlilor de medicină, iar școlile de afaceri sunt responsabile pentru formarea adecvată a unui context cultural corespunzător pentru viitorii administratori din domeniul afacerilor.

În 2007, Gardner a postulat cinci seturi de capacități cognitive de care va avea nevoie, spune el, orice cetățean de succes, profesionist sau om de afaceri. Acestea includ: *disciplined mind* – capacitatea de a concentra în sine informații suficiente pentru a stăpâni o gândire majoră, cum ar fi matematica, știința sau istoria; *synthesizing mind* – capacitatea de a integra idei diverse într-un întreg coerent; *creating mind* – capacitatea pentru a descoperi noi probleme și întrebări, precum și pentru soluționarea acestora; *respectful mind* – capacitatea de a forma și a menține relații bune cu alte persoane; *ethical mind* – capacitatea persoanei de a-și îndeplini responsabilitățile cetățenești și de a se identifica cu alte ființe umane³.

Potrivit lui Gardner, relațiile din domeniul afacerilor vor avea numai de câștigat în urma adoptării unor reguli etice de comportament social, la fel ca și imaginea oamenilor de afaceri și a managerilor din domeniu. Dar, menționează totodată Gardner, jurământul ca și formalitate instituționalizată a unui comportament etic nu va genera efectele scontate; este nevoie de a schimba atitudinile culturale, iar formarea unui nou context civilizator trebuie să înceapă în cadrul școlilor (facultăților) de afaceri. „Dacă un student MBA de 28 de ani fraudează răspunsurile sale de la examene, există o mare probabilitate că peste 20 de ani el își va înșela acționarii, de aceea este necesar ca comportamentul etic să nu fie de ordin secundar, dar chiar primar, al administratorilor de afaceri de azi și de mâine. În cazul în care studenților facultăților de afaceri li se va implanta încă de pe băncile facultății un comportament etic, atunci, odată cu obținerea unei calificări MBA, viitorii administratori din domeniul afacerilor își vor evalua potențialii angajatori nu numai în temeiul cuantumului salariului inițial propus, dar, de asemenea, și pe cât de mare este responsabilitatea socială a întreprinderii, cât de corect se comportă întreprinderea cu partenerii, clienții, concurenții de pe piață, precum și cu propriii salariați”⁴. Domeniul afacerilor se va ruina, dacă cei implicați acolo nu-și vor spori conștiința, iar afacerile nu vor deveni responsabile social, susține Gardner. La urma urmei consumatorii, salariații talentați, iar apoi și acționarii, se vor feri de companiile lipsite de etică. Administratorii cei mai dotați vor alege întreprinderile cu cele mai înalte standarde de cultură corporativă, iar angajatorii care sunt mai puțin corecți în afaceri vor rămâne cu salariații mai mediocri, mai puțin motivați și, în fine, cu un personal mai puțin efektiv.

În anul următor (2008), Rakesh Khurana și Nitin Nohria, profesori din cadrul aceleiași Universități Harvard, și-au exprimat poziția critică față de starea etică din domeniul afacerilor și au adus un șir de argumente solide în favoarea unor schimbări cardinale în ceea ce ține de două domenii, la prima vedere incompatibile, cel al afacerilor și cel al eticii. Potrivit acestora, administratorii din domeniul afacerilor și-au pierdut legiti-



mitatea în ultimul deceniu în raport cu poziția societății față de ceea ce ar trebui să reprezinte încrederea și *self-policing*-ul în afaceri. După cum menționează autorii într-un articol publicat în *Harvard Business Review*, „pentru a recâștiga încrederea societății, noi credem că liderii de afaceri trebuie să îmbrățișeze o nouă modalitate de a privi la rolul lor, care merge dincolo de responsabilitatea lor de acționari și care trebuie să includă și un angajament civic și personal ce ține de datoria lor în calitate de depozitari ai unor valori instituționale. Cu alte cuvinte, *este timpul pentru ca administrarea să devină în cele din urmă o profesie* (subl. ne aparține – N.S.). Adevăratele profesii au coduri de conduită, iar semnificația și consecințele acestor coduri sunt predate ca parte integrantă a educației formale a membrilor lor. Un organism de autoadministrare, compus din membrii respectați ai acestei profesii, supraveghează respectarea acestor coduri de către membri. Prin intermediul acestor coduri, instituțiile profesionale încheie, în mod implicit și tacit, un contract social cu ceilalți membri ai societății: noi suntem autorizați să efectuăm controlul și să exercităm jurisdicția asupra acestei importante categorii profesionale. În schimb, membrii profesiei promit și asigură societatea că sunt demni de încrederea dumneavoastră — că aceștia nu vor fi doar competenți, pentru a efectua sarcinile ce le-au fost încredințate, dar se vor comporta potrivit unor standarde înalte și cu integritate”⁵. Întru susținerea argumentelor pe care le aduc în favoarea instituirii profesiei de administrator de afaceri, autorii propun, la fel ca și Gardner, și instituirea unui nou tip de jurământ, asemănător jurământului lui Hipocrate, dar pentru absolvenții studiilor de administrare a afacerilor. În anul 2009, după ce a intervenit deja criza economică globală, un grup de studenți din cadrul Harvard Business School de la Universitatea Harvard au venit cu ideea implementării practice a depunerii jurământului de către primii absolvenți ai HBS, jurământ care a rămas cunoscut drept „The MBA Oath”⁶.

Formula jurământului „The MBA Oath”. Nu există o formulă unitară a jurământului absolvenților MBA, care să fie aplicată în cadrul tuturor școlilor superioare care au programe de studii de administrare a afacerilor, cea mai cunoscută și mai des aplicabilă fiind, așa cum și era de așteptat, formula elaborată în cadrul HBS de la Universitatea Harvard. Sunt propuse două formule (versiuni) ale „The MBA Oath”: formula *full version*⁷ și formula *short version*⁸. Textul jurământului absolventului MBA de la HBS, în formulă prescurtată, este următorul: *“Scopul meu în calitate de manager constă în servirea binelui comun, conectând oameni și resurse pentru a crea valori, inaccesibile pentru persoane fizice în mod individual. Eu voi căuta căi, care vor mări valoarea, creată de întreprinderea mea pe termen lung. Îmi dau seama că decizia mea ar putea avea consecințe pe termen lung, care să afecteze bunăstarea oamenilor atât în interiorul, cât și în afara întreprinderii mele și*

acum, și în viitor. Eu înțeleg că în procesul de armonizare a intereselor diferitelor grupuri, va trebui să fac o alegere dificilă. Prin urmare, promit: 1. Eu voi acționa cu cea mai mare integritate a gândurilor și faptelor mele, și-mi voi efectua activitatea în mod etic. 2. Eu voi apăra interesele acționarilor, angajaților, clienților și ale societății mele, în care voi lucra. 3. Eu voi gestiona întreprinderea cu bună credință și mă voi opune deciziilor și comportamentelor care contribuie satisfacerii propriilor mele ambiții înguste, dar care fac rău întreprinderii și societății, cărora sunt chemate să le servească. 4. Eu voi urma conștiința și spiritul legii și ale contractelor, care reglementează comportamentul meu și cel al întreprinderii mele. 5. Eu voi purta răspundere pentru acțiunile personale și voi informa în mod clar și sincer despre activitățile și riscurile cărora este supusă întreprinderea mea. 6. Eu mă voi autoperfecționa și voi contribui la perfecționarea managerilor de sub supravegherea mea, astfel încât profesionalismul nostru să crească și să contribuie la bunăstarea societății. 7. Eu voi depune eforturi pentru a crea prosperitate economică, socială și ecologică durabilă la nivel mondial. 8. Eu voi răspunde în fața colegilor mei și ei vor răspunde în fața mea pentru îndeplinirea acestui jurământ.

*Eu depun acest jurământ cu onoare și în mod voluntar”*⁹.

Necesită a fi menționat faptul că chiar din momentul punerii în aplicare a jurământului MBA, acesta a fost, pe de o parte, susținut cu entuziasm, iar pe de altă parte – supus criticilor, mai mult sau mai puțin argumentate. Argumentele criticilor sunt diferite de la caz la caz, dar acestea sunt, în fond, montate pe trei direcții: argumente potrivit cărora jurământul este prea exigent, argumente potrivit cărora jurământul este prea blând și argumente potrivit cărora jurământul este irelevant și deplasat. Pentru cei care consideră că jurământul este prea exigent, acesta întruchipează o abatere radicală de la principiile teoriei economice și normele dreptului corporativ. Astfel, Theo Vermaelen, de la Business School INSEAD, consideră că jurământul leagă, printre altele, studenții prin obligații incorecte, cum ar fi cele de a contribui la bunăstarea societății și la o dezvoltare durabilă economică, socială și ecologică la nivel mondial. „Eu nu consider că această idee este atractivă din trei considerente. În primul rând, unele dintre promisiunile asumate nu corespund obligațiilor fiduciare și standardelor etice. În al doilea rând, jurământul este un răspuns inadecvat la criza financiară. În al treilea rând, eu nu cred că promisiunea poate servi drept instrument pentru a controla comportamentul uman”, menționează Vermaelen¹⁰. Oponenții acestora, cei care consideră că jurământul este prea blând, pe lângă argumentele invocate că asumarea respectării legii și a contractelor din conținutul formulei jurământului, reprezintă extrem de puțin din ceea ce aspiră „The MBA Oath”, mențio-



nează, în opinia noastră destul de corect, faptul că nu poate fi realizat un jurământ voluntar, în absența oricăror norme de punere a acestuia în aplicare. În opoziție cu criticile aduse fenomenului „The MBA Oath”, oricât de corecte ar fi aceste critici, jurământul reprezintă, în opinia susținătorilor săi, o încercare de a ridica administrarea în afaceri la statutul de profesie, și există suficiente motive pentru ca acest lucru să fie salutat¹¹.

Valențele juridice și parajuridice ale „The MBA Oath”. Ca și orice formă de jurământ, și „The MBA Oath” are, sub aspect juridic, două fațete: una exterioară, cea mai vizibilă pentru terți și care conferă jurământului calitatea de act social public, dar și una interioară, mai puțin vizibilă unui ochi neprofesionist, fațetă care conferă depunătorului jurământului accesul spre o profesie, spre exercitarea unei funcții sau spre prestarea unei anumite munci. În ceea ce ține de jurământul MBA, trebuie menționat faptul că spre deosebire de majoritatea absolută a formelor cunoscute de depunere a jurământului, acesta nu reprezintă o entitate instituționalizată juridic, deși este recunoscut ca atare și aprobat într-o formă tacită de către instituțiile implicate. De la momentul inițierii depunerii acestuia în anul 2009 și până astăzi, nici o școală superioară de afaceri cu programe proprii de studii MBA nu a instituționalizat depunerea jurământului de către absolvenți în calitate de condiție *sine qua non* pentru obținerea calificării de administrator (manager) MBA. Mai mult ca atât: în formula de încheiere a jurământului depus de către absolvenții studiilor MBA de la HBS se menționează faptul depunerii acestuia de către depunător în mod voluntar. Sub acest aspect, fațeta interioară, strict „tehnică” a actului de depunere a jurământului, nu reprezintă în sine o condiție preliminară pentru obținerea calificării de manager MBA, spre deosebire de același jurământ al lui Hipocrate depus de către absolvenții facultăților de medicină. Astfel, apariția ulterioară a raportului juridic de muncă dintre absolventul MBA și viitorul său angajator nu este condiționată juridic de către depunerea jurământului de către candidat. În acest sens, atât depunerea jurământului respectiv, cât și nedepunerea acestuia nu afectează sub nicio formă viitorul raport juridic de muncă și, astfel, nu reprezintă o condiție preliminară obligatorie pentru apariția raportului juridic de muncă. Partea „privatistă” a actului de depunere a jurământului, în cazul analizat de către noi aici, lipsește, ceea ce conferă jurământului „The MBA Oath” mai mult calitatea de entitate parajuridică, decât cea de entitate juridică. Însă nu stau la fel lucrurile și în cazul fațetei exterioare, publice, a actului de depunere a jurământului de către absolventul MBA. În cazul fațetei exterioare a actului de depunere a jurământului, natura conferită actului dat este una publică, ceea ce face ca jurământul respectiv să se încadreze pe deplin în categoria actelor sociale publice, iar majoritatea absolută a jurămintelor sunt, prin excelență, acte sociale publice.

În acest sens, chiar dacă nu există norme juridice nici de drept public, nici de drept privat (corporativ) care ar obliga absolventul să depună jurământul, refuzul de a-l depune devine în orice situație cunoscut și deci un refuz public ca atare, ceea ce poate atrage în viitor posibile consecințe negative pentru respectivul deținător al unei calificări prestigioase, cum este cea de MBA. În ceea ce ține de angajarea ulterioară a titularului unei calificări MBA într-o funcție de administrare în domeniul afacerilor, aceasta va depinde, evident, de tratamentul pe care-l va avea viitorul său angajator, tratament care poate să țină cont de faptul depunerii anterioare de către pretendentul la funcție a jurământului sau poate să nu atragă nicio atenție asupra acestui fapt.

Note:

¹ Codul civil al Republicii Moldova nr.1107 din 06.06.2002, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.82-86 din 22.06.2002.

² Eșanu Nicolae, comentariu la art.4 din Codul civil al Republicii Moldova, în *Comentariu la Codul civil al Republicii Moldova*, vol.I, Firma Editorial-Tipografică „Tipografia Centrală”, Chișinău, 2006, p.32.

³ Howard Gardner, *Five Minds for The Future*, Harvard Business School Press, 2007, 180 p.

⁴ Lawrence M. Fisher, *Howard Gardner Does Good Work*, în *Strategy+Business*, issue 47, Summer 2007, varianta web: http://www.strategy-business.com/media/file/sb47_07209.pdf (accesat la 03.01.2012)

⁵ Rakesh Khurana, Nitin Nohria, *It's Time to Make Management a True Profession*, în *Harvard Business Review*, The Magazin, October 2008, varianta web: <http://hbr.org/2008/10/its-time-to-make-management-a-true-profession/ar/1> (accesat la 03.01.2012)

⁶ Printre membrii echipei respective de studenți care, la începutul anului 2009, au conceput formula jurământului absolvenților MBA, au fost Max Anderson și Peter Escher, viitorii autori ai lucrării *The MBA Oath: Setting a Higher Standard for Business Leaders*, Portfolio, 2010, 256 p.

⁷ Formula completă a jurământului, în limba engleză, este publicată pe pagina oficială a „The MBA Oath”, și poate fi accesată pe adresa: <http://mbaoath.org/about/the-mba-oath/> (accesat la 05.01.2012)

⁸ Formula prescurtată a jurământului, în limba engleză, este publicată pe pagina oficială a „The MBA Oath”, și poate fi accesată pe adresa: <http://mbaoath.org/mba-oath-legacy-version/> (accesat la 05.01.2012)

⁹ Traducere neoficială a autorului.

¹⁰ Theo Vermaelen, *Why MBAs should not sign the Harvard Business School oath*, articol publicat pe pagina Web: <http://knowledge.insead.edu/contents/csr-mba-hbs-oath-091125.cfm> (accesat la 05.01.2012)

¹¹ Peter Heslam, *The MBA Oath*, articol, publicat pe pagina Web a *The London Institute for Contemporary Christianity*: <http://www.licc.org.uk/engaging-with-culture/connecting-with-culture/business/the-mba-oath-942> (accesat la 06.01.2012).



REGLEMENTĂRI JURIDICE PRIVIND INDEMNIZAȚIILE ACORDATE FAMILIILOR CU COPII

Ludmila PROCA,
doctor în drept, conferențiar universitar (USM)

Recenzent: **Nicolai ROMANDAȘ,** *doctor în drept, profesor universitar (USM)*

SUMMARY

This publication is dedicated to legal regulations related to allowances granted to families with children. This type of allowances is granted both to insured and uninsured individuals. The publication reveals the only allowance at child birth and the allowance for child raising up to the age of 1,5 years to uninsured individuals and up to the age of 3 years to insured individuals. Also, this publication specifies the way of determination and payment of these allowances.

Cadrul legal în baza căruia se realizează măsurile de protecție socială a familiei și copilului îl constituie: Codul familiei¹; Legea privind drepturile copilului²; Legea privind indemnizațiile pentru incapacitate temporară de muncă și alte prestații de asigurări sociale³; Regulamentul cu privire la modul de stabilire și plată a indemnizațiilor adresate familiilor cu copii, adoptat prin Hotărârea Guvernului Republicii Moldova nr.1478 *Cu privire la indemnizațiile adresate familiilor cu copii*⁴ cu modificările și completările ulterioare; Regulamentul cu privire la condițiile de stabilire, modul de calcul și de plată a indemnizațiilor pentru incapacitate temporară de muncă și altor prestații de asigurări sociale, adoptat prin Hotărârea Guvernului Republicii Moldova nr.108 din 03.02.2005⁵.

Legiuitorul stabilește următoarele tipuri de prestații adresate familiilor cu copii:

- indemnizația de maternitate;
- indemnizația unică la nașterea copilului;
- indemnizația lunară pentru creșterea/îngrijirea copilului până la împlinirea vârstei de 3 ani – în cazul persoanelor asigurate;
- indemnizație lunară pentru creșterea/îngrijirea copilului până la împlinirea vârstei de 1,5 ani persoanelor neasigurate.

Indemnizația de maternitate (sarcină și lăuzie). Baza legală de stabilire a indemnizației de maternitate este art.16 din Legea privind indemnizațiile pentru incapacitate temporară de muncă și alte prestații de asigurări sociale și pct.21 din Regulamentul cu privire la condițiile de stabilire, modul de calcul și de plată a indemnizațiilor pentru incapacitate temporară de muncă și altor prestații de asigurări sociale, adoptat prin Hotărârea Guvernului Republicii Moldova nr.108 din 03.02.2005. Aceasta se stabilește asiguratelor, soțiilor aflate la întreținerea soților asigurați și șomerilor care au dreptul la concediu de maternitate, ce include concediul prenatal și concediul postnatal. Concediul prenatal constă din 70 de zile calendaristice, iar concediul postnatal – din 56 de zile calendaristice (în cazul nașterilor

complicate sau nașterii a doi sau mai mulți copii – 70 de zile calendaristice)⁶.

Indemnizația de maternitate se acordă, începând cu săptămâna a 30-a de sarcină, pe o perioadă de 126 de zile calendaristice, iar în cazul nașterilor complicate ori al nașterii a doi sau mai mulți copii – de 140 zile calendaristice. În cazul în care copilul se naște mort sau moare în perioada concediului postnatal, indemnizația de maternitate se acordă pentru perioada specificată.

În cazul acordării concediului pentru sarcină și lăuzie în perioada concediului pentru îngrijirea copilului până la vârsta de 3 ani, persoana îndreptățită va beneficia de ambele indemnizații (de maternitate și de îngrijirea copilului până la vârsta de 3 ani).

Soțiilor aflate la întreținerea soților asigurați indemnizațiile de maternitate se stabilesc de la 1 octombrie 2003, data intrării în vigoare a Codului muncii.

Soția se consideră aflată la întreținerea soțului asigurat dacă, la data apariției dreptului la indemnizație de maternitate, nu este angajată în muncă și nu este persoană asigurată de riscul respectiv (maternitate), fapt care se confirmă prin carnetul de muncă, iar după implementarea evidenței personificate în sistemul public de asigurări sociale – prin certificat eliberat de organele de asigurări sociale.

În cazul în care soția se află la întreținerea soțului salariat, indemnizația de maternitate se stabilește pe numele soției. Faptul că persoana în cauză este soția angajatului se va confirma prin buletinul de identitate și adeverința de căsătorie.

Cuantumul lunar al indemnizației de maternitate este de 100% din venitul mediu lunar asigurat, realizat în ultimele 6 luni calendaristice premergătoare lunii producerii riscului asigurat, venit din care au fost calculate contribuțiile de asigurări sociale⁷.

Indemnizația unică la nașterea copilului se stabilește în baza art.17 din Legea privind indemnizațiile pentru incapacitate temporară de muncă și alte prestații de asigurări sociale, începând cu 1 ianuarie 2005, constituind o formă de sprijin bănesc, acordată femeilor



asigurate prin intermediul sistemului public de asigurări sociale.

Indemnizația unică la nașterea copilului se stabilește⁸:

a) pentru fiecare copil născut viu, inclusiv în cazul gemenilor;

b) mamei, iar în cazul decesului ei – reprezentantului legal al copilului;

c) cu condiția că copilul a fost înregistrat la oficiul stării civile;

d) cu condiția că a fost solicitată cel târziu în termen de 12 luni de la nașterea copilului.

Începând cu anul 2005, cuantumul indemnizației unice la nașterea copilului se stabilește prin Legea bugetului asigurărilor sociale de stat atât pentru persoanele asigurate, cât și pentru cele neasigurate.

Anul	Cuantumul indemnizației (lei)	
	la nașterea primului copil	la nașterea fiecărui copil următor
2005	500	500
2006	800	800
2007	1000	1000
2008	1200	1500
2009	1400	1700
2010	1700	2000
2011	2000	2300

În conformitate cu prevederile art.23 alin (1) din Legea bugetului asigurărilor sociale de stat pentru anul 2011⁹, cuantumul indemnizației unice la nașterea copilului născut viu constituie:

2000 de lei – pentru primul copil;

2300 de lei – pentru fiecare copil următor.

Indemnizația menționată se stabilește mamei, iar în cazul decesului acesteia tatălui sau altei rude, în grija căreia a rămas copilul, sau adoptatorului (curatorului).

Indemnizația lunară pentru creșterea/îngrijirea copilului se acordă în conformitate cu pct.7 din Regulamentul cu privire la modul de stabilire și plată a indemnizațiilor adresate familiilor cu copii, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr.1478 din 15.11.2002 în următoarele cazuri:

a) se stabilește de la data nașterii copilului, cu excepția cazurilor de adopție sau de instituire a tutelei, pentru fiecare copil născut viu, inclusiv gemenilor¹⁰;

b) cu condiția că a fost solicitată în termen de 12 luni de la nașterea copilului. În cazul în care indemnizația respectivă a fost solicitată mai târziu de termenul indicat, aceasta se stabilește retroactiv, dar nu mai mult decât pentru 12 luni premergătoare datei adresării;

c) în cazul în care ambii părinți nu sunt încadrați în muncă – părintelui care, de fapt, îngrijește copilul;

d) persoanelor asigurate, cu condiția că se află în concediu pentru îngrijirea copilului și confirmă stagiul necesar de cotizare;

e) se acordă mamei și în cazul când lucrează în condițiile timpului de muncă parțial sau la domiciliu;

f) indemnizația lunară pentru creșterea/îngrijirea copilului stabilită mamei se suspendă în cazul în care mama se angajează în câmpul muncii sau își reia munca înainte de încheierea concediului pentru îngrijirea copilului și se stabilește tatălui neîncadrat în câmpul muncii, care se ocupă nemijlocit de îngrijirea copilului, până când copilul va împlini vârsta de 1,5 ani sau persoanelor indicate la lit.g).

În cazul în care tatăl (tutorele) s-a angajat în câmpul muncii cu program de muncă deplin, plata indemnizației lunare pentru îngrijirea copilului se suspendă¹¹.

g) în cazul în care concediul pentru îngrijirea copilului se acordă la cerere, opțional, unuia dintre părinți (tutori), bunelului, bunicii, unei alte rude care se ocupă nemijlocit de îngrijirea copilului, indemnizația lunară pentru creșterea/îngrijirea copilului se stabilește acestuia dacă îndeplinește condițiile de realizare a stagiului de cotizare.

În cazul în care tatăl, tutorele, bunelul, bunica sau altă rudă își reia munca înainte de încheierea concediului pentru îngrijirea copilului cu program de muncă deplin, acesta/aceasta pierde dreptul la indemnizație¹².

h) în cazul adopției copilului sau instituirii tutelei, indemnizația lunară pentru creșterea/îngrijirea copilului se stabilește din ziua adopției hotărârii privind încuviințarea adopției, respectiv privind instituirea tutelei. Baza de calcul a indemnizației lunare pentru creșterea copilului constituie venitul mediu lunar asigurat, realizat în ultimele 6 luni calendaristice premergătoare nașterii copilului;

i) în cazul lichidării sau reorganizării unității economice sau în cazul reducerii statelor de funcții în perioada aflării beneficiarului în concediu pentru îngrijirea copilului, indemnizația pentru creșterea copilului nu se suspendă, cu condiția că beneficiarul nu s-a reangajat în câmpul muncii.

Indemnizația lunară pentru creșterea/îngrijirea copilului este de două tipuri: *indemnizația pentru creșterea copilului până la împlinirea vârstei de 3 ani și indemnizația pentru îngrijirea copilului până la vârsta 1,5 ani.*

În conformitate cu art.18 din Legea privind indemnizațiile pentru incapacitate temporară de muncă și alte prestații de asigurări sociale, **indemnizația pentru creșterea copilului până la vârsta de 3 ani** este o formă de sprijin bănesc ce se stabilește și se acordă prin sistemul public de asigurări sociale persoanei asigurate pentru creșterea copilului de la data nașterii și până la vârsta lui de 3 ani.

Femeile salariate și ucenicele, precum și soțiile aflate la întreținerea soților salariați, după expirarea concediului de maternitate înaintea o cerere scrisă pentru a beneficia de concediu parțial plătit pentru îngrijirea copilului până la vârsta de 3 ani. Acest concediu poate



fi folosit integral sau parțial în orice timp, până când copilul va împlini vârsta de 3 ani și se include în stagiul de cotizare¹³.

Cuantumul lunar al indemnizației pentru creșterea copilului în redacția Legii nr.68 din 23.04.2010, pe parcursul anului 2010 a constituit 30% din baza de calcul stabilită, dar nu mai puțin de 300 de lei pentru fiecare copil¹⁴. Prin Legea nr.7 din 10.02.2011 cuantumul lunar al indemnizației pentru creșterea copilului, începând cu anul 2011, se stabilește ca în anul 2010¹⁵.

Baza de calcul a indemnizațiilor în conformitate cu art.7 alin. (1) al Legii nr.289-XV din 22.07.2004¹⁶ și pct. 37-44 al Hotărârii Guvernului nr.1478 din 15.11.2002¹⁷ o constituie venitul mediu lunar realizat în ultimele 6 luni calendaristice (complete), premergătoare lunii producerii riscului asigurat, venit din care au fost calculate contribuțiile de asigurări sociale. Venitul mediu lunar asigurat, luat în calcul la determinarea mărimii indemnizațiilor, nu poate depăși 5 salarii medii lunare pe economie prognozate pentru anul respectiv și aprobate de Guvern.

În cazul în care lunile luate în calcul sunt lucrate incomplet din motive întemeiate (concediu de maternitate, concediu pentru îngrijirea copilului, concediu medical, concediu din cont propriu etc.), la determinarea bazei de calcul se ia în considerare venitul asigurat din lunile calendaristice lucrate complet în perioada respectivă. Astfel, venitul mediu lunar asigurat se va determina prin împărțirea venitului asigurat din această perioadă la numărul de zile lucrate stabilite pentru perioada respectivă și înmulțirea cu numărul zilelor lucrătoare pentru o lună (25,4 zile lucrătoare pentru săptămâna de lucru de 6 zile și, respectiv, 21,1 zile pentru săptămâna de lucru de 5 zile).

Dacă persoana asigurată până la data stabilirii concediului de maternitate a lucrat mai puțin de 6 luni, baza de calcul este venitul asigurat, realizat în lunile calendaristice lucrate integral (după caz – 1 lună, 2, 3, 4, 5 luni) în perioada respectivă. În cazul în care persoana asigurată a realizat un stagiul de cotizare mai mic de o lună calendaristică, se ia în considerare venitul asigurat din zilele lucrate, care se împarte la numărul zilelor lucrate și se înmulțește cu numărul zilelor lucrătoare pentru o lună (25,4 zile lucrătoare pentru săptămâna de lucru de 6 zile și, respectiv, 21,1 zile pentru săptămâna de lucru de 5 zile).

În cazul lipsei motivate (concediu de maternitate, concediu pentru îngrijirea copilului, concediu medical, concediu din cont propriu etc.) a venitului asigurat în ultimele 6 luni calendaristice premergătoare lunii în care s-a produs riscul asigurat, baza de calcul este salariul tarifar sau salariul de funcție al beneficiarului.

În cazul în care persoana desfășoară activități în mai multe unități, în fiecare fiind asigurată conform legislației, indemnizația lunară pentru creșterea copilului

până la vârsta de 3 ani se calculează în funcție de venitul total asigurat.

Indemnizația pentru îngrijirea copilului până la vârsta de 1,5 ani se acordă persoanelor neasigurate, în sumă fixă.

Cuantumul indemnizațiilor adresate familiilor cu copii se stabilește conform anexelor nr.1 și nr.2 la Regulamentul cu privire la modul de stabilire și plată a indemnizațiilor adresate familiilor cu copii, adoptat prin Hotărârea Guvernului Republicii Moldova nr.1478 din 15.11.2002 cu modificările și completările ulterioare. Prin Hotărârea Guvernului nr.432 din 15.06.2011, cuantumul lunar al acestei indemnizații constituie 300 lei¹⁸.

În tabelul de mai jos, prezentăm în dinamică creșterea cuantumului indemnizațiilor începând cu anul 2006.

Anul	Cuantumul indemnizației	
	pentru persoanele asigurate	pentru persoanele neasigurate
2006	20% din baza de calcul stabilită conform art.7 al Legii nr.289-XV din 22 iulie 2004 privind indemnizațiile pentru incapacitate temporară de muncă și alte prestații de asigurări sociale, <i>dar nu mai puțin de 100 lei</i>	100 lei
2007	20% din baza de calcul stabilită conform art.7 al Legii nr.289-XV din 22 iulie 2004 privind indemnizațiile pentru incapacitate temporară de muncă și alte prestații de asigurări sociale, <i>dar nu mai puțin de 100 lei</i>	100 lei
2008	20% din baza de calcul stabilită conform art.7 al Legii nr.289-XV din 22 iulie 2004 privind indemnizațiile pentru incapacitate temporară de muncă și alte prestații de asigurări sociale, <i>dar nu mai puțin de 100 lei</i>	150 lei
2009	25% din baza de calcul stabilită conform art.7 al Legii nr.289-XV din 22 iulie 2004 privind indemnizațiile pentru incapacitate temporară de muncă și alte prestații de asigurări sociale, <i>dar nu mai puțin de 250 lei</i>	150 lei
2010	30% din baza de calcul stabilită conform art.7 al Legii nr.289-XV din 22 iulie 2004 privind indemnizațiile pentru incapacitate temporară de muncă și alte prestații de asigurări sociale, <i>dar nu mai puțin de 300 lei</i>	250 lei



2011	30% din baza de calcul stabilită conform art.7 al Legii nr.289-XV din 22 iulie 2004 privind indemnizațiile pentru incapacitate temporară de muncă și alte prestații de asigurări sociale, <i>dar nu mai puțin de 300 lei</i>	300 lei
------	--	---------

Modul de stabilire și plată a indemnizațiilor

Dreptul de a beneficia de indemnizații adresate familiilor cu copii îl au familiile cu copii domiciliat pe teritoriul Republicii Moldova. Indemnizațiile adresate familiilor cu copii se stabilesc în funcție de calitatea persoanei: asigurat sau neasigurat.

Persoană asigurată se consideră, în condițiile Regulamentului cu privire la modul de stabilire și plată a indemnizațiilor adresate familiilor cu copii, persoana, care îndeplinește condițiile prevăzute în art.6 al Legii nr.289-XV din 22 iulie 2004 privind indemnizațiile pentru incapacitate temporară de muncă și alte prestații de asigurări sociale (a realizat un stagiu de cotizare de cel puțin 3 ani).

La calcularea stagiului de cotizare ce acordă dreptul la indemnizația unică la nașterea copilului și la indemnizația lunară pentru creșterea copilului până la împlinirea vârstei de 3 ani (în cazul persoanelor asigurate), se includ și perioadele necontributive asimilate stagiului de cotizare¹⁹: perioadele de îndeplinire a serviciului militar în termen sau cu termen redus, perioada de îngrijire a unui copil până la vârsta de 3 ani de către unul dintre părinți sau de tutore, în caz de deces al ambilor părinți, perioada de primire a ajutorului de șomaj, perioada în care persoana asigurată a beneficiat de alocație pentru integrare sau reintegrare profesională, perioada în care persoana a beneficiat de indemnizație pentru incapacitate temporară de muncă.

Modul de stabilire a indemnizațiilor se efectuează în corespundere cu pct.8-16 ale Regulamentului nominalizat. Cererea pentru stabilirea indemnizațiilor se depune la casa teritorială de asigurări sociale (CTAS) de către unul dintre părinți (tutore, curator) personal, prin intermediul reprezentantului primăriei.

La cererea pentru stabilirea indemnizației unice la nașterea copilului și indemnizației lunare pentru creșterea/îngrijirea copilului se anexează următoarele acte:

- actul de identitate al mamei sau al tatălui (tutorelui, curatorului);
- certificatul de naștere al copilului, după caz certificatul de naștere al copilului premergător;
- adeverința de naștere a copilului (doar în cazul indemnizației unice la nașterea copilului);
- extrasul din ordinul de acordare a concediului pentru îngrijirea copilului, doar în cazul persoanelor încadrate în câmpul muncii;
- certificatul despre venitul asigurat pentru 6

luni premergătoare lunii producerii riscului asigurat, eliberat de fiecare dintre unitățile economice în care solicitantul își desfășoară activitatea;

- după caz, documentul prin care se confirmă că mama (tatăl, tutorele, curatorul) nu este încadrată în câmpul muncii (carnetul de muncă, certificatul de la instituția de învățământ, certificatul de la agenția teritorială pentru ocuparea forței de muncă);

- carnetul de muncă sau certificat, ce confirmă încadrarea în câmpul muncii (pentru persoane încadrate în câmpul muncii);

- în cazul în care solicitantul nu poate confirma documentar angajarea în câmpul muncii, acesta anexează o declarație scrisă în care confirmă sub responsabilitate personală faptul că nu este angajat în câmpul muncii.

În termen de 5 zile, actele pentru stabilirea indemnizațiilor adresate familiilor cu copii, depuse la primărie, sunt verificate, înregistrate și transmise de către reprezentantul primăriei către casa teritorială în raza de activitate a căreia se află primăria respectivă. Decizia cu privire la stabilirea indemnizațiilor se adoptă de către conducătorul CTAS.

Cererea pentru stabilirea indemnizației și actele necesare se examinează în termen de 30 de zile din data înregistrării la casa teritorială. În cazul în care la cerere nu sunt anexate toate actele necesare, solicitantul are dreptul să prezinte (personal sau prin intermediul primăriei) documentele care lipsesc, în termen de o lună din data înregistrării cererii.

Dacă acest termen este depășit, casa teritorială este în drept să ia decizia de a refuza stabilirea indemnizației. În acest caz, în termen de cinci zile după luarea deciziei, solicitantului i se restituie actele, indicându-se motivele refuzului și modul de contestare a deciziei.

Cererea pentru stabilirea indemnizației cu toate actele anexate, inclusiv decizia CTAS se păstrează în dosarul personal al beneficiarului.

Conform pct.17-30 din Regulament, plata indemnizațiilor se efectuează în numerar prin intermediul subdiviziunilor „Băncii de Economii” S.A. la locul de trai, iar în cazul lipsei acestora – prin intermediul persoanelor responsabile ale „Băncii de Economii” S.A. pentru luna precedentă. Banca de Economii efectuează plata indemnizațiilor în baza contractului privind plata indemnizațiilor încheiat cu Casa Națională de Asigurări Sociale.

În cazul în care beneficiarul își schimbă domiciliul, plata indemnizației la locul vechi de trai se suspendă și este reluată, prin decizia CTAS de la locul nou de trai, din luna suspendării.

La cerere, CTAS de la locul vechi de trai al beneficiarului transmite dosarul la CTAS de la locul nou de trai, indicând luna de când a fost suspendată indemnizația.



Casele teritoriale, în baza dosarelor personale, introduc informația în bazele de date electronice și întocmesc listele beneficiarilor de indemnizații, separat pentru persoanele asigurate și neasigurate, în modul stabilit, și prezintă lunar Casei Naționale de Asigurări Sociale informația, în mod electronic, privind modificările operate și registrele listelor întocmite separat pentru persoanele asigurate și neasigurate.

„Banca de Economii” S.A., în baza informației primite în mod electronic (separat pentru persoanele asigurate și neasigurate) de la Casa Națională de Asigurări Sociale, efectuează plata indemnizațiilor din mijloacele destinate fiecărei categorii, de pe conturile respective.

Sumele indemnizației stabilite, dar neprimite la timp din vina beneficiarului pot fi solicitate pentru perioada de 3 ani premergători datei adresării, dar cele neachitate la timp din vina organului care stabilesc și plătesc retroactiv fără nici o limitare.

Sumele plătite în plus din vina beneficiarului (falsificarea unor date, tăinuirea unor circumstanțe etc.) se rețin lunar, în baza deciziei conducătorului CTAS, în mărime ce nu depășește 20 la sută din cuantumul indemnizației. În cazul în care plata indemnizației încetează, sumele plătite în plus se rețin în baza hotărârii instanței judecătorești.

Sumele plătite în plus din vina organului care stabilește și plătește indemnizația nu se recuperează din contul beneficiarului. Surplusul achitat se percepe de la persoana culpabilă de prezentarea actelor false, în conformitate cu legislația.

Pentru perioada aflării copilului într-o instituție socială, unde îi este asigurată întreținerea deplină din partea statului, indemnizația nu se plătește. În cazul în care copilul a fost luat în familie pentru o perioadă de cel puțin o lună, indemnizația se stabilește în baze generale.

La apariția circumstanțelor care ar avea ca urmare anularea sau reluarea dreptului la stabilirea și plata indemnizației (adopția copilului, decesul copilului, decesul beneficiarului), plata indemnizației încetează sau este reluată din luna următoare celei în care au apărut condițiile respective.

În cazul decesului beneficiarului, indemnizația stabilită, dar neachitată din cauza decesului se plătește inclusiv până în luna decesului persoanei în grija căreia a rămas copilul.

Note:

¹ Legea privind Codul familiei nr.1316-XIV din 26.10.2000 în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr. 47-48 din 26.04.2001.

² Legea Republicii Moldova nr. 338-XIII din 15.12.1994 privind drepturile copilului, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.13 din 02.03.1995.

³ Legea privind indemnizațiile pentru incapacitatea temporară de muncă și alte prestații de asigurări sociale nr. 289-XV din 22.07.2004, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.168-170/ 773 din 10.09. 2004.

⁴ Hotărârea Guvernului Republicii Moldova nr.1478 din 15 noiembrie 2002 „Cu privire la indemnizațiile adresate familiilor cu copii, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr. 154-157/1612 din 21.11.2002.

⁵ Hotărârea Guvernului nr.108 din 3 februarie 2005 privind aprobarea Regulamentului cu privire la condițiile de stabilire, modul de calcul și de plată a indemnizațiilor pentru incapacitate temporară de muncă și altor prestații de asigurări sociale, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.24-25/162 din 11.02.2005.

⁶ Codul muncii al Republicii Moldova, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.159-162 din 29.07.2003, art.124, alin.(1).

⁷ Hotărârea Guvernului nr.108 din 3 februarie 2005 privind aprobarea Regulamentului cu privire la condițiile de stabilire, modul de calcul și de plată a indemnizațiilor pentru incapacitate temporară de muncă și altor prestații de asigurări sociale, pct.23, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.24-25/162 din 11.02.2005.

⁸ Regulamentul cu privire la modul de stabilire și plată a indemnizațiilor adresate familiilor cu copii, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr.1478 din 15.11.2002, pct.7.

⁹ Legea bugetului asigurărilor sociale de stat nr.54 din 31.03.2011 pe anul 2011, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.63-64/153 din 20.04.2011.

¹⁰ Hotărârea Guvernului nr.432 din 15.06.2011 pentru modificarea și completarea Regulamentului cu privire la modul de stabilire și plată a indemnizațiilor adresate familiilor cu copii aprobat prin Hotărârea Guvernului nr.1478 din 15 noiembrie 2002, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.99-101 din 17.06.2011, art.495.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Codul muncii al Republicii Moldova*, art.124, alin.(2), (3).

¹⁴ *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.83-84 din 28.05.2010, art.236.

¹⁵ *Ibidem*, nr.34-36 din 4.03.2011.

¹⁶ *Ibidem*, nr.168-170/773 din 10.09. 2004.

¹⁷ *Ibidem*, nr.154-157/1612 din 21.11.2002.

¹⁸ *Ibidem*, nr. 99-101 art. nr. 495.

¹⁹ Legea privind pensile de asigurări sociale de stat nr.156 din 14.10.1998, art.5, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.111-113, 1998.



НАРУШЕНИЕ ПРАВ ПАЦИЕНТОВ В ЛЕЧЕБНЫХ УЧРЕЖДЕНИЯХ РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА

Василий ФЛОРЕА,

*доктор права, профессор кафедры уголовного права и криминологии
(Академия «Штефан чел Маре» МВД Республики Молдова)*

Дину ОСТАВЧУК,

*начальник Управления анализа, планирования и обучения Департамента уголовного
преследования МВД РМ, майор полиции*

SUMMARY

The article is devoted to the infringements of patients' rights in medical institutions, revealed by the Human Rights Center (the parliamentary lawyers), and also by the practice of investigation of this category of cases, their unfounded dismissal.

В 2010 г. в Центр по правам человека (парламентским адвокатам) поступило 45 жалоб о нарушении права на охрану здоровья. Полностью или частично подтверждаются жалобы по поводу летального исхода пациентов, а также неадекватного лечения¹.

В 2006 г. скончались на дому 33-72 человека (76,7%), оставшихся без какой-либо медицинской помощи, особенно в сельской местности. Ежегодно в отделении кардиохирургии из-за неквалифицированных, плохо подготовленных и непродуманных операций на сердце погибает 10-15 пациентов. Виновные в этом медицинские работники не несут никакой юридической ответственности, и сомневаемся, что они раскаиваются в содеянном или хотя бы испытывают угрызения совести.

Нарушение права на жизнь

22 июня 2010 г. прокурор прокуратуры района Флорешть юрист 2 класса В.П. прекратил уголовное преследование по делу, возбужденному 8 августа 2008 г. по признакам преступления, предусмотренного ст.213 п.«в» УК РМ², в связи с гибелью пациентки М.А. в районной больнице Флорешть.

Следствием было установлено, что 23 июня 2008 г. М.А. обратилась к врачу-гинекологу Л.Т. с просьбой сделать ей аборт. 26 июня Л.Т. сделала М.А. аборт и сразу же отправила пациентку домой. В ночь на 27 июня состояние здоровья М.А. ухудшилось и утром 27.06.2008 г. пациента вновь обратилась к Л.Т. В 14³⁰ М.А. была госпитализирована в районную больницу Флорешть в тяжелом состоянии. В 20 час 50 мин. 27 июня М.А. была прооперирована повторно, а в 1 час 35 мин. 28 июня она скончалась в реанимационном отделении той же больницы.

Итак, события развивались стремительно: 26 июня – аборт, а спустя сутки с небольшим М.А. умирает. Казалось бы, внимание следователя, прокурора, судебно-медицинского эксперта должно было быть направлено на выяснение обстоятельств, связанных с основной причиной гибели пациентки – проведением аборта.

В частности, не было проверено, какие клинические исследования были выполнены М.А. до операции по прерыванию беременности, не было ли противопо-

казаний для аборта. Можно предположить, что противопоказания были, и сама операция была плохо подготовлена и выполнена неквалифицированно, если после нее наступили тяжелые осложнения и М.А. скоропостижно скончалась. А если аборт сделан неквалифицированно и при наличии противопоказаний, то врача Л.Т. следовало привлечь к ответственности по совокупности преступлений: по статье 213 «в» и статье 159 ч.2 п. «с» УК РМ – незаконное производство аборта, повлекшее гибель пациентки. Но должностные лица, проводившие расследование, дали оценку только второй операции, проведенной вечером 27 июня 2008 г., при которой врачи попытались устранить последствия неквалифицированно произведенного аборта. И здесь, как обычно, СМЭ дала заключение в мажорном, бодром тоне: врачи все сделали правильно, лечение было правильное, причинной связи между действиями (бездействиями) врачей и гибелью пациентки М.А. нет. СМЭ никогда не ставится и не исследуется вопрос о влиянии внутрибольничных инфекций на гибель пациента. Прокурору В.П. ничего не оставалось делать, как сослаться на выводы СМЭ и прекратить уголовное преследование в отношении Л.Т. за отсутствием состава преступления.

А между тем, при более тщательном расследовании и критической оценке заключения СМЭ, Л.Т. можно было предъявить следующие обвинения: обвиняется в том, что 26 июня 2008 г. сделала аборт М.А. с нарушением по халатности правил и методов оказания медицинской помощи, без тщательного предварительного клинического обследования М.А. в условиях стационара, без письменного информированного согласия пациентки на предстоящий аборт с разъяснением смертельной опасности операции. В день операции Л.Т. не госпитализировала М.А. для наблюдения за состоянием здоровья в условиях стационара, операцию провела некачественно, неквалифицированно, что привело к тяжелым осложнениям и скоропостижной смерти М.А. В данном случае четко прослеживается причинная связь между произведенным абортом и гибелью пациентки.

При оценке заключений СМЭ советуем помнить констатацию члена-корреспондента РАМН, судебного



медика высшей категории профессора Ю.Д. Сергеева и профессора А.А. Мохова: «Встречаются в экспертной практике примеры, когда интересы ведомства, корпорации, того или иного врачебного сообщества (хирургов, анестезиологов и прочих) стоят выше интересов добра, гуманизма, справедливости [и от себя добавим (В.Ф.) выше закона]. Эксперты могут завуалировать, сгладить «острые углы», что не позволяет установить истинные условия или существенно осложняет их установление»³.

Другой случай. 21 апреля 2011 г. прокурор прокуратуры района Рышкань советник юстиции 2 класса Р.К. прекратил уголовное преследование по уголовному делу, возбужденному 11 февраля 2008 г. по признакам преступлений, предусмотренных ст.162 ч.1 (неоказание помощи больному), и ст.213 п. «в» УК РМ в связи с гибелью пациентки З.А.

Следствием по делу было установлено, что дежурный врач-хирург П.И. после проведенной операции в ночь на 24 сентября 2007 г. примерно в 1 час – 2 часа ночи ушел домой. В 3 часа ночи медицинская сестра госпитализировала с острым животом пациентку З.А. Дежурный врач-реаниматолог осмотрел больную и велел медсестре позвонить домой П.И. и сообщить ему о поступлении З.А. и ее жалобах. По указанию П.И. пациентка была переведена в хирургическое отделение.

Утром 24 сентября 2007 г. П.И. осмотрел больную, установил диагноз «острый холецистит, панкреатит» и назначил З.А. консервативное лечение. Затем примерно в 9 часов при комиссионном осмотре тоже было принято решение о консервативном лечении. Хирургическое вмешательство, полагали врачи, было противопоказано, так как З.А. страдала и ишемической кардиопатией. 25 сентября 2007 г. в 4 час 50 мин. З.А. скончалась в хирургическом отделении больницы.

Комиссия Министерства здравоохранения оправдала врачей, указав, что З.А. погибла не из-за их халатности, а ввиду имевшегося у неё множества заболеваний. При этом было подчеркнуто, что также случаи, как у З.А., очень редкие и хирургам малознакомы.

Трудности диагностики увеличивают риск неприменения быстрых и адекватных терапевтических мер. Можно считать, что комиссия полагала, что в случае с З.А. не были приняты быстрые и адекватные терапевтические меры. Риск для жизни пациентки в случае хирургического вмешательства был достаточно высок.

Комиссионная СМЭ от 15 сентября 2008 г. установила ряд нарушений по халатности правил и методов оказания медицинской помощи со стороны дежурного хирурга П.И., который отсутствовал на работе 6 часов, не провел необходимые срочные клинические исследования, неправильно избрал тактику консервативного лечения вместо срочной хирургической операции.

Офицер уголовного преследования, прокурор не устранили противоречия между заключением Комиссии Минздрава и СМЭ посредством проведения очных ставок и других следственных действий, а указали, что эти противоречия лишают доказательственной силы как заключение Комиссии Минздрава, так и СМЭ.

Мотивируя прекращение уголовного преследования, прокурор указал также, что в районной больнице Рышкань отсутствуют какие-либо внутренние или

ведомственные нормативные акты, которые регламентировали бы исполнение служебных обязанностей дежурными врачами. Отсутствие дежурного хирурга на работе в течение нескольких часов является дисциплинарным проступком и не может быть основанием для какого-либо обвинения.

Тем хуже для администрации больницы, если в Правилах внутреннего распорядка не регламентированы эти обязанности. Однако Трудовой кодекс Республики Молдова в разделе IV Рабочее время и время отдыха (ст.95-106) регламентирует порядок работы по сменам и в ночное время, который обязателен и для врачей. А согласно ст.86 этого же кодекса, работник может быть уволен по инициативе администрации, пункт «h», в случае отсутствия его на работе в течение 4-х часов без уважительных причин. Так что ссылка прокурора на отсутствие внутренних или ведомственных указанных нормативных актов является несостоятельной.

В Российской Федерации вопрос наличия или отсутствия нормативных актов в области здравоохранения решается следующим образом.

В отсутствие прямого нормирования действий медицинских работников по оказанию медицинской помощи пациенту приказами МЗ и СРРФ в силу вступают нормы ст.5 и 309 Гражданского кодекса РФ (ст.4 и 572 ГК РМ), которые в качестве экспертного решения (доказательства) утверждают обычай делового оборота и обычно предъявляемые требования.

В качестве обычаев делового оборота или обычно предъявляемых требований могут быть представлены различные источники медицинских знаний, в том числе: учебники, монографии, руководства для врачей, справочники по отдельным медицинским дисциплинам, а также данные современной медицинской науки в форме журнальных статей, тезисов докладов ведущих ученых, резолюций и постановлений съездов, совещаний, симпозиумов и научно-практических конференций ученых и врачей по различным видам медицинской деятельности⁴. Опыт, заслуживающий заимствования.

Вышеуказанные и другие примеры свидетельствуют о том, что при наличии собственной самостоятельной, активной, принципиальной позиции офицеров уголовного преследования (следователей) и прокуроров, без постоянной оглядки на не всегда объективные заключения судебно-медицинских экспертиз, многие необоснованно прекращенные уголовные дела могли быть направлены в суд для рассмотрения по существу. Судебно-медицинские эксперты не должны диктовать правоприменителям их решения по уголовным делам.

Литература:

¹ Центр по правам человека в Молдове. Мунтяну Анатолие, *Доклад о соблюдении прав человека в Республике Молдова в 2010 г.* Кишинёв, 2011, с.167.

² Уголовный кодекс Республики Молдова от 18 апреля 2002 г., введен в действие с 12 июня 2003 г.

³ Сергеев Ю.Д., Мохов А.А., *Ненадлежащее врачевание: возмещение вреда здоровью и жизни пациента*, ГЭОТАР-Медиа, Москва, 2007, с.274-275.

⁴ Старченко А.А. с соавторами, *Менеджмент качества медицинской помощи: классификация дефектов оказания акушерско-гинекологической медицинской помощи*, in *Медицинское право*, Москва, 2007, № 4, с.41.



L'APPROCHE FRANÇAISE ET MOLDAVE SUR L'APPRÉCIATION DES CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS CONCLUS AVEC LES CONSOMMATEURS

Olesea **PLOTNIC**,

doctorante, maître en droit, enseignante universitaire (USM)

Avisé par: **Iurie MIHALACHE**, docteur en droit, enseignant universitaire (USM)

RÉSUMÉ

La clause abusive représente une stipulation contractuelle qui a comme but d'enlever l'équilibre contractuel, en le transformant dans une modalité d'obtention d'un avantage excessif au profit du professionnel et, respectivement, d'un déséquilibre significatif de la partie du consommateur. Dans le cas ou l'appréciation du caractère abusif concerne un contrat déterminé déjà conclu, elle doit se faire in concreto, en considération du consommateur et des circonstances de la conclusion. Mais si l'appréciation du caractère abusif porte sur des conditions générales, sans référence à un contrat particulier, elle se fera nécessairement in abstracto, en considération du consommateur moyen et de circonstances habituelles. Plusieurs dispositions du nouvel art. L. 132-1 du Code de la consommation¹ sont consacrées à la question d'appréciation du caractère abusif. Elles sont regroupées aux alin.5 et 7. En ce sens en vue d'apprécier les clauses abusives dans les contrats conclus entre consommateurs ou non-professionnel et professionnels c'est important de déterminer le moment de l'appréciation et d'énumérer ses modalités d'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle.

L'approche française de l'appréciation du caractère abusif d'une clause contractuelle. Tout d'abord, « sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux art. 1156 à 1161, 1163 et 1164 c. civ. »², le principe posé à l'alin.5 est que le caractère abusif d'une clause s'apprécie « au moment de la conclusion du contrat ». Ce choix est fidèle aux prescriptions de la directive³. Mais s'il convient à la clause qui a pour objet de créer le déséquilibre significatif, il se comprend moins quand celle-ci a seulement eu pour effet de le faire naître car alors l'abus est inhérent à l'exécution du contrat. Sans doute pourrait-on être tenté de trouver une conciliation en considérant, lors de la formation du contrat, la probabilité d'un déséquilibre à naître au détriment du consommateur du fait de l'application de la clause. Mais la réponse est double. D'une part, si la rédaction de la clause invite à ce pronostic, n'est-ce pas tout simplement parce qu'elle avait d'abord pour objet d'avantager le professionnel au-delà du raisonnable? D'autre part, une telle proposition induit une appréciation *in abstracto* du caractère abusif de la clause qui ne convient qu'aux actions en suppression menées par les associations agréées⁴.

Ainsi, pour lutter contre l'abus dans les contrats de consommation c'est important de délimiter le moment de l'appréciation – la conclusion du contrat, mais tenant compte, actuellement, de l'insuffisance législative sur le plan moldave, c'est aussi important d'élucider l'approche moldave du moment d'appréciation sous l'angle des problèmes et perspectives de la législation actuelle.

A l'instar de la directive du 5 avril 1993⁵, la loi du 1er février 1995⁶ innove en adoptant des dispositions concernant l'appréciation des clauses abusives dans un contrat déjà conclu. Elle guide ainsi le juge dans son appréciation du déséquilibre significatif en lui demandant de l'estimer au moment de la conclusion du contrat et en tenant compte d'un ensemble d'éléments. L'article L 132-1 alin.5 du code de la consommation indique que le caractère abusif d'une clause s'apprécie « au moment de la conclusion du contrat ». Cette référence à la formation du contrat est encore une reprise d'une disposition de la directive européenne: l'article 4 de la directive du 5 avril 1993 prévoit, en effet, l'appréciation *in concreto* du caractère abusif d'une clause au stade de la conclusion du contrat.

A vrai dire, on pourrait s'en tenir à ce seul constat. Mais cette appréciation du caractère abusif au moment de la conclusion du contrat laisse de côté certaines situations de déséquilibre contractuel. D'une part, le déséquilibre significatif peut survenir à l'exécution et non à la formation du contrat. Il faut partir de la définition de la clause abusive qui s'appuie sur le déséquilibre significatif: la clause doit avoir pour objet ou pour effet un déséquilibre contractuel grave⁷. Or si l'appréciation est adaptée à une clause qui a pour objet ce déséquilibre, elle ne l'est plus vraiment pour une clause ayant pour effet un tel déséquilibre qui apparaît nécessairement au cours de l'exécution du contrat...sauf à se satisfaire d'une contorsion intellectuelle consistant à tenir compte d'un déséquilibre à naître lors de la formation du contrat⁸. D'autre part, force est de reconnaître que



les clauses pénales peuvent tomber sous le coup de la loi du 1^{er} février 1995. L'intérêt du sujet est patent. L'art. 1152 du Code civil⁹ ne permet que la modération d'une clause pénale manifestement excessive alors que dans le même temps l'art. L 132-1 du Code de la consommation la supprime. Si auparavant un doute pouvait prospérer malgré l'application par la jurisprudence de la législation sur les clauses abusives à la clause pénale¹⁰, la loi du 1^{er} février 1995 clôt toute interrogation. Désormais le déséquilibre significatif du Code de la consommation correspond à l'excès manifeste du Code civil. Il en sera ainsi à chaque fois que la clause pénale imposera une peine disproportionnée par rapport au préjudice réellement subi par le créancier.

Dès lors, en dehors même de l'intérêt du consommateur, on voit mal comment l'art. 1152 du Code civil pourrait encore s'appliquer dans les relations contractuelles entre professionnels et consommateurs. Si la peine est manifestement excessive, elle emporte nécessairement un déséquilibre significatif entre les obligations des deux parties. En vertu de la règle *specialia generalibus derogant*, le droit spécial des clauses abusives doit prévaloir le droit commun, donc l'art. 1152 du Code civil. Cet intérêt pour l'art. L 132-1 du Code de la consommation pourrait avoir d'autant plus de raisons de s'appliquer que la Cour de Cassation a tendance à élargir la notion de clause pénale à des clauses qui n'en sont pas. On pense à la clause figurant aux conditions générales d'une école de commerce stipulant que « l'inscription est irrévocable et en cas de rupture quels qu'en soient les motifs ou la période, le droit d'inscription reste intégralement dû » qui a été qualifiée de clause pénale par la Haute juridiction¹¹. Il s'agissait en vérité non pas d'une clause pénale mais d'une clause portant sur l'exécution forcée du contrat et donc sur le prix¹².

Actuellement, on se pose la question si une telle clause pourrait-elle être qualifiée d'abusives, car depuis la réforme, l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat ni sur le prix¹³ ? Il faut mentionner que La Cour de Cassation n'a toujours pas répondu sur ce point, mais continue sous l'ancienne législation d'approuver les juges du fond qui qualifient d'abusives une clause imposant à l'élève le règlement en totalité des frais de scolarité et excluant qu'aucun motif lui permette de s'y soustraire¹⁴. La question est d'ailleurs la même pour les clauses périphériques aux clauses pénales telles que les clauses de dédit ou de remboursement anticipé. Nous pensons que de telles clauses peuvent certainement être interprétées comme fixant le prix de la faculté offerte au consommateur de revenir sur un engagement définitif. Ainsi, la portée de l'art. L 132-1 alin. 7 du Code de la consommation serait limitée aux prix des prestations de services formant l'objet principal du contrat. Si on reprend l'exemple des clauses usuellement utilisées dans les contrats d'enseignement, il existe bien un dé-

séquilibre significatif, car l'abandon même légitime de la scolarité par le consommateur l'oblige à payer sans contrepartie. L'esprit de la loi commande alors que de telles clauses soient déclarées abusives¹⁵.

Comme on a déjà attiré l'attention, l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert. Il s'agit d'éviter que le juge puisse déclarer abusives des clauses qui déterminent le contenu de la prestation principale du contrat de consommation (par exemple, les clauses de délimitation du risque garanti en assurance échapperont à la sanction des clauses abusives). En outre, il faut avouer que le législateur a cherché avant tout dans cette restriction à éviter qu'un consommateur puisse contester le prix convenu avec son cocontractant professionnel sur le fondement du droit des clauses abusives. Un prix excessif ne peut donc relever que du domaine du prix lésionnaire ou du droit commun (par exemple, l'art. 1591 du Code civil s'oppose à la fixation du prix de vente par une seule partie). Cependant on ne doit pas en déduire que seules les clauses sans importance, car accessoires sont concernées par le droit des clauses abusives. Une clause essentielle peut très bien être déclarée abusive. Par exemple, depuis l'arrêt dit Chronopost rendu par la chambre commerciale du 22 octobre 1996, la clause limitative de responsabilité peut servir d'écho à d'autres obligations dites essentielles qui ne relèvent pas pour autant du domaine de la lésion¹⁶.

Le système issu de la directive, comme le système antérieur, est fait pour lutter contre les déséquilibres inhérents aux clauses du contrat, et non pour assurer l'équivalence globale entre la prestation fournie et le prix demandé. Par ailleurs, par transposition de l'art. 4-2 de la directive, l'alin. 7 du nouvel art. L. 132-1 dispose que « l'appréciation du caractère abusif des clauses... ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert ». Cette dernière disposition cherche à éviter qu'un consommateur n'utilise la législation sur les clauses abusives pour contester le prix qui a été convenu avec le professionnel pour un bien ou un service déterminé. On touche ici au problème de la lésion. De même qu'on ne peut, par exemple, recourir au concept d'erreur sur la valeur pour contourner la législation restrictive sur la lésion, de même l'art. L. 132-1 du Code de la consommation ne doit pas pouvoir être appliqué à cette fin. La restriction posée par le texte ne signifie cependant pas que toutes les clauses relatives au prix sont nécessairement à l'abri de toute contestation. Des irrégularités ou des abus pourraient être commis, et sanctionnés, dans le mode de détermination de ce prix ainsi que dans ses modalités contractuelles de versement. Le nouveau texte ne saurait, par exemple, avoir pour effet de mettre hors jeu les dispositions des art. 1129 ou 1592 du Code



civil. L'exclusion de la loi sert seulement à empêcher que la législation sur les clauses abusives ne soit utilisée par les consommateurs se plaignant d'avoir payé trop cher un bien ou une prestation de services déterminée¹⁷.

En revanche, l'impossibilité de prétendre au caractère abusif des clauses déterminant le contenu de la prestation principale du professionnel paraît logiquement résulter du texte nouveau. Avant la réforme, le cas s'était déjà présenté en jurisprudence, en particulier à propos des contrats d'assurance invalidité ne couvrant que l'impossibilité absolue et définitive de se livrer à toute occupation rapportant un gain et obligeant l'assuré à recourir à l'assistance d'une tierce personne pour effectuer les actes ordinaires de la vie. De telles clauses qui définissent précisément le risque garanti par l'assureur ne sont pas abusives au sens de la loi¹⁸. Définissant le contenu de la prestation promise par ce dernier, et librement acceptées par l'assuré, elles ne soulèvent que des problèmes d'interprétation. Ainsi, nous soutenons que l'exclusion légale, qui se présente comme une simple règle relative à l'appréciation du caractère abusif des clauses, montre en tout cas que des restrictions peuvent exister au domaine d'application du nouvel art. L. 132-1.

Le 3 juin 2010, la Cour de Justice a eu à se prononcer sur la liberté laissée aux Etats membres par la directive 93/13 relative aux clauses abusives quant aux clauses portant sur le prix ou les prestations principales¹⁹. En effet, l'art. 4.2 de cette directive exclut de l'appréciation du caractère abusif deux moments d'appréciation et notamment les clauses portant « sur la définition de l'objet principal » ou sur « l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

Tous les Etats membres n'ont pas transposé cette exclusion, comme l'Espagne dont le droit permet de contrôler le caractère abusif de ces clauses quand bien même elles seraient rédigées de manière claire et compréhensible²⁰. Le litige en l'espèce opposait une banque espagnole et l'un de ces clients à propos d'une clause d'un contrat de prêt permettant d'arrondir au quart de point supérieur le pourcentage du taux d'intérêt nominal variable. Se posait alors la question de savoir si cette clause pouvait faire l'objet de l'appréciation du caractère abusif, comme le permet la loi espagnole, contrairement à l'art.4.2 de la directive 93/13, ce qu'approuva la Cour de Justice. Elle considéra, dans un premier temps, que les clauses portant sur l'objet principal du contrat n'ont pas pour fonction de délimiter le champ d'application de la directive. Si tel avait été le cas, ces clauses, parce qu'alors exclues du champ de la directive, se retrouveraient en dehors de son champ d'application et seraient alors soumises à la liberté des Etats membres indépendamment du de-

gré d'harmonisation de la directive (liberté néanmoins encadrée par le respect des objectifs de la directive), laissant la possibilité aux Etats, à l'instar de l'Espagne, de les inclure ou non dans le contrôle de l'abus.

Ne délimitant donc pas le champ d'application de la directive, les clauses relatives aux prix relèvent bien du champ harmonisé, l'art.4.2 ne faisant que les exclure de la seule appréciation du caractère abusif, au même titre que l'art.4.1 précise les éléments à prendre en compte pour cette appréciation (nature du bien ou des services, moment et circonstances de la conclusion du contrat). Etant dans le champ harmonisé, ces clauses sont soumises au principe de son harmonisation minimale (art. 8), permettant aux Etats membres de protéger davantage le consommateur: libres alors sont les Etats, comme l'Espagne, d'inclure les clauses relatives au prix dans ce but de protection. Il en serait tout à fait différemment si demain la proposition de directive relative aux droits des consommateurs était adoptée en l'état (V. *supra*) dans la mesure où elle soumet à un régime d'harmonisation totale ses dispositions relatives aux clauses abusives, dispositions dont le contenu est très proche de la directive 93/13²¹.

2. L'approche moldave du moment de l'appréciation: problèmes et perspectives. En comparaison avec la France où la législation sur les clauses abusives régit l'institution de l'appréciation des clauses abusives, il faut mentionner qu'en République de Moldova la Loi sur la protection des consommateurs ne prévoit pas des normes express sur le problème de moment de l'appréciation des clauses abusives. Dans la législation moldave, l'unique source pour l'appréciation du caractère abusif dans les contrats de consommation, se retrouve dans les prévisions de l'art.1 alin.(18) de la Loi n° 105-XV du 13 mars 2003²² qui stipule qu'« une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». Selon la définition donnée, on peut déduire que le concept du déséquilibre significatif a été pris totalement d'art.3 alin.(1) de la directive du 5 avril du 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

La Cour de Cassation de la République de Moldova par sa décision n°7 du 02.10.2006 sur l'application de la législation sur la protection des consommateurs dans le jugement des cas civils, explique²³ que « dans le cas quand dans la législation manque une norme spéciale, qui régit les rapports qui dérivent du contrat de prestation des services, conclus entre le consommateur et le professionnel, vont s'appliquer les normes générales concernant les obligations prévues dans le livre IIIe du Code civil ».

Conformément aux prévisions de l'art. 716 alin. (2) du Code civ. moldave on considère qu'une clause



contractuelle standard préjudicie disproportionnément l'autre partie du contrat dans le cas quand:

a) n'est pas compatible avec les principes essentiels des réglementations auxquelles dérogent. Cette disposition s'applique dans le cas quand une clause contractuelle générale contrevienne aux principes essentiels d'une norme avec caractère dispositif;

b) limitent les droits et les obligations essentielles qui résultent de la nature contractuelle de l'autre partie dans la mesure laquelle apparaisse le risque que le but du contrat ne sera pas obtenu.

c) le contenu de cette clause n'est pas claire ou ne peut pas être compris

Problèmes. Même s'il existe des certaines exigences épisodiques dans l'art.4 de la Loi n°105 sur les clauses qui ne peuvent pas être introduites dans les contrats, sur la sanctionne (la nullité absolu de ceux-ci) et sur le mécanisme de control pour la coordination des contrats-type par l'organe responsable et les prévisions de l'art.712-720 du Code civ., il faut reconnaître que ce système n'assure pas un cadre légale suffisant pour la protection des consommateurs contre les clauses abusives dans les contrats.

Actuellement, le problème réside dans l'insuffisance du cadre complexe qui pourrait prévoir les exigences générales concernant l'interdiction de l'introduction dans les contrats conclus par les professionnels avec les consommateurs, des clauses abusives qui par leurs contenu créés un déséquilibre entre les droits et les obligations de parties, ce qui fait un obstacle significatif pour la prise des décisions par les instances judiciaires. Il faut reconnaître que cette absence réglementaire crée plusieurs problèmes pour les praticiens moldave (juges et avocats) à la résoudre de leur cas et enfin les défavorisées sont les consommateurs, qui n'ont pas de grands succès, respectivement confiance dans le système de lutte contre les clauses abusives.

Perspectives. Tenant compte que pour établir le caractère abusif d'une clause contractuelle, celles-ci doivent être évaluée en rapport direct avec des critères clairement établis, ce problème a été mis en discussion dans le projet d'élaboration d'une Loi sur les clauses abusives, qui a comme but de transposer intégralement la Directive européenne sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Le projet sur une lois des clauses abusives propose le développement du cadre légale dans le domaine de protection des intérêts économique des consommateurs par l'établissement des exigences légales pour l'interdiction de l'introduction des clauses qui peuvent créés un déséquilibre significatif et ce qui est important pour l'appréciation du caractère abusif d'une clause: l'institution d'une liste d'orientation des clauses contractuelles qui peuvent être considérées comme étant abusives, tenant compte de la liste recommandée de la directive.

Notes:

¹ *Code de la consommation français*, adopté par la Loi nr. 78-23 du 10.01.1978.JO RF du 11.01.1978, p.301. <http://www.legifrance.gouv.fr>.

² Paisant G., *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96* du 1^{er} février 1995, Recueil Dalloz 1995 p. 99

³ Art. 4-1.

⁴ Paisant G., *art. prec.*

⁵ *Directive européen 93/13/CEE* du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO CE, 21.04.1992, nr. 92, p.29-31.

⁶ *La loi de la République Française n°95-96* du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JOFR du 2 février 1995, p.1755

⁷ Bazin E., *Le consentement du consommateur*, Paris, L.G.D.J., p.344

⁸ Paisant G., D. 1995, *chron.*, p 100, *spéc.* n° 11.

⁹ *Code civil français*, adopté par la loi du 21 mars 1804 dans la période du Napoléon, pendant la III^e République Française

¹⁰ *Sur la clause pénale et la clause abusive*, V.A. Siney-Cittermann, *Clauses pénales et clauses abusives: vers un rapprochement*, les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, LGDJ 1991, p 167; Paisant G., *Clauses pénales et les clauses abusives* après la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995, D 1995, *chron.*, p.223.

¹¹ Cass. 1^{re} civ. 6 déc. 1989 : D. 1990, p 289, note J. Ghestin ; JCP 1990, Ed. G, II, 21534, note Ph. Delebecque ; RJ com. 1990, p 303, note Izorche ; 6 janv. 1994, JCP 1994, Ed. G, II, 22237, note G. Paisant ; D. 1994, *Somm.*, p 209, obs. Ph. Delebecque ; Contrats, Conc., Consom. mars 1994, *Comm.*, n° 58, G. Raymond ; TGI Brest 21 déc. 1994, RJDA 1995, n° 218, p 177.

¹² Cass. 1^{re} Civ. 10 oct. 1995 : JCP 1996, Ed. G, II, 22580, note G. Paisant et I., 3914, obs. M.Billiau ; comp. CA Orléans 4 mai 1994: Rev. jur. Centre Ouest, 1995, p 129, note C.Guelfucci: cet arrêt refuse de considérer comme abusive la clause permettant d'échapper au paiement intégral en cas de maladie, accident ou décès de l'élève.

¹³ Paisant G. et Billiau M., *art. préc.*

¹⁴ Cass. 1^{re} civ. 10 fév. 1998, Contrats, Conc., Consom. mai 1998, n° 70, *comm.* L. Leveneur ; D. 1998, p 539 et s, note D. Mazeaud.

¹⁵ Paisant G., *Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96* du 1^{er} février 1995, D. 1995, *chron.*, p 224, *spéc.* n° 7 ; également Mazeaud D., *Droit et Patrimoine* juin 1995, p 48 ; Par ailleurs, l'annexe de la loi de 1995 (clause & 1, e) vise toutes les clauses d'indemnisation forfaitaire ; favorable aussi, Cas. 1^{re} civ. 14 mai 1991, D. 1991, p 449, note Ghestin J.; *Critique*, Biliau M., JCP 1996, éd. G, I, 3914, p 125 et 126 ; V. surtout, l'arrêt préc. du 10 fév. 1998.

¹⁶ Bazin E., *op.cit.*, p.350

¹⁷ Paisant G., *art.prec.*

¹⁸ CA Chambéry, ch. civ., 22 nov. 1994, C^{ie} Assupar Vie, inédit.

¹⁹ Cjue 3 juin 2010, C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c/ Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)

²⁰ Carole Aubert De Vincelles, *Droit européen des obligations*, Juillet 2009-Juillet 2010, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010 p. 695

²¹ *Ibidem*, p. 695, *art. prec.*

²² *La loi moldave sur la protection des consommateurs* nr. 105-XV du 13 mars 2003, MO RM, nr. 126-131/507 du 27.06.2003

²³ Point 1 et 42.



REFLECȚII ASUPRA CORESPONDENȚEI FENOMENULUI CONȘTIINȚA JURIDICĂ CU MASS-MEDIA

Marina CALMÎC,

doctorand (Institutul de Istorie, Stat și Drept al AȘM)

SUMMARY

The role of media in the contemporary society is quite exciting in the context of it having acquired importance in recent decades in the national and international view. The media contributes sufficiently enough to the formation and development of the legal consciousness of the members of the society, or depending on how the information is presented, the public forms its own opinion, and later behavior.

Pe parcursul dezvoltării societății, mass-media a căpătat o importanță și o influență considerabilă în societate, iar calificativul de *a patra putere în stat* și l-a întărit după sine pe bună dreptate, or sursele de informare în masă dețin un loc relevant în formarea atitudinii indivizilor, în determinarea adoptării unui anumit fel de comportament în societate, în raporturile sociale ale indivizilor cu organele judecătorești, cele ale puterii de stat etc. Mass-media contribuie suficient de mult la formarea conștiinței juridice a indivizilor, or competența ei rezidă în difuzarea către public a informației, inclusiv și cu caracter juridic, reflectarea realității juridice, a activității organelor de stat, a celor judecătorești și în dependență de „unghiul” sub care acestea sunt prezentate, individul își formează atitudinea și conduita sa. În conformitate cu principiile statului democratic, Constituția Republicii Moldova din 29.07.1994 (art.34) consfințește dreptul persoanei de a avea acces la orice informație de interes public și obligația autorităților publice, potrivit competențelor ce le revin, de a asigura informarea corectă a cetățenilor asupra treburilor publice și asupra problemelor de interes personal, precum și obligația mijloacelor de informare publică de a asigura informarea corectă a opiniei publice. Este clar faptul că în condițiile unui stat democratic, mass-media îi revine responsabilitatea deplină pentru modul în care prezintă informația indivizilor și, prin urmare, și pentru faptul că în acest mod este implicată în formarea conștiinței juridice a membrilor societății. Jurnaliștii sunt în totalitate liberi să decidă care subiecte să le aducă în atenția publicului și în ce mod acestea să fie relatate – „Mijloacele de informare publică nu sînt supuse cenzurii”¹. Mass-media are acces și la informațiile și audierile judiciare (art. 117, ibidem), având deplină posibilitate să aprecieze activitatea instanțelor judecătorești, a procuraturii, altor organe de ocrotire a normelor de drept. Mijloacelor de informare în masă li se poate atribui statutul de observatori externi, capabili să evidențieze deficiențele sistemului judiciar (dar și politic, economic, social) și astfel să contribuie la îmbunătățirea activității (indicilor, metodelor, serviciilor) acestuia. Nu trebuie să existe încercări de a marginaliza, de a efectua presiuni asupra

presei, televiziunii, radioului în încercarea acestora de a supune criticii organizarea și/sau funcționarea sistemului judecătorec (altor organe de ocrotire a normelor juridice, autorități publice etc.), deoarece, prin astfel de acțiuni, se va submina singura putere în stat capabilă să atenționeze despre încălcarea democrației. Totodată, reprezentanții mass-media trebuie să conștientizeze seriozitatea, gravitatea situației pentru întreaga societate, ce va interveni în cazul în care va fi furnizată informație denaturată despre justiție, inclusiv și faptul că drept consecință se va influența formarea percepției greșite a publicului vizavi de sistemul judecătorec.

Mass-media și puterea judecătorească sunt instituții cu un mare impact în formarea conștiinței juridice a indivizilor, în virtutea funcțiilor pe care le exercită. Ele întrunesc un șir de caracteristici comune:

- sunt în serviciul societății;
- prin activitatea lor contribuie la consolidarea democrației în stat;
- exercită rolul de educare a indivizilor în vederea însușirii minimului de cunoștințe juridice și de prevenirea a comiterii de infracțiuni;
- sunt factori esențiali în dezvoltarea încrederii publicului în sistemul judecătorec.

Conform unui sondaj de opinii, efectuat în Țările Baltice și în Polonia, mass-media a fost identificată ca mijloc prin intermediul căruia s-a îmbunătățit gradul de încredere a populației în sistemul judecătorec („Instanțele și MEDIA: Judecătorii din Țările Baltice și Polonia identifică mass-media ca element-cheie pentru îmbunătățirea încrederii publice în sistemul judiciar”, H. Mickevius, M. Sprouse)². Rolul mass-media în societatea contemporană este destul de incitant în contextul importanței căpătate de aceasta în ultimele decenii, în plan național și internațional.

În vederea perfecționării nivelului conștiinței juridice a indivizilor, autoritățile din sistemul judecătorec, dar și cele publice ar trebui să promoveze relații mai deschise și mai cooperante cu mijloacele de informare în masă. O conlucrare eficientă cu reprezentanții mass-media ar asigura consolidarea înțelegerii rolului organelor respective în societate, ar permite informarea publicului asupra naturii, scopului, limitărilor și com-



plexității activității judiciare, a organelor de ocrotire a normelor de drept, dar și a organelor publice centrale și locale, ar înlesni cunoașterea și înțelegerea de către indivizi a mecanismelor de apărare a drepturilor și libertăților lor, astfel realizându-se și prevederile art. 10 al Convenției pentru Protecția Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale care reglementează dreptul persoanei de a informa, precum și dreptul acesteia de a fi informată, ceea ce indică asupra necesității existenței unei conexiuni permanente între societatea civilă, organele de drept și organele puterii de stat. „Puterea” mass-media constă în faptul ca ea, în mod direct, contribuie la formarea opiniei individului, ea creează și modifică opinia întregii societăți. Mass-media reprezintă o forță marcantă în determinarea conduitei umane, în felul în care individul înțelege prescripțiile legii, realitatea juridică. De aceea, mass-media trebuie să fie independentă, să reflecte obiectiv realitatea, să exprime varietatea de opinii. Cu toate acestea, fiind în ipostaza de „ochi și urechi ale populației”, reprezentanții mass-media trebuie să conștientizeze marea responsabilitate a lor pentru formarea de opinii și adoptarea de atitudini la indivizi, pentru aspirațiile ce le nutresc aceștia față de drept, pentru valorile juridice și sociale promovate, pentru încrederea în sistemul judecătoresc și în organele puterii de stat etc. Responsabilitatea ce revine mijloacelor de informare în masă se identifică cu scopul statului de drept care constă în educarea conștiinței publice a indivizilor, inclusiv și a celei juridice, ceea ce în esență se cristalizează ca o putere enormă, și care conține obligația de a prezenta informațiile obiectiv, corect, echilibrat, nepărtinitor, cu elucidarea tuturor aspectelor, căci numai în așa mod mass-media poate beneficia de încrederea publicului.

Sistemul judiciar și mijloacele de informare funcționează ca două complementare ale unui întreg – societatea. Ele sunt de natură diferită și exercită diferite funcții, dar au același scop: de a servi intereselor sociale ale populației, interese ce reies inclusiv și din nivelul de dezvoltare a conștiinței juridice a acestora. Mass-media ajută la creșterea încrederii populației în sistemul judiciar, dar pentru o mai bună realizare necesită a fi consolidat un sistem real de comunicare și comportament între cele două instituții atât de importante în edificarea statului de drept. Primul pas în această direcție este asigurarea în mod real a transparenței justiției. Înseși instanțele de judecată, judecătorii trebuie să fie interesați de faptul ca cetățenii să cunoască activitatea lor, ei trebuie să fie interesați de menținerea unui dialog deschis cu societatea, or în așa mod instanțele de judecată își exercită funcția lor de educare și informare a cetățenilor. Justiția este un serviciu public și, prin urmare, atât publicul, cât și mijloacele de informare trebuie să aibă acces liber la informațiile cu privire la activitatea judecătorilor, cu privire la litigiile examinate în instanță etc., fapt ce duce și la consolidarea rolului instanței de judecată în societate. Și justiția, și mass-media, pentru

a-și exercita atribuțiile date în competență prin normele legislative, trebuie să fie independente. Independența justiției, la fel ca și independența mass-media, este o caracteristică a statului de drept și într-o societate liberă și democratică nici o presiune, imixtiune din partea organelor de stat, a grupurilor de interese sau a unor persoane nu poate fi admisă. Indivizii trebuie să cunoască rolul justiției și importanța independenței acesteia, ei trebuie să înțeleagă că procedura în instanța de judecată se finalizează cu emiterea unei hotărâri întemeiate, pe baza probelor concludente aduse de părți și conformă normelor juridice în vigoare, care este pronunțată în numele legii și care urmează a fi executată. Mass-media va informa corect și nepărtinitor membrii societății despre ceea ce urmărește să prevină, restabilească, condamne etc. o hotărâre judecătorească. Este evident că o hotărâre judecătorească poate și să nu convină mass-media, publicului, dar ea se emite în conformitate cu normele juridice în vigoare și reflectă unicul adevăr pe cauza examinată, și acest fapt nu poate să diminueze datoria mass-media de a reflecta și informa corect și obiectiv membrii societății.

Rolul educativ și preventiv al mass-media și al instanțelor de judecată este unul primordial în dezvoltarea și ridicarea conștiinței juridice a cetățenilor. El este dictat de interesele cetățenilor, de valorile general-umane și juridice acceptate în societate. Ambele instituții au menirea să servească cetățenii, scop reflectat și în modul de organizare și desfășurare a ședințelor de judecată, și în conținutul hotărârilor emise și în informațiile oferite, în desfășurarea meselor rotunde, seminarelor, conferințelor și dezbaterilor organizate, ce contribuie la educarea cetățenilor în spiritul respectării legislației, adoptării unei atitudini pozitive față de normele juridice. Mijloacele de informare, prin reflectarea publică a unor cauze, litigii deosebite și a modului de soluționare a acestora, contribuie la „dezmoșirea” interesului membrilor societății față de cunoașterea legilor în vederea apărării drepturilor și libertăților lor, în vederea prevenirii săvârșirii de fapte ilegale, a sesizării comiterii unor astfel de fapte, în vederea realizării aspirațiilor de a trăi într-o societate în care orice individ să se simtă în siguranță. Mass-media și justiția au un segment comun – responsabilitatea sporită pentru modul în care educă cetățenii. Așadar, mass-media trebuie să fie corectă, obiectivă, imparțială în relatarea unui eveniment, în special a unui eveniment cu caracter juridic, să prezinte subiectul sub toate aspectele. Justiția, indiscutabil, trebuie să fie independentă și imparțială. În reflectarea activității sistemului judiciar, mijloacele de informare în masă trebuie să fie deosebit de atente, să perceapă activitatea sistemului judiciar, ca mai apoi să poată să asigure o transmitere de informație calitativă publicului, dar și informațiile oferite presei de către instanțele judecătorești trebuie să fie comunicate într-o manieră transparentă și nediscriminatorie.

Mass-media contribuie la realizarea dreptului la in-



formare a cetățenilor, servește la formarea și modelarea intereselor sociale, a opiniei sociale și, nu în ultimul rând, a conștiinței juridice a fiecărui individ în parte, o mass-media liberă și profesionistă este o componentă esențială a unui stat de drept, a unei societăți democratice. Cu toate acestea, există și situații în care jurnaliștii, în lipsa unei pregătiri speciale (inițiere în noțiuni juridice), pot să denatureze esența faptului prezentat, la expunerea unui subiect legat de activitatea organelor de drept, să tracă concluzii incorecte, ceea ce poate duce la știrbirea imaginii reprezentanților organelor de drept, sau chiar la stabilirea unor relații de neîncredere/tensiionate între aceștia și societatea civilă. Urmărind informațiile prezentate de mijloacele de informare, la prima vedere se pare că acestea acordă multă atenție tematicii judiciare, dar de fapt ele prezintă numai anumite cazuri, în care sunt implicate persoane publice (politicieni, oameni de afaceri, artiști ș.a.), urmărind astfel scopul numai de a intriga publicul, de a-și mări numărul de clienți, dar de fapt articole ample, cu o tematică bine studiată care ar trata o problemă sau alta din societate se întâlnesc destul de rar. Destul de vag este reflectată în mijloacele de informare interacțiunea dintre organele de drept în activitatea acestora ca sistem unic, capabilă să realizeze obiectivul principal prevăzut de actele legislative în vigoare: înfăptuirea justiției în scopul apărării și realizării drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor.

Legea nr.514 din 06.07.1995, cu privire la organizarea judecătorească, recunoaște caracterul public al ședințelor de judecată: „Ședințele de judecată sînt publice. Judecarea cauzelor în ședință închisă se admite numai în cazurile stabilite prin lege, cu respectarea procedurii. Hotărârile instanțelor judecătorești se pronunță public”⁷³. (art.10, alin.(1) și (2)) Astfel, reprezentanții mass-media, de altfel ca și persoanele interesate, au posibilitate să participe la ședințe judiciare și să se documenteze nemijlocit referitor la situația subiectului ce urmează a fi prezentat. La fel sunt publice și ședințele Consiliului Superior al Magistraturii, organ responsabil de organizarea și funcționarea sistemului judecătoresc: „Ședințele Consiliului Superior al Magistraturii sînt publice. La decizia lui, unele probleme pot fi examinate în ședințe închise”⁷⁴. (alin. (3) art. 15 al Legii nr. 947 din 19.07.1996 cu privire la Consiliul Superior al Magistraturii). Legislația în vigoare nu îngrădește dreptul cetățenilor la informație, el fiind consfințit și garantat prin Constituția Republicii Moldova din 29.07.1994, Legea presei nr.243 din 26.10.1994, prevederile Codului audiovizualului al Republicii Moldova, adoptat prin Legea nr. 260, din 27.07.2006 etc., rolul mijloacelor de informare în masă este esențial în asigurarea dreptului publicului la informare veridică.

Cu toate acestea, nu sunt excluse cazurile în care reprezentanții mass-media pot să intervină în viața privată (intimitatea) a unor indivizi, fapt prin care să aducă prejudiciu reputației acestora, sau chiar să sub-

mineze prezumția de nevinovăție a acestora. În astfel de cazuri înșuși cei care ar trebui să reflecte obiectiv și corect situația, apar ca defăimători și în cazurile în care indivizii intimidați solicită, în mod legitim, despăgubiri în instanță pentru astfel de acte, aceștia se pomenesc pe banca acuzaților, fiind obligați, mai apoi de către instanța de judecată, să achite despăgubiri morale. Asemenea situații pot avea loc din cauza reprezentanților mass-media care sunt în căutare de articole senzaționale, impulsionați de competiția comercială din mass-media. Uneori mijloacele de informare prezintă publicului bănuitul sau inculpatul de parcă ar fi fost deja găsit vinovat de comiterea unei infracțiuni, ceea ce denotă că reprezentanții mass-media nu țin cont de principiul prezumției de nevinovăție și în cazul în care persoanele respective ulterior sunt achitate de către instanța de judecată, reputația acestora rămâne deteriorată. Goana după reportaje și articole senzaționale, competența mare în mass-media sunt o provocare pentru activitatea nepărtinitoare, corectă, obiectivă și independentă a mijloacelor de informare, dar nu un impediment. Publicul are dreptul să fie informat corect, indiferent de natura informației difuzate și de izvorul acesteia.

Totodată, fiind un serviciu în slujba societății, mass-media este obligată să țină cont de solicitarea publicului, de preferințele acestuia și, respectiv, să le satisfacă, iar în cazul în care cererea publicului este una „bolnavicioasă” să se distingă și să prezinte publicului materiale ce iar reeduca, redirecționa spre făgașul valorilor general-umane.

Recunoscând importanța și rolul pe care îl au mijloacele de informare în masă în societate, devine evident faptul că acestea contribuie, inclusiv, și la educarea cetățenilor în spiritul aprecierii și respectării legii, fapt pe care unii reprezentanți ai mass-media s-ar părea să nu îl perceapă ca pe o funcție pe care ar trebui să o exercite. Astfel, contactele mass-media cu organele de drept sunt totuși suficient de rare și nesatisfăcător de productive. Dar pentru promovarea cu succes a reformei judiciare și de drept (spre exemplu, la moment se află în discuție proiectul Legii privind adoptarea Strategiei de reformare a sectorului justiției pentru anii 2011-2015), în vederea edificării unei societăți democratice, reprezentanții sistemului judiciar, la rândul lor, posibil că ar trebui să manifeste o atitudine mai deschisă și mai interesată față de reprezentanții mass-media și modul în care aceștia reflectă publicului activitatea judecătorească.

Pentru formarea unei opinii sociale corecte, pentru ridicarea nivelului conștiinței juridice a publicului, pentru creșterea încrederii în sistemul judiciar, este necesară o conlucrare mai bună și permanentă a mass-media cu organele puterii de stat și cu cele de drept. În vederea dezvoltării unei conlucrări constructive, utile întregii societăți și indivizilor în particular, considerăm bine-venită elaborarea unui program special de familiarizare a jurnaliștilor cu activitatea instanțelor de jude-



cată, cu activitatea tuturor organelor de drept, cu activitatea organelor de stat. Acest program ar putea fi implementat prin organizarea unor seminare, mese rotunde în cadrul instituțiilor sistemului judiciar cu participarea reprezentanților mass-media și a lucrătorilor justiției. Organizarea unor astfel de măsuri ar avea scopul de a instrui și informa jurnaliștii cu normele și practicile judiciare (poate chiar ar fi bine-venită specializarea jurnaliștilor pe domenii, pentru o prezentare veridică și clară a evenimentelor), ar contribui la stabilirea unui dialog constructiv între puterea judiciară și mass-media. La fel și școlile, facultățile de jurnalism ar putea desfășura anumite cursuri specializate pentru jurnaliști privind instituțiile și procedurile judiciare, privind rolul pe care îl joacă mass-media și instanțele judiciare într-o societate democratică. Tot în acest context, instanțele de judecată ar putea împuternici serviciile lor de informare să conlucreze cu reprezentanții mass-media, să le acorde sprijinul necesar în expunerea informațiilor cu caracter juridic, în înțelegerea mai corectă a activității instanțelor judecătorești. „Este, de asemenea, necesară încurajarea înființării de servicii de recepție și informare în instanțe, nu doar pentru a întâmpina publicul și a asista utilizatorii serviciilor judiciare, astfel cum este menționat mai sus, ci și, de asemenea, pentru a ajuta presa să ajungă să înțeleagă mai bine activitățile sistemului justiției.

Aceste servicii, asupra cărora judecătorii trebuie să aibă un rol de supraveghere, ar putea urmări obiectivele următoare:

- comunicarea pentru presă a rezumatelor deciziilor luate de către instanță;
- furnizarea către presă de informații factice despre deciziile luate de către instanță;
- informarea presei cu privire la audierile în cazuri de interes public, în special.
- să ofere clarificări sau corectări factice cu privire la cazurile relatate în presă... Serviciile de recepție sau purtătorul de cuvânt al instanței poate alerta presa în chestiunile implicate și dificultățile juridice ridicate în cazul în discuție, poate organiza logistica audierilor și poate efectua aranjamentele de procedură adecvate, în special în vederea protejării oamenilor care participă în calitate de părți, jurați sau martori⁷⁵.

Prin urmare, devine o necesitate modificarea Legii nr.514 din 06.07.1995 cu privire la organizarea judecătorească, prin crearea unei secții responsabile de relațiile cu publicul în cadrul fiecărei instanțe de judecată, care ar avea ca atribuții oferirea informațiilor necesare populației, care ar conlucra cu reprezentanții mass-media, ar organiza periodic întâlniri de lucru între reprezentanții justiției și reprezentanții mijloacelor de informare, ar răspunde prompt și corect din numele instanței de judecată sau a unui judecător anume, la atacurile sau provocările făcute de mass-media la adresa acestora pe motive legate de administrarea justiției (căci judecătorii, în virtutea funcției pe care o dețin, trebuie să

se abțină de la reacții prin intermediul mijloacelor de același fel).

După cum remarca jurnalista O.Tretiakova în articolul „Jurnalism juridic”⁷⁶ conștiința juridică, ca un mecanism lăuntric moderator de conduită, alcătuită din elemente de ordin ideologic (cunoștințele juridice) și psihologic (emoțiile, sentimentele, aspirațiile referitoare la drept) este influențată în mod direct de informațiile prezentate de mass-media. Sfera juridică și informațională, în care circulă informația cu caracter juridic este de natură psihologică, de aceea cercetarea proceselor de informare necesită abordări metodologice, legate de influența informațional-psihologică. Informația cu caracter juridic este o informație social-psihologică care influențează conștiința juridică obișnuită (empirică) a publicului. Aceeași sursă precizează că o informație efectivă din punctul de vedere al influenței social-psihologice pe care poate s-o exercite asupra conștiinței juridice ar trebui să corespundă următoarelor indicații semantice, sintactice și pragmatice:

- tematica să fie din punct de vedere social importantă sau actuală, în context cu care se prezintă un fapt juridic;
- operativitate și întâietate la formarea pozițiilor cu caracter juridic;
- autenticitatea situației juridice reale;
- un nivel de pregătire juridică adecvată și o interpretare corectă;
- pregătirea informației cu un caracter de accesibilitate, folosirea expresivă a mijloacelor de comunicare;
- o argumentare convingătoare și constructivă;
- un conținut plin de umanism.

Necesită a fi evidențiat și faptul că formarea conștiinței juridice a publicului se află într-o anumită dependență de poziția socială a reprezentantului mass-media, de preferințele politice și de viziunea cognitivă ale acestuia. Acest fapt trebuie luat în considerație în procesul de pregătire, precum și cel de perfecționare profesională a lucrătorilor mass-media.

Este clar că, în urma asimilării/însușirii informației difuzate (și promovate) de mijloacele de informare, individul poate adopta un comportament pozitiv, de apreciere și respectare a normelor juridice sau unul negativ, de ignorare și ostilitate față de normele de drept. Formarea unei conștiințe juridice deformate, infracționale poate fi influențată inclusiv și de răspândirea în mass-media a subculturii infracționale, a scenelor de violență, a secvențelor detaliate de o cruzime pronunțată, descrierea tehnicii de comitere a infracțiunii. De aceea, la relatarea unor subiecte sensibile pentru public, reprezentanții mass-media trebuie să conștientizeze marea responsabilitate pe care o poartă față de societate. De asemenea, sunt suficiente cazuri când mijloacele de informare prezintă informațiile cu caracter juridic într-un mod ineficient, comit greșeli la expunerea subiectului, pun incorect accentul, denaturează tabloul real al infracțiunii. Toate acestea favorizează dezvoltarea unei



conștiințe juridice deformate, bolnăvicioase a publicului, la formarea unei atitudini de ostilitate față de norma juridică și față de sistemul judecătoresc, fapt ce nu se acceptă, și sub nici o formă nu poate fi tolerat.

Influența asupra conștiinței juridice a membrilor societății prin comunicarea despre demascarea și pedepsirea infractorilor, promovarea valorilor sociale: respectul față de drept și supremația legii, au un efect benefic asupra conștiinței juridice a publicului, contribuie la dezvoltarea și ridicarea conștiinței juridice a societății, a culturii juridice a acesteia. Influența constructivă social-psihologică exercitată de informația cu caracter juridic, ca criteriu al eficacității acesteia, trebuie să determine indivizii să absoarbă în conștiința lor valorile juridice, să-și formeze deprinderi juridice (deprinderi de a respecta legea) și să înfrunte psihologia infrațională.

Conștiința juridică a individului este strâns legată de procesul de socializare juridică, care începe încă din copilărie și se prelungește pe parcursul întregii vieți. De mic copilul, prin intermediul familiei sale, capătă prima informație cu privire la drepturile și obligațiile sale. Aflându-se apoi la școală, el percepe că din mijloacele de informare se poate documenta, instrui, se poate colecta informația necesară. Astfel, începe procesul de educare a individului de mijloacele de informare, începe contribuția acestora la formarea sistemului de valori juridice și sociale ale individului, influența acestora în determinarea comportamentului individului.

La capitolul realizarea dreptului, rolul mass-media este indiscutabil important, or mass-media servește drept acea punte între viața reală, între exemple concrete de aplicare a dreptului de către subiecții de drept și organele judiciare, cele ale puterii de stat, legislativul, or prin intermediul mass-media are loc reflectarea activității acestor organe, are loc promovarea ideologiei juridice, se realizează educația juridică a indivizilor, se autoinstruiește publicul, se contribuie la formarea societății civile, la formarea opiniei publice, se comunică despre realizarea drepturilor și a libertăților persoanei etc.

Activitatea mass-media este reglementată de Constituția Republicii Moldova (art.31 și 34), de Legea presei nr.243 din 26.10.1994, care prin art.1 prevede că „În Republica Moldova libertatea presei constituie un drept fundamental, consfințit de Constituție. Statul garantează tuturor persoanelor dreptul la exprimarea liberă a opiniilor și ideilor, la informare veridică asupra evenimentelor din viața internă și cea internațională prin intermediul publicațiilor periodice și al agențiilor de presă, care își desfășoară activitatea în condițiile pluralismului politic, precum și respectarea legislației cu privire la drepturile de autor.

Cenzura de orice fel asupra publicațiilor periodice și agențiilor de presă, imixtiunea în activitatea lor de pregătire și de difuzare a informației sînt interzise”⁷.

Prevederi mai ample în ceea ce privește mijloacele

de informare, modul de constituire și activitate, principiile de activitate a acestora, conține Legea Codului audiovizualului nr. 260 din 27.07.2006. Tot Codul audiovizualului prevede crearea unui organ – *Consiliul Coordonator al Audiovizualului*, care va exercita funcțiile de reprezentant și garant al interesului public în domeniul audiovizualului, ca autoritatea responsabilă pentru implementarea și respectarea prevederilor Codului audiovizualului, a tratatelor internaționale în domeniul audiovizualului la care Republica Moldova este Parte, și care va monitoriza, și după caz va sancționa, activitatea mass-media. Astfel, cadrul legal ce reglementează activitatea mijloacelor de informare este format, iar criteriul esențial în determinarea activității mijloacelor de informare rămâne a fi încrederea publicului.

Concluzie. Conștiința juridică este un fenomen cu o natură flexibilă, fenomen care se modelează permanent sub acțiunea celor mai diferiți factori din mediul de viață: istorici, culturali, informativi, economici, politici etc. și în dependență de felul cum sunt prezentate publicului informațiile (de accentul care se pune), acesta își formează opinia, iar ulterior și comportamentul. Mass-media este o forță extraordinară de formare a personalității, a opiniei individului, a conștiinței juridice, dar ea poate fi și o pârghie iscusită în mâinile organelor puterii de stat în vederea formării conștiinței juridice a membrilor societății necesare statului, a consolidării ideologiei juridice promovate de stat. Mijloacele de informare în masă, tot mai insistent, devin mult mai accesibile, publicul tot mai des caută surse de informare, informația devine o componentă de bază în crearea unei atitudini, a unui comportament, în definirea unui stil de viață. În această ordine de idei, la prezentarea informației publicului, accentul trebuie pus pe calitate, or mass-media reflectă inclusiv și tendințele dreptului și practica judiciară.

Note:

¹ *Constituția Republicii Moldova*, adoptată la 29 iulie 1994, art.34 alin.(5), în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.1, 1994.

² <http://www.richtervereinigung.at/international/eurojus/eurojus5.pdf> (vizitat la 05.08.2011)

³ Legea nr. 514 din 06.07.1995 cu privire la organizarea judecătorească.

⁴ Legea nr. 947 din 19.07.1996 cu privire la Consiliul Superior al Magistraturii.

⁵ Punctele 41 și 42 ale Avizului nr. 7 (2005) al Consiliului Consultativ al Judecătorilor Europeni (CCJE) în atenția Comitetului de Miniștri privind ‘Justiția și societatea’, văzut la 19.03.2009, <http://www.csm1909.ro/csm/index.php?cmd=0701>

⁶ <http://www.medialaw.ru/publications/zip/104/5.htm>, (vizitat la 05.08.2011)

⁷ Legea presei nr. 243 din 26.10.1994 în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr. 2 din 12.01.1995.



CERCETĂRI ISTORICE PRIVIND COMISIA ROGATORIE

Partea II

Lilian MACARI,
doctorand (USM)

Recenzenți: **Mihail GHEORGHIȚĂ**, doctor habilitat în drept, profesor universitar (USM)
Elena ARAMĂ, doctor habilitat în drept, profesor universitar (USM)

RÉSUMÉ

La deuxième partie des recherches historiques concernant le concept de la commission rogatoire comme procédure juridique inclut le segment qui comprend la deuxième moitié du XIXème siècle jusqu'au début du XXIème siècle. Ont été analysées les législations concernant la procédure des recherches du Pays Roumain, La Moldova et la Bessarabie. L'étude comprend aussi la période soviétique et la période actuelle.

Retrospectiva istorică din partea I¹ ne arată că comisia rogatorie, ca instituție juridică procesual penală, a avut locul său atât în legiurile anterioare franceze, de unde etimologic și ortografic provine, cât și în legiurile române din epoca dreptului nescris, epoca dreptului scris și epoca denumită de clasicii procesului penal – ca epoca dreptului modern.

În partea II a cercetărilor istorice, vom studia *Statutul de procedură penală rus*, aplicabil în Basarabia din 1869. În urma metodei istorice, vom cerceta statistica comisiilor rogatorii în a doua jumătate a sec. XIX, ce ne arată o bogată jurisprudență în domeniu, și dispozițiile legislative ale RSSM de la formare până în anul 1991, și ale Republicii Moldova până în 2003, când a intrat în vigoare noul Cod de procedură penală care deja expres prevede procedura comisiei rogatorii.

În 1937, Ion Ionescu-Dolj numește perioada 1864-1936 epoca dreptului modern². Această epocă ne interesează în special în raport cu așa-numitul „Ustavь уголовного судопроизводства”³ din seria statutelor judecătorești semnate de Țarul Rusiei la 20 noiembrie 1864.

Cum ne arată profesorul Elena Aramă, la 22 aprilie 1869, Consiliul de Stat a permis aplicarea statutelor judecătorești și în Basarabia⁴.

Studiind acest document, s-au observat în procedura rusă din 1864 anumite reglementări, ce permit a efectua acte de procedură de către alte persoane decât cele ce instrumentează cauza.

Spre exemplu, art.72 prevede că: „Martorii care locuiesc în alt sector de pace, la o mare distanță de la locul unde se efectuează debaterile cauzei, pot fi interogați de către judecătorul de pace al aceluși sector în care locuiesc, cu asistarea părților, dacă s-au prezentat la interogare [Fig. 1.1]”⁵. Aici autorii Statutului, în adnotări, sau așa-numitele „разсуждения” explică că: „...este luat în considerație, că citarea martorilor din localități îndepărtate, poate fi legată pentru ei cu mari greutate

de deplasare și mare pierdere de timp”⁶. Art.74 conține dispoziții, precum că judecătorul de pace poate însărcina

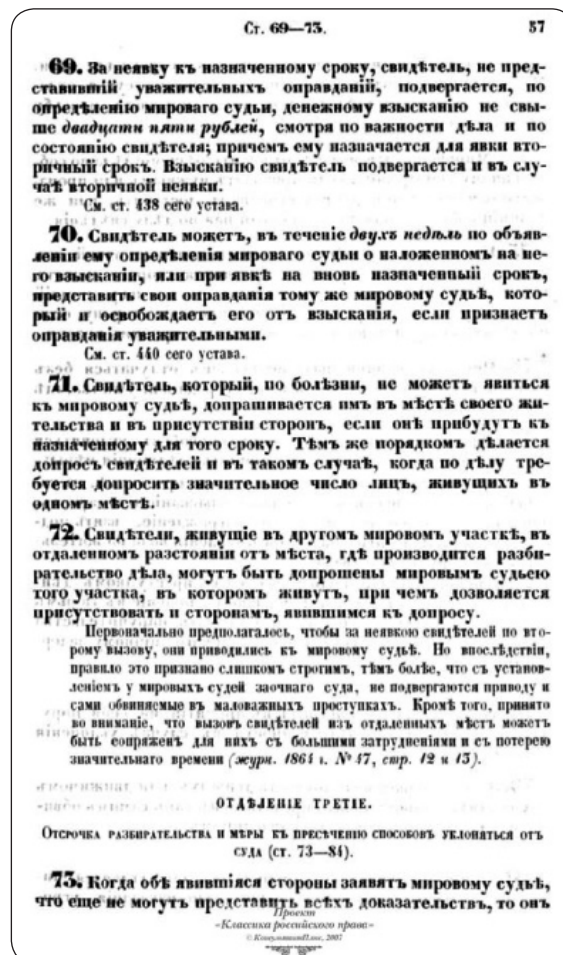


Fig. 1.1

na (поручать) poliția cu strângerea datelor importante pentru cauză⁷, iar art.105 nemijlocit prevede actele de procedură care pot fi însărcinate: „Cercetările la fața locului, examinările și perchezițiile se efectuează sau de



judecătorul de pace personal, sau prin însărcinarea sa de către ofițerii poliției locale” [Fig.1.2]⁸ și aici art.106 accentuează că efectuarea lor se comisionază ofițerilor de poliție doar atunci, când potrivit unor circumstanțe deosebite, aceste acte nu pot fi efectuate de către judecător personal, și nu este posibilă amânarea lor⁹.

68
Ст. 105—108.

105. Осмотры, освидетельствования и обыски производятся или самими мировыми судьями, или, по его поручению, чинами местной полиции.

106. Производство осмотров, освидетельствований и обысков возлагается мировым судьей на полицию тогда только, когда, по каким-либо особым обстоятельствам, действия эти не могут быть исполнены им лично и не представляется возможности отложить их до другого времени.

107. В случае представления к которому либо из сторон уважительных причин сомнений в достоверности проведенного полицией осмотра, освидетельствования или обыска, мировой судья обязан проверить эти действия лично.

При развитии этой статьи, возбуждался вопрос: не следует ли установить в мировом суде особый сокращенный порядок производства сих следственных действий? Вопрос этот разрешен отрицательно, потому что всякое упрощение и без того весьма несложных общих по сему предмету правил повело бы только к лишению обвиняемого и участвующих в деле лиц тех существенных гарантий, которые, по тем же самым делам, как например о краже, признаются необходимыми в общем порядке судопроизводства. Выходя из этих, при означенных случаях, в концы судья может поручать полиции производство следственных действий, обращено внимание на весьма малую степень образованности, а следовательно, и благонадежности подведомственных мировому судье, преимущественно сельских полицейских чинов. Посему, судья может поручать полиции производство местных дознаний только в тех случаях, когда, по каким-либо особым обстоятельствам, действия эти не могут быть исполнены им лично и не представляется возможности отложить их до другого времени. Но и в этих, по всей вероятности, исключительных случаях, судья должен лично проверить произведенное полицией дознание, если какою либо из сторон указаны будут уважительные причины сомнений в достоверности представленных сведений. Это весьма важно для сокращения производства, ибо если обжалованное дознание принято судьей в основание своего приговора, то можно быть уверенным, что в большей части случаев недовольною стороною принесен будет отзыв мировому съезду, в котором дело не может быть разрешено удовлетворительно без производства нового осмотра, а это потребует особой командировки одного из мировых судей и, вследствие сего, отсрочки самого дела до следующего съезда (об. зак. 1865 г., стр. 64 и 65).

108. Осмотры, освидетельствования и обыски производятся в присутствии не менее двух понятых и тех участвующих

Проект
 «Классика российского права»
 © Классика.ру, 2007

Fig. 1.2

Aici observăm un lucru interesant, potrivit art.107: „dacă părțile prezintă motive de a pune la îndoială veridicitatea actelor efectuate, judecătorul de pace este obligat să efectueze actele respective personal” [Fig.1.2]¹⁰. Adnotarea la acest articol¹¹, recomandă judecătorilor de a fi foarte precauți cu privire la calificarea profesională a ofițerilor de poliție cărora li se însărcinează efectuarea actelor, deoarece dacă ele vor fi puse la baza sentinței, și atacate de părți, cauza nu va putea fi soluționată fără efectuarea lor în mod repetat, ceea ce va impune deplasarea unui judecător și, respectiv, amânarea ședinței de judecată.

Din acest Statut, merită de menționat și art.292: „Când în cazurile stabilite de lege, va fi necesar a interoga învinuți sau martori, sau a efectua o anumită acțiune procesuală în afara sectorului unde a fost pornită ancheta, efectuarea acestor acțiuni se impune anchetatorului, în sectorul căruia ele trebuie efectuate. În

aceste cazuri, depozițiile se iau potrivit punctelor de interogatoriu, indicate de către anchetatorul în competența căruia este cauza”¹². Aici observăm așa-numitele „допросные пункты”, um semn al comisiei rogatorii, cu întrebările prestabilite pentru martori și învinuți. În afară de aceasta, vedem că acțiunile pot fi efectuate doar de anchetatorul sectorului respectiv, pe când judecătorului de instrucție, art.294 îi atribuie împuterniciri cu mult mai largi: „În cercetarea crimei sau delictului, judecătorul de instrucție poate efectua acțiuni procesuale și în alt sector al aceluiași uезд, și chiar într’un alt uезд, dacă aceasta va fi necesar pentru stabilirea adevărului” [Fig.1.3]¹³.

Ст. 291—296.
127

291. Судебный следователь, в участии коего обнаружено преступное деяние, неизвестно где совершенное, продолжает начатое им следствие до окончания оного или до приведения в известность, где преступление или проступок совершены.

292. Когда в случаях, определенных законами, окажется необходимым допросить обвиняемых или свидетелей, или же произвести иное следственное действие в участке, где следствие возникло, то исполнение сих действий возлагается на того следователя, в участии коего они должны быть произведены. В сих случаях показания отбираются по допросным пунктам, сообщенным от следователя, производящего дело.

293. В городе, хотя бы он был разделен на несколько следственных участков, каждый судебный следователь непосредственно производит все действия по возникшему в его участке делу.

294. При расследовании преступления или проступка, судебный следователь может производить следственные действия и в другом участке того же уезда или даже в другом уезде, если это оказывается необходимым для открытия истины.

295. Предварительные следствия должны быть производимы со всевозможною скоростью. Производство их не останавливается и в табельные или воскресные дни, если обстоятельства дела того потребуют.

296. Наблюдение за следственными действиями лежит на обязанности того прокурора, в ведомстве коего они должны быть произведены, хотя бы действия эти относились к преступному деянию, совершенному в округе суда, при коем прокурор состоит.

ГЛАВА ТРЕТІЯ.
О законных поводах къ началу следствія (ст. 297—314).
 См. объяснение под статью 262-ю.
 Привлечение кого либо къ следствію уголовному по обвиненію или подозрѣнію въ совершеніи преступленія или проступка, есть, и для всего дѣла, и еще болѣе для подвергаемаго следствію лица, обстоятельство

Проект
 «Классика российского права»
 © Классика.ру, 2007

Fig. 1.3

În ce privește interpedependența dintre procesul penal și cel civil din Basarabia în perioada respectivă, se poate de spus că, la fel ca și în Țara Românească și în Moldova, ele reciproc se completau. Spre exemplu, art.94 din așa-numitul „Уставъ гражданского судопроизводства”, ce privește procedura ascultării martorului prin comisia rogatorie în alt district, este aproape identic cu art.72 din procedura penală. Însă prima dispune de un capitol aparte, capitolul cinci, cu



denumirea „Despre probe”. Procedura penală așa capitolul nu are, în afară de aceasta, capitolul privind probele din Statutul procedurii civile începe cu următorul text: „Capitolul privind probele este expus cât este de posibil în așa formă, ca instanțele să nu fie limitate de regula probelor formale”¹⁴. În procedura penală rusă din 1864, noi nu am găsit o dispoziție.

Cum vom vedea în continuare, legiuirea procesual-penală rusă a domnit în Basarabia până în 1919.

Urmând metoda istorică, noi am studiat comisia rogatorie practic până la sfârșitul sec.IX. La fel, ne propunem să studiem această perioadă și sub aspectul internațional al procedurii date.

Mai bine de un secol în urmă, Dimitrie G. Maxim, descriind perioada de până la 1864 nota: „Comisiuni rogatorii peste hotar nu se cunoșteau. Când era vorba de străini sau supuși străini, ei erau citați prin consuli sau dragomani, cari aveau dreptul de a asista la tratarea pricinilor, numai pentru a privighia neajungerea drepturilor supușilor, în baza următoarelor legiuri: art.249 din Regulamentul organic, Circulara Ministerului dreptății din 26 mai 1841, și acele cu No. 90, din 26 iunie 1850 și publicația Ministerului Trebilor din afară No. 50, din 1860”¹⁵.

Aici, credem că este util să aducem o decizie a Curții de Casație română din 1884: „... comisiunile rogatorii sunt permise de legiuitor ca unele ce sunt de natură a grăbi cursul justiției, a înlătura cheltueli zadarnice și a contribui la descoperirea adevărului. Deși legiuitorul n’a prevăzut într’un mod expres asemenea comisiuni decât pentru magistrați din interiorul țării, totuși, nimic nu împiedică ca asemenea delegațiuni să se poată executa și peste frontieră de către magistrații din străinătate, căci pe de o parte în lipsa unor atari mijloace de instrucțiune adese ori cursul justiției ar fi împiedicat, iar de altă parte toate popoarele au un inetr comun atât la represiunea delictelor cât și la o bună și dreaptă administrațiune a justiției. În ceea ce privește însă convingerea ce magistratul își poate face din actele instrumentate în străinătate, aceasta aparține conștiinței lui, destul numai ca acele acte să fi fost adresate cu paza formelor legale. Cas. II, 420 din 11 septembrie 1884”¹⁶.

Ca rezultat al cercetărilor acestui aspect, s-a observat că comisia rogatorie internațională, extrem de detaliat reglementată la începutul sec.XXI, practic nu are nici un suport legal în a doua jumătate al sec.XIX. Această constatare ne atrage o atenție deosebită asupra faptului cât de bine jurisprudența a acoperit atare gol.

Așa, în 1889, Dimitrie G. Maxim conchide următoarele: „rezultă că, comisiunile rogatorii pot fi interne, acele adresate unui alt judecător din țară sau unui agent diplomatic ori consular al nostru, care în virtutea principiului exteritorialității sunt considerați ca fiind pe teritoriul nostru, și internaționale acele trimise de către un tribunal român altui tribunal situat într’o Țară străină. În Europa, diferite Țări trimit și primesc comisiuni

rogatorii, mai ales în materie comercială și penală, și în toate cazurile în care ele n’au drept obiect un act judecătoresc care să fie contrar legilor locale. Aceste două feluri de comisiuni rogatorii se deosebesc prin caracterul lor. Cele interne sunt obligatorii pentru judecătorul care le primește, în sensul că este ținut legalmente a le îndeplini. Si, în realitate, mai toate legiurile moderne reglementează modul de trimitere și executare a comisiunilor rogatorii, adresate de o instanță altei în resortul aceleiași țări. Nu se întâmplă același lucru cu comisiunile rogatorii internaționale. Legiuitorii, de ordin, nu le reglementează, așa că în lipsa de tratate și legi care să dispue executarea lor, judecătorul care le primește și execută face o lucrare care ar putea se și refuze, își ia o sarcină voluntară de a da o mână de ajutor justiției dintr’o țară străină. Primirea și executarea comisiunilor rogatorii străine, chiar în lipsă de convențiuni sau legiuri speciale, se practică însă, pe o scară întinsă, și aceasta în baza reciprocității și a sociabilității ce trebuie să unească popoarele, atunci când interesele politice nu le îndepărtează”¹⁷.

În așa mod, instanțele române, în 1895 au solicitat executarea a 29 comisii rogatorii, în special Austro-Ungariei – 15, Belgiei – 1, Bulgariei – 5, Franței – 1, Germaniei – 5, Greciei – 1, Turciei – 1. În 1896 – 28, în 1897 – 26, și în 1898 – 21 cereri de comisie rogatorie [Fig.1.4]¹⁸.

A). TABLOUL
COMISIUNILOR ROGATORII INTERNAȚIONALE
PRIMITE ȘI TRIMISE SPRE EXECUTARE
DE AUTORITĂȚILE JUDECLARE ROMÂNE
de la 1895 – 1898.

a) Comisiuni rogatorii străine.

ORIGINA	1895	1896	1897	1898	TOTAL pe 4 ani
Austro-Ungare	84	125	95	104	408
Bulgare	7	13	13	11	44
Elvețiene	—	—	—	2	2
Franceze	1	—	3	2	6
Germane	11	11	9	11	42
Grece	—	1	—	—	1
Spaniole	1	—	—	—	1
Italienne	4	2	2	3	11
Ruse	2	—	—	2	4
Serbe	4	5	5	2	16
Total G-ral	114	157	127	137	535

b) Comisiuni rogatorii române.

DESTINAȚIUNEA	1895	1896	1897	1898	TOTAL pe 4 ani
Austro-Ungaria	15	10	11	15	51
Belgia	1	1	2	1	5
Britania	—	1	—	1	2
Bulgaria	5	2	4	2	13
Francia	1	4	7	1	13
Germania	5	7	10	1	23
Grecia	1	—	—	—	1
Italia	—	—	1	—	1
Serbia	—	1	—	—	1
Statele-Unite	—	—	1	—	1
Turcia	1	2	—	—	3
Total G-ral	29	28	26	21	104

15/03/2010

Fig. 1.4



S-a arătat a fi că, în această perioadă, instanțelor române li s-a solicitat executarea, practic, a unui număr de cinci ori mai mare de comisii: în 1895 – 114, în 1896 – 157, în 1897 – 127, în 1898 – 137 [Fig.1.4]¹⁹.

Aceste reglementări s-au menținut în România și pe parcursul aproape a întregii perioade, numită de istorici „perioada interbelică (1918-1939)”.

Mai mulți autori descriu situația reglementărilor legislative în Basarabia după unire^{20, 21, 22, 23, 24}.

Constantin Rătescu ne arată că Codul de procedură penală român din 1864 a fost extins și în Basarabia prin decretul lege nr.1730 din 1 mai 1919²⁵, cu anumite excepții. Cum arată Vintilă Dongoroz în lucrarea sa *Drept interprovincial* din 1925: „conform art.137 din noua Constituție orice dispoziție din legile penale ale teritoriilor alipite care ar fi contrară normelor constituționale sunt declarate abrogate, dar numai acestea”²⁶. Pe parcursul lucrării, eminentul jurist român ajunge la concluzia că: „... legiurile din teritoriile alipite guvernând ca și legiuirea din vechiu Regat anumite teritorii juridice înăuntrul teritoriului politic, ele se vor aplica strict teritorial, în așa fel încât orice conflict în spațiu între aceste legiuri este exclus”²⁷.

Așadar, în Basarabia comisia rogatorie a fost reglementată de Codul de procedură penală român din 1864, practic până la 1 ianuarie 1937, perioadă la care noi încă ne vom opri.

În 1924, la 12 octombrie, s-a format RASS Moldovenească, pe teritoriul căreia era folosită legislația de procedură penală al Ucrainei, făcută după modelul Codului de procedură penală al RSFSR²⁸, care prevedea în art.126: „Anchetatorul este în drept a efectua acțiunile procesuale, în alte sectoare, la fel este în drept a însărcina efectuarea acestor acțiuni altor anchetatori din sectoarele respective, care sunt obligați a executa această însărcinare”²⁹. Toate reglementările ulterioare de pe teritoriul atât al RASSM, cât și apoi al RSSM practic au aceleași dispoziții.

În Basarabia, la fel ca și în România, la 1 ianuarie 1937, intră în vigoare un nou cod de procedură penală, așa-numitul „Codul Carol al II-lea”, titlul VI al căruia conținea un capitol aparte „Procedura comisiilor rogatorii”.

Secțiunea I a cap.VII, cu denumirea – „Procedura comisiilor rogatorii în țară”, ne oferă o reglementare mai detaliată a comisiilor rogatorii decât legiurile anterioare.

Potrivit art.124, ofițerii de poliție judiciară, judecătorul de instrucție sau instanța de judecată se pot adresa ori de câte ori un act de procedură nu s-ar putea efectua de ei, pentru întocmirea lui, unui organ sau instanțe care are posibilitatea să-l efectueze³⁰.

Art.125 prevedea că comisia rogatorie trebuie să conțină toate lămuririle referitoare la îndeplinirea actului delegat, art.126 că organele sau instanțele delegate cu îndeplinirea comisiei rogatorii procedează la înde-

plinirea actelor conform dispozițiilor codului respectiv³¹.

Secțiunea II a aceluiași capitol – „Procedura comisiilor rogatorii în străinătate” conținea doar un articol, art.129, conform căruia: „Comisiile în materie penală către autoritățile judiciare ale altor state se fac conform cu dispozițiile prevăzute în tratate și convenții, iar în lipsa acestora, după uzul consacrat de dreptul internațional”³². Aici, Ionescu-Dolj ne arată că în 1937 România avea deja convenții de extrădare și asistență judiciară, în care sunt reglementate comisiile rogatorii cu Austria, Belgia, Italia, Anglia, Olanda, Luxemburg, Ungaria, Bulgaria, Statele Unite și Cehoslovacia.

În continuare, vom studia aspectele istorice ale comisiilor rogatorii în raport cu RSS Moldovenească.

Conform Bazelor legislației de procedură penală a URSS și ale republicii unionale din 25 decembrie 1958, a fost adoptat Codul de procedură penală al RSSM din 22 martie 1961³³.

În aceste Baze ale legislației, găsim dispoziții privitor la probe și aprecierea lor în art.16 și 17³⁴, dar dispoziții privind comisiile rogatorii nu găsim.

Destrămarea URSS a urmat cu Declarația de Independență a Republicii Moldova la 27 august 1991 și ulterior cu formarea CSI.

Potrivit autorului Eliubaev³⁵, formarea unor state independente și suverane pe teritoriul postsovietic demonstrează apariția unor subiecte cu drepturi depline ale dreptului internațional și cu particularitățile specifice lor. Reformele, care s-au produs în țările CSI, au atras după sine și modificarea legislației naționale.

În așa mod, Republica Moldova a operat modificări în 1992 și 1996 la art.18 CPP din 1961, în care această procedură a fost lăsată cu denumirea veche de însărcinare, și potrivit căreia relațiile dintre organele judiciare naționale și instituțiile respective ale statelor străine sunt determinate de CPP și de tratatele, convențiile și acordurile internaționale la care Republica Moldova este Parte.

Alin.(2) art.8 CPP din 1961 prevede că stabilirea relațiilor cu instituțiile statelor străine, cu care n-au fost încheiate convenții, se efectuează prin intermediul Ministerului Afacerilor Externe.

La 6 iulie 1992, la Moscova, a fost semnat de către șefii statelor CSI Memorandumul de acceptare privind acordurile fostei URSS. Însă, cum ne arată autorul Kremnev, memorandumul nu conține dispoziții cu privire la acordurile bilaterale de asistență juridică în materie penală, familială și civilă³⁶.

Deci, dispoziția alin.(2) art.18, citată mai sus, a fost foarte utilă, până când Republica Moldova nu a încheiat acordurile respective.

Codul de procedură penală din 1961 în perioada 1992-2003 a fost completat cu art.18/1 privind îndeplinirea însărcinărilor instituțiilor statelor străine cu privire la efectuarea actelor de procedură. Alin.(2) al



articolului respectiv prevedea că organele judiciare primesc însărcinări de la instituțiile statelor străine prin Ministerul Justiției sau Procuratura Generală.

La rândul său, art. 114 al Codului din 1961 prevedea diferite însărcinări în interiorul țării, ce priveau efectuarea diferitelor acte de urmărire penală într-o altă localitate.

Aceste reglementări s-au păstrat până la intrarea în vigoare al actualului Cod de procedură penală³⁷, unde legiuitorul național, după o perioadă istorică îndelungată, a denumit totuși această procedură, conform originii ei – comisie rogatorie, și este prevăzută doar în procedura internațională.

Pe plan intern, această procedură este prevăzută în art. 258 CPP ce reglementează delegațiile organului de procedură penală, care de fapt este aceeași dispoziție ca și în codul vechi, unde ea purta denumirea tradusă din limba rusă – însărcinare.

La fel, pct. 10 alin. (2) art. 57 CPP prevede atribuirea ofițerului de urmărire penală a dispune prin comisie rogatorie, altor organe de urmărire penală, efectuarea acțiunilor procesuale. Însă legiuitorul n-a prevăzut o procedură de comisie rogatorie internă, atribuirea dată fiind folosită doar în procedura internațională. Pe plan intern deci, sunt aplicabile dispozițiile art. 258 CPP.

După Declarația de Independență, Republica Moldova a semnat și a ratificat un șir de convenții, tratate, și acorduri internaționale, în care sunt prevăzute comisiile rogatorii.

Practic, toate sunt în vigoare până în prezent, de aceea ne propunem să le analizăm în unele din următoarele publicații.

În așa mod, în cercetările istorice din partea II, în special ne-am concentrat asupra Statutului de procedură penală rus, aplicabil în Basarabia din 1869.

În urmarea metodei istorice, a fost cercetată statistica comisiilor rogatorii în a doua jumătate a sec. XIX, ce ne-a arătat o bogată jurisprudență în domeniu.

Dispozițiile Codului „Carol al II-lea” privind comisia rogatorie s-au arătat a fi cu mult mai detaliate ca în legiurile precedente.

S-au studiat dispozițiile legislative ale RSSM de la formare până în anul 1991, și ale Republicii Moldova până în 2003, când a intrat în vigoare noul Cod de procedură penală care deja expres prevede procedura comisiei rogatorii.

Note:

¹ Macari L., *Cercetări istorice privind comisia rogatorie*. Partea I, în *Revista Națională de Drept*, 2011, nr. 12, p. 31-35.

² Ionescu-Dolj I., *Curs de procedură penală română*, SOCES&Co., București, 1937, p. 72.

³ Судебные Уставы 20 ноября 1864 года, съ изложениемъ разсуждений, на коих они основаны, Издание Государственной канцелярии, часть вторая, Санктпетербургъ, 1866, 503 с.

⁴ Aramă E., *Istoria dreptului românesc*, Reclama, Chișinău, 2003, p. 125.

⁵ Судебные Уставы 20 ноября 1864 года, съ изложениемъ разсуждений, на коих они основаны, с. 57.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem, c. 62.

⁸ Ibidem, c. 68.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem, c. 127.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem, часть первая, с. 57.

¹⁵ Maxim D.G., *Comisiuni rogatorii interne și internaționale însoțite de explicațiunea Convențiilor României cu Statele străine*, Stabilimentul grafic „Miron Costin”, Iași, 1899, p. 42.

¹⁶ Rătescu C.G., Pavelescu N., *Codul de procedură penală* (art. 1-246): adnotat. Cu întreaga jurisprudență la zi, Tipografia și legătoria penitenciarului corecțional „Văcărești”, București, 1930, p. 213.

¹⁷ Maxim D.G., *op.cit.*, p. 43.

¹⁸ Ibidem, p. 209.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Aramă E., *op.cit.*, p. 150.

²¹ Dongoroz V., *Drept interprovincial*, editura soc. anon. „Curierul judiciar”, București, 1925, p. 3-22.

²² Tașcă M., *Introducerea dreptului penal românesc în Basarabia după Marea Unire din 1918 și unificarea legislativă penală a Basarabiei cu cea din Vechiul Regat*, în *Revista de Științe Penale*, 2007, p. 137.

²³ Furnică L., *Unele aspecte istorice privind instituția declarațiilor ca mijloc de probă în procesul penal din spațiul românesc*, în *Revista de Științe Penale*, anul 2, 2006, p. 213.

²⁴ Rătescu C.G., Pavelescu N., *op.cit.*, p. 3.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Dongoroz V., *op.cit.*, p. 16.

²⁷ Ibidem, p. 22.

²⁸ Советский юридический словарь, под ред. Братусь и др., 1953 г. <http://determiner.ru/dictionary/630/word/%D3%C>

²⁹ Постановление ВЦИК от 15.02.1923 „Об утверждении Уголовно-Процессуального Кодекса РСФСР” (вместе с „Уголовно-Процессуальным Кодексом РСФСР”), în *СУ РСФСР*, 1923, №7, ст. 106, *Известия ВЦИК*, №37 от 18.02.1923. Утратил силу в связи с изданием Указа Президиума ВС РСФСР от 28.03.1961.

³⁰ Stoenescu I. ș.a., *Codul de procedură penală al Republicii Populare Române*: adnotat, Ed. de Stat p-u lit. Juridică, București, 1948, p. 57.

³¹ Ibidem, p. 58.

³² Ionescu-Dolj I., *op.cit.*, p. 201.

³³ *Codul de procedură penală al R.S.S.M.* din 24 martie 1961 în Вештиле Советулуй Супрем ал РСМ, 1961, nr. 10.

³⁴ Закон СССР, Об утверждении основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик от 25 декабря 1958 г. Ведомости Верховного Совета СССР, 1959 г. nr. 1, ст. 15, în *Свод законов СССР*, т. 10, Известия, Москва, 1989, с. 581.

³⁵ Eliubaev J., *Unele chestiuni vizînd practica aplicării normelor Convenției de la Minsk la cercetarea și examinarea cauzelor penale*, în *Legea și viața*, nr. 5, 1996, p. 31.

³⁶ Кремнев П.П., *Правопреимство в отношении международных договоров СССР*, în *Вестник Московского университета*, 2006, №6, с. 3-17.

³⁷ *Codul de procedură penală al Republicii Moldova*, nr. 122-XV din 14.03.2003, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr. 104-110/447 din 07.06.2003.



CESIUNEA DREPTULUI SUBIECTIV DE IPOTECĂ

Artur TARLAPAN,
doctorand, lector universitar (USM)

Recenzent: **Victor VOLCINSCHI**, doctor în drept, profesor universitar (USM)

SUMMARY

In the result of the principle that the patrimonial rights are dismissible, with the exception of the cases foreseen by the law, the cessation of the subjective hypothecary right can be carried out. The cessation of the subjective hypothecary right represents a mechanism of indirect implementation of liabilities by the hypothecary creancer, but this mechanism has to be settled in a clear, adequate and correct form. The present article is dedicated to the analysis of the regulations of the legislation of Republic of Moldova concerning the cessation of the subjective hypothecary right.

Cesiunea dreptului subiectiv de ipotecă este un procedeu prin care creditorul ipotecar, în calitate de titular al dreptului subiectiv de ipotecă, exercită una din prerogativele conținutului acestui drept, și anume, prerogativa de a dispune de dreptul său¹.

Cesiunea dreptului subiectiv de ipotecă este reglementată prin prevederile art.27 din Legea nr.142/2008 cu privire la ipotecă². De asemenea, în partea care nu este reglementată de Legea nr.142/2008, se aplică prevederile Codului civil³. Conform art.27 alin.(1) din Legea nr.142/2008, creditorul ipotecar este în drept să ceseze terților drepturile ipotecare prezente și viitoare, fără acordul debitorului ipotecar, cu condiția că acest drept este prevăzut în contractul de ipotecă.

Înainte de a trece la analiza propriu-zisă a cesiunii dreptului subiectiv de ipotecă, sunt necesare câteva precizări. După cum se observă, Legea nr.142/2008 la art.27 folosește expresia „drepturi ipotecare”. Mai mult ca atât, același articol se referă la drepturile ipotecare „prezente și viitoare”. Legea nu conține o explicație a noțiunii de „drepturi ipotecare”. Din contra, art.3 din Lege prevede noțiunea de „ipotecă” (la singular). Alte articole din Lege, cu excepția art.27, de asemenea, utilizează noțiunea de „ipotecă” sau „drept de ipotecă”, și nu „drepturi ipotecare”. Ce a avut în vedere legiuitorul prin noțiunea de „drepturi ipotecare”? Considerăm că noțiunea menționată este o încercare nereușită de a dezvălui esența cesiunii dreptului subiectiv de ipotecă prin prisma conținutului acestui drept subiectiv.

Conținutul dreptului subiectiv de ipotecă este constituit dintr-un șir de prerogative ale creditorului ipotecar, care pot fi exercitate la faze diferite ale derulării raportului juridic de ipotecă⁴. Noțiunea de „drepturi ipotecare” din art.27 al Legii nr.142/2008 ar însemna că legiuitorul privește prerogativele ce aparțin creditorului ipotecar ca drepturi distincte. Prerogativele date însă nu sunt drepturi distincte, ci elemente ale conținutului acestui drept subiectiv, care, fiind legate și ierarhizate între ele în cadrul conținutului acestuia,

constituie un singur drept subiectiv – dreptul subiectiv de ipotecă⁵.

În momentul operării cesiunii de creanță este posibilă situația în care condițiile pentru exercitarea unor prerogative ale creditorului ipotecar deja au survenit, iar pentru exercitarea altora – nu⁶. Poate că aceasta și are în vedere legiuitorul, menționând în art.27 din Legea nr.142/2008 despre drepturi ipotecare „prezente și viitoare”⁷. Însă prerogativele creditorului ipotecar, pentru exercitarea cărora nu au survenit condițiile corespunzătoare, nu pot fi considerate drepturi ipotecare viitoare, deoarece aceste prerogative, ca elemente ale conținutului dreptului subiectiv de ipotecă, iau naștere din momentul constituirii dreptului dat, însă se exercită în dependență de survenirea condițiilor de exercitare, indiferent de faptul dacă în calitate de titular al dreptului subiectiv de ipotecă, care va exercita aceste prerogative, figurează creditorul ipotecar original sau cesionar.

Respectiv, nu este justificată utilizarea în art.27 din Legea nr.142/2008 a expresiei „drepturi ipotecare prezente și viitoare”. Prin cesiune are loc cedarea unui singur drept („prezent”, actual, existent) – a dreptului subiectiv de ipotecă, constituit din mai multe prerogative prevăzute de lege și de contractul de ipotecă, după caz.

Astfel, după cum reiese din prevederile art.27 alin. (1) din Legea nr.142/2008, creditorul ipotecar poate cesa dreptul subiectiv de ipotecă ce-i aparține, fără acordul debitorului ipotecar, dar numai în cazul în care această posibilitate este prevăzută de contractul de ipotecă. Din punct de vedere conceptual, o atare formulare a posibilității de cesionare a dreptului subiectiv de ipotecă este inadmisibilă.

Drept comun în materia cesiunii drepturilor subiective reprezintă cesiunea de creanță⁸. Prevederile Codului civil cu privire la cesiune consacră principiul cesiunii libere (fără acordul debitorului) a drepturilor subiective civile, cu excepția cazului când din lege,



acordul părților sau esența obligației nu rezultă altfel (art.557 din Codul civil). În materia dreptului subiectiv de ipotecă, situația este diferită. Creditorul ipotecar **nu poate** cesiona dreptul subiectiv de ipotecă, **fără acordul** debitorului ipotecar, cu excepția cazului în care clauzele contractului de ipotecă îi permit cesiunea. În vederea uniformizării regulilor cu privire la cesiunea drepturilor subiective civile, considerăm că formularea legală a cesiunii dreptului subiectiv de ipotecă urmează a fi inversată, în sensul permiterii creditorului ipotecar de a cesiona dreptul subiectiv de ipotecă, fără consimțământul debitorului ipotecar, cu excepția cazului în care acordul dintre ei prevede altfel⁹. O astfel de normă ar fi în concordanță deplină cu principiul cesiunii neîngrădite a drepturilor subiective civile.

O precizare urmează a fi făcută în continuare. Dreptul subiectiv de ipotecă are un caracter accesoriu față de creanța pe care o garantează. În virtutea caracterului accesoriu al dreptului subiectiv de ipotecă, urmează să admitem că odată ce din obligația garantată cu ipotecă nu reies oarecare impedimente de cesiune a creanței, atunci această creanță poate fi liber cesionată de creditor împreună cu dreptul subiectiv de ipotecă care o garantează, și invers, dacă astfel de impedimente există, nu poate fi cesionată nici creanța garantată, nici dreptul subiectiv de ipotecă ce o garantează. Din formularea actuală a normei art.27 alin.(1) din Legea nr.142/2008, însă e evident că, chiar dacă creanța garantată cu ipotecă poate fi cesionată fără acordul debitorului, dreptul subiectiv de ipotecă nu va putea fi cesionat (decât dacă contractul de ipotecă prevede contrariul). Respectiv, cesiunea creanței garantate cu ipotecă, împreună cu dreptul subiectiv de ipotecă va fi condiționată de obținerea acordului debitorului ipotecar pentru cesiunea dreptului subiectiv de ipotecă. Și atunci, care drept subiectiv dintre cele menționate se află în dependență de celălalt – dreptul subiectiv de creanță sau dreptul subiectiv de ipotecă? Odată ce regula consacrată de Legea nr.142/2008 este că dreptul subiectiv de ipotecă se află în raport de accesoriolate cu creanța pe care o garantează, acest raport de accesoriolate urmează a fi cu consecvență respectat. Art.27 alin.(1) din Legea nr.142/2008 însă admite situații de dependență inversă (dependența creanței de dreptul subiectiv de ipotecă).

Concluzionând, menționăm că posibilitatea de cesionare a dreptului subiectiv de ipotecă urmează a fi pusă în dependență de acordul părților și de posibilitatea de cesionare a creanței garantate cu ipotecă. Astfel, art.27 alin.(1) din Legea nr.142/2008 urmează să prevadă posibilitatea de cesionare a dreptului subiectiv de ipotecă, fără consimțământul debitorului ipotecar, cu excepția cazului în care din acordul dintre creditorul ipotecar și debitorul (garantul) ipotecar sau esența creanței garantate reiese altfel.

Revenim la analiza art.27 alin.(1) din Legea

nr.142/2008 așa cum această normă este formulată. Odată consacrată, posibilitatea de cesionare a dreptului subiectiv de ipotecă în contractul de ipotecă se prezumă că debitorul ipotecar și-a dat acordul pentru o eventuală cesiune a dreptului dat de către creditorul ipotecar unei persoane terțe. De asemenea, trebuie de menționat că în art.27 alin.(1) din Lege se menționează că posibilitatea cesiunii dreptului subiectiv de ipotecă trebuie să fie stipulată în **contractul de ipotecă**. Respectiv, prevederile date se aplică doar ipotecii convenționale. În ceea ce privește ipoteca legală, considerăm că trebuie să fie admisă și cesiunea dreptului subiectiv de ipotecă apărut în baza legii, în cazul existenței acordului debitorului ipotecar în acest sens.

Conform art.27 alin.(2) din Legea nr.142/2008, drepturile ipotecare sunt cedate împreună și simultan cu creanța ipotecară. Respectiv, cesiunea dreptului subiectiv de ipotecă poate opera numai în cazul în care, în același moment, operează și cesiunea creanței a cărei satisfacere este garantată cu ipotecă. Astfel, regula este că dreptul subiectiv de ipotecă, în virtutea caracterului său accesoriu, nu poate fi cesionat separat de creanța pe care o garantează¹⁰.

Cesiunea dreptului subiectiv de ipotecă poate fi totală sau parțială, în dependență de faptul dacă este totală sau parțială cesiunea creanței garantate cu ipotecă¹¹. În acest sens, conform art.27 alin.(3) din Legea nr.142/2008, în cazul cesiunii creanței ipotecare, noul creditor dobândește dreptul subiectiv de ipotecă în volumul deținut de cedent, iar în cazul cesiunii unei părți a creanței ipotecare, noul creditor ipotecar dobândește dreptul subiectiv de ipotecă proporțional părții din creanță, cu excepția cazului în care contractul de ipotecă prevede altfel. Astfel, contractul de ipotecă poate prevedea excepții de la regula cesiunii parțiale a dreptului subiectiv de ipotecă proporțional părții din creanța cesionată, dar numai în sensul modificării coraportului dintre creanța cesionată, pe de o parte, și dreptul subiectiv de ipotecă cesionat, pe de altă parte. Considerăm că contractul de ipotecă nu poate prevedea, în calitate de excepție de la regula proporționalității, excluderea cesiunii parțiale a dreptului subiectiv de ipotecă, odată cu cesiunea parțială a creanței garantate sau transferul integral al dreptului subiectiv de ipotecă în baza unei cesiuni parțiale a creanței garantate.

În virtutea caracterului său accesoriu, dreptul subiectiv de ipotecă trebuie, în proporție cât de mică, să garanteze în continuare satisfacerea creanței originare cesionate parțial, în legătură cu care a fost instituit sau să urmeze creanța care se desprinde din creanța originară cesionată parțial.

Încă două precizări trebuie făcute. *Primo*. În mod normal, Legea nr.142/2008 ar trebui să admită posibilitatea modificării coraportului dintre creanța cesionată parțial, pe de o parte, și dreptul subiectiv de ipotecă cesionat parțial, pe de altă parte, și în baza contractu-



lui de cesiune semnat între creditorul ipotecar cedent și cesionar, în cazul în care contractul de ipotecă nu prevede nimic în acest sens. *Secundo*. Cesiunea parțială a dreptului subiectiv de ipotecă trebuie înțeleasă ca un transfer la cesionar al tuturor prerogativelor (ca elemente ale conținutului dreptului subiectiv de ipotecă) ce aparțin creditorului ipotecar cedent în momentul cesiunii, dar nu ca un transfer numai al unor prerogative, cu menținerea celorlalte în beneficiul cedentului. Numai că prerogativele transferate cesionarului pot fi exercitate doar în vederea satisfacerii acelei părți a creanței, care a fost transmisă cesionarului.

În ceea ce privește cesiunea parțială a dreptului subiectiv de ipotecă, la prima vedere o astfel de cesiune ar contraveni principiului indivizibilității dreptului subiectiv de ipotecă, consacrat în art.7 alin.(7) din Legea nr.142/2008. Această contradicție însă este una aparentă, deoarece indivizibilitatea dreptului subiectiv de ipotecă se referă la regimul juridic a mai multor bunuri imobile grevate pentru garantarea satisfacerii unei și aceleiași creanțe, respectiv, indivizibilitatea dreptului subiectiv de ipotecă nu limitează în nici un fel cesiunea parțială a dreptului dat. Mai mult ca atât, cesiunea parțială a dreptului subiectiv de ipotecă este similară cu o ipotecă ulterioară, reglementată de art.17 din Legea nr.142/2008, care admite posibilitatea ipotecării unui bun imobil de mai multe ori pentru garantarea satisfacerii unor creanțe diferite ale aceluiași sau ale unui alt creditor. De altfel, în cazul cesiunii parțiale urmează a fi aplicate regulile cu privire la prioritatea drepturilor subiective de ipotecă, în sens că creditorul ipotecar cedent (creditor ipotecar anterior) are prioritate față de creditorul ipotecar cesionar (creditor ipotecar ulterior) la satisfacerea creanțelor din valoarea bunului imobil ipotecat¹².

Conform art.27 alin.(4) din Legea nr.142/2008, contractul de cesiune a dreptului subiectiv de ipotecă se încheie în forma în care a fost încheiat contractul din care a rezultat obligația garantată cu ipotecă. Nu considerăm norma menționată una reușită, mai mult ca atât, aplicarea consecventă a normei date poate duce la crearea unor situații absurde.

În primul rând, trebuie de menționat că, odată ce Legea nr.142/2008 în art.11 consacră forma autentică a contractului de ipotecă, în mod normal și cesiunea dreptului subiectiv de ipotecă urmează să îmbrace forma autentică. Or, se prezumă că rațiunile existente pentru forma actului din care ia naștere dreptul subiectiv de ipotecă persistă și în cazul cesiunii dreptului dat.

În al doilea rând, dreptul subiectiv de ipotecă poate garanta executarea unei obligații care izvorăște dintr-un act juridic încheiat în formă verbală¹³. Respectiv, Legea nr.142/2008 admite cesiunea verbală a dreptului subiectiv de ipotecă. Cu toate că este absurdă cesiunea verbală a dreptului subiectiv de ipotecă, nu este normal ca legea să admită astfel de absurdități.

În al treilea rând, dreptul subiectiv de ipotecă poate fi instituit pentru garantarea executării unei obligații care nu rezultă dintr-un contract¹⁴. Și atunci care ar trebui să fie forma contractului de cesiune a dreptului subiectiv de ipotecă, odată ce legea leagă forma acestui contract de forma contractului din care rezultă obligația garantată?

Pornind de la considerentele expuse mai sus, legislația în vigoare urmează să prevadă forma autentică a contractului de cesiune a dreptului subiectiv de ipotecă. Respectiv, după caz, și cesiunea creanței garantate cu ipotecă, și cesiunea dreptului subiectiv de ipotecă se vor reflecta într-un singur înscris în formă autentică sau cesiunea creanței garantate cu ipotecă se va săvârși în forma contractului prevăzută pentru nașterea creanței, iar cesiunea dreptului subiectiv de ipotecă – în formă autentică¹⁵.

Conform art.27 alin.(5) din Legea nr.142/2008, cesiunea dreptului subiectiv de ipotecă nu necesită înregistrare în Registrul bunurilor imobile, dacă părțile nu convin altfel.

În literatura de specialitate românească, se menționează că înscrierea transmiterii ipotecii nu este necesară. De vreme ce ipoteca a fost înscrisă, nu mai este nevoie de o nouă înscriere pentru că nu este o nouă ipotecă, ci este aceeași ipotecă, care trece în patrimoniul unei alte persoane¹⁶.

Cu astfel de afirmații nu suntem de acord și considerăm că Legea nr.142/2008 necesită modificare prin introducerea înregistrării obligatorii a cesiunii dreptului subiectiv de ipotecă în registrul bunurilor imobile.

Înainte de toate, trebuie de menționat că regula generală în materia gajului este că cesiunea dreptului subiectiv de gaj înregistrat se supune și ea înregistrării. Art.484 din Codul civil prevede că substituirea creditorului gajist se înregistrează conform art.470¹⁷. Art.470 se referă, la rândul său, și la înregistrarea dreptului subiectiv de ipotecă. Dat fiind faptul că la momentul adoptării Codului civil nu exista o lege cu privire la ipotecă, Codul civil nu cunoaște noțiunea de creditor ipotecar, prin noțiunea de creditor gajist avându-se în vedere și creditorii ipotecari. În acest sens, trimiterea făcută la art.470, care se referă în special și la dreptul subiectiv de ipotecă, face din norma conținută în art.484 alin.(4) o normă specială în aceeași măsură ca și norma din art.27 alin.(5) din Legea nr.142/2008. Din acest punct de vedere, între art.484 alin.(4) din Codul civil și art.27 alin.(5) din Legea nr.142/2008 ar exista o contradicție. Soluția dată de Codul civil o considerăm mai corectă.

Nu poate fi reținută afirmația expusă mai sus că înscrierea transmiterii ipotecii nu este necesară, de vreme ce ipoteca a fost înscrisă, nu mai este nevoie de o nouă înscriere pentru că nu este o nouă ipotecă, ci este aceeași ipotecă, care trece în patrimoniul unei alte persoane.



Menționăm că, în baza cesiunii, chiar și a unei cesiuni parțiale, a dreptului subiectiv de ipotecă de la creditorul ipotecar cedent la cesionar, între cesionar și debitorul ipotecar cedat apare un nou raport juridic de ipotecă, care, în mod logic, urmează a fi reflectat în registrul bunurilor imobile.

În general, după principiul publicității ipotecilor, urmează a fi supus înregistrării orice act care privește dreptul dat, cu atât mai mult cesiunea acestuia. Menținerea în continuare a normei în temeiul căreia se exclude necesitatea înregistrării cesiunii dreptului subiectiv de ipotecă în registrul bunurilor imobile ar însemna că se admite din start ca registrul dat să conțină date neveridice cu privire la titularul dreptului subiectiv de ipotecă, care ar induce în eroare persoanele interesate. Mai mult ca atât, în situația unei cesiuni neînregistrate a dreptului subiectiv de ipotecă se pune problema opozabilității acestei cesiuni față de debitorul ipotecar cedat, alți creditori ipotecari și alte persoane interesate, problemă care poate ridica impedimente serioase în soluționarea corectă a unor eventuale litigii.

Pe lângă cele menționate, norma conținută în art.27 alin.(5) din Legea nr.142/2008 creează dificultăți în aplicarea altor norme din aceeași lege.

Astfel, conform art.18 alin.(1) din Lege, prioritatea satisfacerii creanțelor creditorilor ipotecari corespunde cronologiei înregistrării drepturilor subiective de ipotecă. Dacă raportăm prevederile art.18 alin.(1) la prevederile art.27 alin.(5), care declară valabilă cesiunea neînregistrată a dreptului subiectiv de ipotecă, atunci apare întrebarea: care va fi prioritatea de satisfacere a creditorilor ipotecari în cazul în care primul creditor ipotecar a cesionat o parte din creanța sa împreună cu o parte din dreptul său subiectiv de ipotecă cesionarului, acesta din urmă devenind și el creditor ipotecar, iar ulterior debitorul ipotecar instituie în favoarea unei alte persoane un drept subiectiv de ipotecă asupra aceluiași bun imobil? Soluțiile practice la această întrebare pot fi diferite, în dependență de preferințele celui în favoarea căruia se pune problema soluționării unei astfel de situații.

De asemenea, conform art.12 alin.(2) din Legea nr.142/2008, în cazul în care modificarea contractului de ipotecă conduce la modificarea datelor înscrise în registrul bunurilor imobile, modificările respective trebuie înregistrare. Menționăm că cesiunea parțială a creanței garantate cu ipotecă cu cesiunea corespunzătoare parțială a dreptului subiectiv de ipotecă *de facto* modifică prevederile contractului de ipotecă și, implicit, unele date înregistrate în registrul bunurilor imobile¹⁸, cum ar fi mărimea creanței garantate cu ipotecă. În acest sens, iarăși apare întrebarea cu privire la corelarea normelor prevăzute de art.12 alin.(2) și art.27 alin.(5) din Legea nr.142/2008 din punctul de vedere al necesității de înregistrare a cesiunii dreptului subiectiv de ipotecă.

Concluzionând asupra celor menționate, întru respectarea consecvență a principiului publicității ipotecilor și evitarea unor contradicții dintre norme și aplicări (interpretări) contradictorii și eronate a diferitelor norme cu privire la dreptul subiectiv de ipotecă, considerăm necesară reglementarea înregistrării obligatorii a cesiunii dreptului subiectiv de ipotecă.

Note:

¹ Pe lângă cesiune, prerogativa de a dispune de dreptul subiectiv de ipotecă poate fi exercitată și pe calea gajării dreptului subiectiv menționat sau renunțării la acesta.

² *Legea cu privire la ipotecă* nr.142-XVI din 26.06.2008, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2008, p.165-166.

³ *Codul civil al Republicii Moldova* nr.1107-XV din 06.06.2002 (în vigoare din 12.06.2003), în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2002, p.82-86.

⁴ De exemplu, creditorul ipotecar poate exercita prerogativa de verificare a stării bunului ipotecat pe toată perioada de existență a raportului juridic de ipotecă (art.24 din *Legea nr.142/2008*). Prerogativa de satisfacere a creanței din valoarea bunului imobil ipotecat poate fi exercitată doar în cazul survenirii condițiilor corespunzătoare – neexecutarea obligației garantate cu ipotecă sau în alte cazuri prevăzute de lege. Mai mult ca atât, prerogativa de satisfacere a creanței din valoarea bunului imobil ipotecat se poate realiza pe căi diferite, în dependență de opțiunea creditorului ipotecar (luarea în administrare în scopul satisfacerii creanței, vânzarea, achiziționarea).

⁵ Metodologia analizei, ierarhizării și determinării interdependențelor dintre elementele constitutive ale conținutului dreptului subiectiv în diverse instituții ale Dreptului civil este promovată și dezvoltată în literatura de specialitate autohtonă prin lucrările profesorului V.Volcinschi, unele dintre care sunt: Volcinschi V., *Conținutul dreptului subiectiv asupra brevetului de invenție*, în *Analele științifice ale Universității de Stat din Moldova, Științe juridice*, 2000, Serie nouă, nr.4; Volcinschi V., Șapoval V., *Conținutul și natura juridică a dreptului subiectiv asupra mărcii* în *Analele științifice ale Universității de Stat din Moldova, Științe juridice*, 2001, Serie nouă, nr.5; Volcinschi V., Cibotaru A. *Drepturile reale asupra lucrurilor altuia*, Chișinău, 2011, p.35, 73-74, 77-78, 89-90, 113, 226.

⁶ De exemplu, a survenit condiția pentru înaintarea acțiunii de exercitare a dreptului subiectiv de ipotecă, însă nu a survenit condiția pentru vânzarea bunului imobil ipotecat în vederea satisfacerii creanței ipotecare, deoarece creditorul ipotecar are nevoie de o hotărâre judecătorească în acest sens.

⁷ O altă explicație nu ar fi logică, fiindcă nu poate fi dreptul subiectiv de ipotecă considerat viitor în situația în care, de exemplu, obiect al acestui drept ar fi un bun imobil viitor (art.7 alin.(1) din *Legea nr.142/2008*) sau acest drept ar garanta o obligație viitoare, sau acest drept ar fi afectat de o modalitate, cum ar fi o condiție suspensivă (art.4 alin.(5) din *Legea nr.142/2008*). În toate cazurile menționate, dreptul subiectiv de ipotecă este unul „prezent”, el există, numai că nu este determinată soarta unor circumstanțe legate de acest drept.



⁸ Conform art.565 din Codul civil, regulile cesiunii creanței se aplică în modul corespunzător și în cazul cesiunii altor drepturi.

⁹ Nu există nici un fel de impedimente de ordin juridic sau social-economic de a formula norma din art.27 alin.(1) al Legii nr.142/2008 anume în felul dat. În principiu, pentru debitor nu prezintă importanță față de care creditor să execute obligația garantată cu ipotecă și, respectiv, să garanteze obligația. Mai mult ca atât, reieșind din prevederile art.556 alin.(2) coroborat cu art.565 din Codul civil, cesiunea dreptului subiectiv de ipotecă nu poate face situația debitorului ipotecar mai împovăraătoare.

¹⁰ Literatura de specialitate românească admite transmiterea dreptului subiectiv de ipotecă separat de creanța pe care o garantează. *A se vedea:* Pop L. *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor. Tratat*, Ediția a II-a, Editura Fundației „Chemarea”, Iași, 1998, p.426; Anghel N., Anghel E.-L., *Garantarea obligațiilor civile și comerciale*, Lumina Lex, 2001, p.201. În sprijinul soluției date, doctrinarii români invocă prevederile art.1134 din Codul civil din 1864 (al cărui echivalent reprezintă art.1611 din noul Cod civil al României), conform căruia ipotecile ce garantează o creanță stinsă prin novație sunt trecute, prin voința părților, asupra noii creanțe care se naște. Trebuie de avut în vedere faptul că o formă a novației, conform legislației României, este substituirea creditorului vechi cu unul nou. Din acest considerent, este posibilă transmiterea dreptului subiectiv de ipotecă separat de creanța a cărei satisfacere o garantează. CC RM (art.665) reglementează novația doar ca o înlocuire a obligației cu una nouă, astfel, neavând loc modificarea componenței subiecților raportului juridic în cadrul căruia operează novația, respectiv, neavând loc și transmiterea garanțiilor separat de obligația a cărei executare o garantează. Teoretic însă este posibilă încheierea unei convenții tripartite (între creditorul ipotecar cedent, cesionar și debitorul cedat) cu privire la cesiunea unei creanțe garantate cu ipotecă și înlocuirea concomitență a acestei creanțe cu una nouă. Dar totuși, din punctul de vedere al consecutivității operațiunilor juridice, ori cesiunea trebuie să preceadă novația, ori novația trebuie să preceadă cesiunea. În consecință, iarăși nu putem vorbi, în acest caz, despre o cesiune a dreptului subiectiv de ipotecă separat de creanța pe care o garantează.

¹¹ Trebuie de menționat aici că atât legislația, cât și doctrina folosesc ca sinonime expresiile „garantarea creanței” și „garantarea executării obligației”. Expresiile menționate, deși în fond sunt menite să exprime același fenomen, dar din diferite unghiuri de vedere, nu sunt echivalente. Termenul „creanță garantată” ar sugera și garantarea valabilității creanței. Prin *drept subiectiv de ipotecă* nu se garantează creanța, ci satisfacerea creanței, așa cum același drept garantează nu obligația, ci executarea acesteia. Expresia „garantarea creanței” se utilizează în scop de economie a limbajului juridic, care nu trebuie să inducă în eroare pe cei care operează cu astfel de expresii cu privire la natura funcției dreptului subiectiv de ipotecă (gaj) – garantarea executării obligației, respectiv, satisfacerii creanței.

¹² Conform art.18 alin.(2) din Legea nr.142/2008, creanțele creditorului ipotecar ulterior sunt satisfăcute numai după satisfacerea deplină a creanțelor ipotecare ale creditorului ipotecar anterior. Trebuie de menționat aici că cesiunea parțială a creanței împreună cu cesiunea parțială a

dreptului subiectiv de ipotecă nu semnifică și cedarea gradului de prioritate. Gradul de prioritate poate fi cedat doar în întregime (art.482 din CC). Mai mult ca atât, gradul de prioritate poate fi cedat numai unui alt creditor gajist (ipotecar) de grad inferior. Comentariul la CC conține o mențiune cu privire la faptul că în cazul în care produsul urmăririi gajului nu va acoperi în întregime creanțele garantate, cedentul și cesionarul vor fi satisfăcuți proporțional cotelor stabilite de ei (*Comentariul Codului civil al Republicii Moldova*, Vol.I., Arc, 2005, p.775). Afirmatia dată nu este corectă. Ca urmare a cesiunii parțiale a dreptului subiectiv de gaj (ipotecă), creditorul gajist (ipotecar) cesionar și creditorul (gajist) ipotecar cedent nu pot fi considerați creditori pe cote-părți, precum și nu pot avea același grad de prioritate. Creanțele creditorului gajist (ipotecar) cesionar vor fi satisfăcute numai după satisfacerea creanțelor creditorului (gajist) ipotecar cedent.

¹³ În practica activității de întreprinzător a societăților comerciale, foarte des se întâlnesc situații în care livrarea valorilor materiale se face doar în baza facturilor fiscale, neexistând alte înscrisuri care să ateste voința părților de a încheia un act juridic. Eliberarea unei facturi fiscale nu reprezintă o întocmire a actului juridic în formă scrisă (similar eliberării bonului de plată la procurarea unor produse de la magazin). Executarea obligației de plată a valorilor materiale livrate în baza facturilor fiscale poate fi garantată prin instituirea dreptului subiectiv de ipotecă.

¹⁴ Conform art.4 alin.(3) din Legea nr.142/2008, poate fi garantată cu drept subiectiv de ipotecă executarea obligațiilor ce rezultă din contractul de credit, contractul de împrumut sau **alte obligații**.

¹⁵ De altfel, de obicei, și constituirea dreptului subiectiv de ipotecă poate avea loc pe calea perfectării unui singur înscris autenticat notarial în care se reflectă și creanța garantată cu ipotecă, și dreptul subiectiv de ipotecă propriu-zis, ori pe calea întocmirii a două înscrisuri separate – în formă simplă scrisă pentru creanța garantată cu ipotecă și în formă autentică pentru dreptul subiectiv de ipotecă.

¹⁶ Anghel N., Anghel E.-L., *op.cit.*, *A se vedea de asemenea:* Volcinschi V., Cibotaru A., *Drepturile reale asupra lucrurilor altuia*, p.209.

¹⁷ Nu considerăm reușită utilizarea în textul art.484 din CC a termenului „substituire”, deoarece acest termen ar sugera că cesiunea are drept efect subrogarea cesionarului în drepturile cedentului. Urmează să facem o distincție clară între subrogare și cesiune. Subrogarea creditorului presupune înlocuirea persoanei creditorului cu un terț într-un raport în curs de executare, raportul juridic creditor/debitor rămânând același, fiind doar schimbată persoana creditorului. Cesiunea presupune încetarea raportului juridic dintre cedent și debitorul cedat și apariția unui nou raport juridic între cesionar și debitorul cedat, în cazul unei cesiuni totale, ori apariția pe lângă raportul juridic dintre cedent și debitorul cedat a unui nou raport juridic dintre cesionar și debitorul cedat, conținutul căruia este format din drepturile și obligațiile desprinse din raportul juridic originar cedent/debitor cedat. Mai mult ca atât, subrogarea, spre deosebire de cesiune, nu poate fi parțială.

¹⁸ *A se vedea:* art. 44 alin. (3) din *Legea cadastrului bunurilor imobile* nr. 1543-XIII din 25.02.1998, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 1998, nr.44-46.



OBIECTUL JURIDIC GENERIC ȘI OBIECTUL JURIDIC SPECIAL AL INFRAȚIUNILOR ÎN DOMENIUL PROPRIETĂȚII INDUSTRIALE

Alexandru PĂDURARU,
doctorand (USM)

Recenzent: **Sergiu BRÎNZA**, doctor habilitat în drept, profesor universitar (USM)

SUMMARY

In this article, there are presented arguments to support the thesis that the legal general object of the offenses specified in art.299 and 300 of the Romanian Penal Code from 1968, is formed by the social relations on economic activities. It is also shown that the legal general object for each of the group of industrial property offences, under a law or other that regulate the above in the Romanian legislation is: the social relations on industrial property represented by inventions (in the case of offenses provided by art.58-60 Law No.64 of Romania from 11.10.1991 on patents); the social relations on industrial property represented by the industrial designs and models (in case of offences specified at art.41-43 Law No.129 of Romania from 29.12.1992 on the protection of industrial designs and models); the social relations on industrial property represented by the topographies of integrated circuits (for the offences referred at art.40 Law No.16 of Romania from 06.03.1995 on protection of integrated circuits); the social relations on industrial property represented by the trade marks and geographical indications (in the case of the offences provided by art.83 and 86 Law No.84 of Romania from 15.04.1998 on trade marks and geographical indications); the social relations on industrial property represented by the new varieties of plants (for offences under art.27 and 40 Law No.255 of Romania from 31.12.1998 on the protection of the new varieties of plants).

It is showed that in the process of the analysis of the industrial property offences, the definition by norm nature of the term "industrial property" should be regarded as conceptual basis, provided by p.2 annex no.1 the Resolution of Republic of Moldova Government with regard to the intellectual property object assessment, nr.783 from 30.06.2003. According to it, to industrial property only relates the following: the inventions; the utility models; the varieties of plants; the topographies of integrated circuits; the products name of origin; the trade marks of products and service marks; the industrial designs and models. It is also argued that freedom of creation, proclaimed at art.33 the Constitution of Republic of Moldova, is the constitutional freedom of the person, affected by the perpetration of the offenses under art.185² and 185³ PC RM. By the perpetration of the offenses under art.185² and 185³ PC RM, the juridical special object is always represented by the social relations on the development, in accordance with art.33 of the Constitution, of the right of freedom of creation. It differs only the matters of protecting these values and social relations.

Este cunoscut că obiectul infracțiunii îl formează valorile sociale și relațiile sociale, care necesită apărare penală, în a căror consolidare și dezvoltare este interesată societatea și cărora, prin comportamentul antisocial al unor persoane aparte sau al unor grupuri de persoane, li se aduce sau li se poate aduce atingere esențială¹.

În funcție de ierarhizarea valorilor sociale care fac obiectul infracțiunii, putem distinge obiectul juridic generic al infracțiunii și obiectul juridic special al infracțiunii.

În Partea specială a legii penale, sistematizarea infracțiunilor se efectuează în corespundere cu **obiectul juridic generic al infracțiunii**. Cu alte cuvinte, pentru infracțiunile constituind un grup aparte, care poate fi asociat unui compartiment (capitol; titlu) din cadrul Părții speciale a legii penale, este caracteristic același obiect juridic generic.

Art.299 „Contrafacerea obiectului unei invenții” și 300 „Punerea în circulație a produselor contrafăcute” ale Codului penal român din 1968 fac parte din titlul VIII „Infracțiuni la regimul stabilit pentru anumite activități economice” al Părții speciale. Pornind de la aceasta, în doctrina penală română, au fost exprimate următoarele opinii cu privire la conținutul obiectului juridic generic al faptelor infracționale, prevăzute de aceste două norme: „relațiile sociale referitoare la buna desfășurare a activităților economice reglementate de lege”²; „relațiile sociale ocrotite privitoare la activitățile economice, comerciale și financiare care se desfășoară în țara noastră și a căror existență și dezvoltare nu poate fi concepută fără incriminarea faptelor care lezează economia națională, împiedică activitatea agenților economici, prejudiciază interesele economice ale populației”³; „relațiile sociale privind activitățile economice, comerciale și financiare”⁴ etc.



Întrucât comerțul și finanțele constituie părți componente ale economiei, ajungem la concluzia că obiectul juridic generic al infracțiunilor, specificate la art.299 și 300 ale Codului penal Rom. din 1968, îl formează relațiile sociale privind activitățile economice.

Dar, să nu uităm că, în legislația română, răspunderea pentru infracțiunile în domeniul proprietății industriale este stabilită, în principal, nu în textul Codului penal, dar în textul unor legi extrapenale care conțin dispoziții de incriminare: Legea nr.64 a României din 11.10.1991 privind brevetele de invenție; Legea nr.129 a României din 29.12.1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale; Legea nr.16 a României din 06.03.1995 privind protecția topografiilor circuitelor integrate; Legea nr.84 a României din 15.04.1998 privind mărcile și indicațiile geografice; Legea nr.255 a României din 31.12.1998 privind protecția noilor soiuri de plante.

Care este obiectul juridic generic al acestor infracțiuni? Formulând răspunsul la această întrebare, este cazul să reproducem punctul de vedere al lui C.Bulai și B.N. Bulai, care consideră că criteriul ierarhizării valorilor sociale ce fac obiectul infracțiunii poate servi la sistematizarea infracțiunilor în cadrul fiecărui titlu din Partea specială a legii penale române; sistematizarea poate continua în cadrul grupărilor rezultate; sistematizarea este posibilă și cu privire la infracțiunile prevăzute în legi speciale⁵. Dezvoltând ideea în cauză, S.Brînză susține că obiectul juridic de combinație este cel care vizează toate infracțiunile săvârșite în cadrul unui domeniu al proprietății intelectuale, supus reglementării printr-o lege specială⁶. În acest fel, se sugerează că, deoarece sunt prevăzute de legi extrapenale diferite, infracțiunilor contra proprietății intelectuale, în general, și infracțiunilor contra proprietății industriale, în special, le lipsește o identitate generică.

Astfel, se impune identificarea obiectului juridic generic pentru fiecare grup de infracțiuni contra proprietății industriale, prevăzute de o lege sau alta ce reglementează domeniul în cauză: relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială reprezentată prin invenții (în ipoteza infracțiunilor prevăzute la art.58-60 ale Legii nr.64 a României din 11.10.1991 privind brevetele de invenție); relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială reprezentată prin desene și modele industriale (în situația infracțiunilor specificate la art.41-43 ale Legii nr.129 a României din 29.12.1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale); relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială reprezentată prin topografiile circuitelor integrate (în cazul faptelor infracționale prevăzute la art.40 al Legii nr.16 a României din 06.03.1995 privind protecția topografiilor circuitelor integrate); relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială reprezentată prin mărcile și indicațiile geografice (în ipoteza infracțiunilor specificate la art.83 și 86 ale Legii nr.84 a României din 15.04.1998 privind mărcile și indicațiile geografice); relațiile sociale cu privire

la proprietatea industrială reprezentată de noile soiuri de plante (în cazul infracțiunilor prevăzute la art.27 și 40 din Legea nr.255 a României din 31.12.1998 privind protecția noilor soiuri de plante).

Oricum, în ipoteza tuturor acestor grupuri de infracțiuni, tocmai proprietatea industrială este cea valoare socială coagulantă care ne permite să vorbim despre un ansamblu al infracțiunilor în domeniul proprietății industriale.

Care este înțelesul noțiunii „proprietatea industrială”?

Potrivit alin.(2) și (3) art.1 al Convenției de la Paris pentru protecția proprietății industriale, protecția proprietății industriale are ca obiect brevetele de invenție, modelele de utilitate, desenele și modelele industriale, mărcile de fabrică și cele de comerț, mărcile de serviciu, numele comercial și indicațiile de proveniență sau denumirile de origine, precum și reprimarea concurenței neloiale; proprietatea industrială se înțelege în sensul cel mai larg și se aplică nu numai industriei și comerțului propriu-zis, ci și domeniului industriilor agricole și extractive și tuturor produselor fabricate sau naturale, ca de exemplu: vinuri, grăunțe, foi de tutun, fructe, vite, minereuri, ape minerale, bere, flori, făină.

Examinând prevederile Acordului privind aspectele drepturilor de proprietate intelectuală legate de comerț, încheiat la 15.04.1994 (cunoscut cu denumirea TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)⁷, vom constata că noțiunea de proprietate industrială înglobează: mărcile de fabrică sau de comerț (Secțiunea 2); indicațiile geografice (Secțiunea 3); desenele și modelele industriale (Secțiunea 4); brevetele (Secțiunea 5); schemele de configurație, topografiile de circuite integrate (Secțiunea 6); protecția informațiilor nedivulgate (Secțiunea 7).

Despre înțelesul noțiunii analizate ne putem da seama și din definiția de la pct.2 al anexei nr.1 la Hotărârea Guvernului Republicii Moldova cu privire la evaluarea obiectelor de proprietate intelectuală, nr.783 din 30.06.2003⁸: „obiecte de proprietate intelectuală – rezultatele activității intelectuale confirmate prin drepturile respective ale titularilor asupra utilizării acestora, ce includ: obiectele de proprietate industrială (invenții, modele de utilitate, soiuri de plante, topografii ale circuitelor integrate, denumiri de origine a produselor, mărci de produse și mărci de servicii, desene și modele industriale), obiectele dreptului de autor și drepturilor conexe (opere literare, de artă, știință etc., inclusiv programe pentru calculator și baze de date), secretul comercial (know-how) etc.”.

Dacă e să ne adresăm unei alte surse oficiale – Hotărârii Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova „Despre practica aplicării de către instanțele judecătorești a unor prevederi ale legislației privind protecția proprietății industriale și activității de raționalizare”, nr.26 din 24.12.2001⁹ – din preambulul acesteia, precum și pct.1 și 2, aflăm că proprietatea industri-



ală este o parte componentă a proprietății intelectuale. Pe teritoriul Republicii Moldova, la momentul actual, este reglementată de legislația în vigoare protecția următoarelor obiecte de proprietate industrială: invențiile (din orice domeniu al activității umane); modelele de utilitate; soiurile de plante; topografiile circuitelor integrate; modelele și desenele industriale (design-ul); mărcile de produs sau de serviciu (mărcile); denumirile de origine a produselor; denumirile de firmă; combaterea concurenței neloiale.

Puncte de vedere similare sunt prezentate în literatura de specialitate. De exemplu, S.I.-Șt. Enache consideră că conceptul de proprietate intelectuală cuprinde două mari categorii de drepturi: drepturile de autor și drepturile conexe acestuia; drepturile de proprietate industrială. Cea de-a doua categorie, care comportă un interes mai mare pentru prezentul studiu, cuprinde următoarele tipuri de drepturi: drepturi ce decurg în urma înregistrării unor mărci sau a unor semne distinctive; drepturi ce izvorăsc în urma creației intelectuale din domeniul științei și tehnicii, care sunt recunoscute prin atribuirea unor brevete de invenție; drepturi corespunzătoare creării unor desene și modele industriale; drepturi ce izvorăsc în urma realizării originale a unor topografii de circuite integrate; drepturile ce decurg din crearea unor noi soiuri de plante recunoscute prin emiterea unor brevete pentru soi¹⁰.

În viziunea altor autori, obiectul proprietății industriale se structurează în trei categorii distincte, și anume: a) creații noi (desenele și modelele industriale, creații tehnice brevetate ca invenții, noile soiuri de plante, topografiile circuitelor integrate, know-how-ul); b) semnele distinctive (mărcile, indicațiile geografice, numele comercial, firma, emblema); c) reprimarea concurenței neloiale¹¹.

Analizând aceste definiții, nu putem să nu remarcăm anumite divergențe privind componentele noțiunii de proprietate industrială. De exemplu, nu întotdeauna reprimarea concurenței neloiale și numele sau denumirea comercială (firma) și emblema comercială sunt incluse printre astfel de componente.

Examinând această problemă, menționăm că, potrivit pct.1 al Hotărârii Plenumului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova „Despre practica aplicării de către instanțele judecătorești a unor prevederi ale legislației privind protecția proprietății industriale și activității de raționalizare”, nr.26 din 24.12.2001, denumirea de firmă este denumirea agentului economic, utilizată de către acesta în scopul identificării lui în practica activității de antreprenariat; constituie un act de concurență neloială orice act de concurență contrar practicii cinstite în materie industrială sau comercială.

Chiar dacă, *lato sensu*, reprimarea concurenței neloiale și numele sau denumirea comercială (firma) și emblema comercială fac parte din componența noțiunii „proprietate industrială”, în analiza noastră vom privi ca bază conceptuală definiția cu caracter de normă, for-

mulată în pct.2 al Anexei nr.1 la Hotărârea Guvernului Republicii Moldova cu privire la evaluarea obiectelor de proprietate intelectuală, nr.783 din 30.06.2003, coroborată cu prevederile art.185² și 185³ CP RM. În concluzie, în Republica Moldova, segmentele proprietății industriale, care beneficiază de apărare penală distinctă, sunt: invențiile; modelele de utilitate; soiurile de plante; topografiile circuitelor integrate; denumirile de origine ale produselor; indicațiile geografice; specialitățile tradiționale garantate; mărcile de produse și mărcile de servicii; desenele și modelele industriale.

Este adevărat că există reglementări penale cu privire la reprimarea concurenței neloiale și numele sau denumirea comercială (firma) și emblema comercială atât în legea penală a Republicii Moldova, cât și în legislația penală a României. Totuși, considerăm că, sub aspectul apartenenței sale generice, infracțiunile corespunzătoare fac parte din cu totul alte categorii de infracțiuni, decât cea a infracțiunilor în domeniul proprietății intelectuale. Astfel, nu putem defalca infracțiunea de concurență neloială din categoria de infracțiuni în domeniul concurenței. Așa cum nu putem să considerăm că infracțiunea dată se raportează concomitent atât la categoria de infracțiuni în domeniul concurenței, cât și la categoria de infracțiuni în domeniul proprietății industriale. În mod similar, nu putem defalca fapta de folosire ilegală a numelui sau denumirii comerciale (firmei) ori a emblemei comerciale din categoria de fapte ce afectează activitatea de întreprinzător (fapte privind registrul comerțului). Așa cum nu putem să considerăm că fapta dată se raportează concomitent atât la categoria de fapte ce afectează activitatea de întreprinzător (fapte privind registrul comerțului), cât și la categoria de fapte în domeniul proprietății industriale.

După această clarificare indispensabilă, să ne îndreptăm atenția către obiectul juridic generic al infracțiunilor prevăzute la art.185² și 185³ CP RM, precum către derivația obiectului juridic special al acestor infracțiuni din obiectul juridic generic al infracțiunilor prevăzute în cap.V al Părții speciale a CP RM.

Din denumirea cap.V al Părții speciale a CP RM, se desprinde că obiectul juridic generic al infracțiunilor prevăzute de acest capitol îl constituie relațiile sociale cu privire la realizarea drepturilor constituționale ale cetățenilor.

O analiză atentă a documentelor internaționale, dar și a reglementărilor de drept intern referitoare la drepturile omului, conduce la concluzia că aceste drepturi sunt organice legate de existența statelor, respectiv a unei societăți structurate și dotate cu o putere statală. Protecția drepturilor omului este o sarcină primordială a oricărui stat. Ca o confirmare a acestui fapt, potrivit alin.(3) art.1 al Constituției Republicii Moldova, adoptate de Parlamentul RM la 29.07.1994¹², Republica Moldova este un stat de drept, democratic, în care, printre altele, drepturile și libertățile omului reprezintă valori supreme și sunt garantate. Într-o manieră similară, în con-



formitate cu alin.(3) art.1 al Constituției României din 21.11.1991¹³, România este stat de drept, democratic și social, în care, printre altele, drepturile și libertățile cetățenilor reprezintă valori supreme, în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român și idealurilor Revoluției din decembrie 1989, și sunt garantate.

Așadar, condiționarea socială a incriminării – în cap.V al Părții speciale a CP RM – faptelor contra drepturilor politice, de muncă și altor drepturi constituționale ale cetățenilor rezultă chiar din textul Legii Fundamentale.

Din comparația textului alin.(3) art.1 al Constituției Republicii Moldova și alin.(3) art.1 al Constituției României din 21.11.1991, rezultă o discrepanță terminologică: „drepturile omului” și, respectiv, „drepturile cetățeanului”.

Într-adevăr, normele din cap.V al Părții speciale a CP RM vizează nu doar drepturi ale cetățeanului. Această discordanță dintre formă și conținut este specifică nu doar legii penale a Republicii Moldova. În această privință, referindu-se la denumirea cap.19 din Partea specială a Codului penal al Federației Ruse, L.G. Macikoski propune evitarea contradicției „drepturile omului/drepturile cetățeanului” pe calea redenumirii acestui capitol al legii penale ruse din „Infrațiuni contra drepturilor și libertăților constituționale ale omului și cetățeanului” în „Infrațiuni contra egalității în drepturi, drepturilor personale, politice și social-economice”¹⁴. Sub aspectul evitării contradicției sus-amintite, ideea în cauză este interesantă. În același timp este criticabilă prezentarea enunțativă a drepturilor apărute prin intermediul legii penale, în care nu se regăsesc drepturile culturale care cuprind, printre altele, drepturile de proprietate industrială.

Sub aspectul prezentării cu aproximație a categoriilor de drepturi apărute de legea penală, nu se deosebește mult de propunerea lui L.G. Macikoski cea formulată de A.S. Kurmanov. Acesta recomandă ca noua denumire a cap.19 din Partea specială a CP FR să fie: „Infrațiuni contra drepturilor și libertăților personale, politice, sociale și intelectuale ale omului”¹⁵.

La rândul său, deși face abstracție de contradicția „drepturile omului/drepturile cetățeanului”, D.D. Skrebet pune pe tapet o problemă nu mai puțin interesantă vizând obiectul juridic generic al infracțiunilor prevăzute în cap.19 din Partea specială a CP FR: „În cadrul capitolului 19 din Partea specială a Codului penal al Federației Ruse, sunt concentrate nu toate normele care stabilesc răspunderea penală pentru violarea drepturilor constituționale. O parte din aceste drepturi (de exemplu, dreptul la viață și la integritate fizică și psihică, dreptul de proprietate etc.) sunt ocrotite de normele penale din cadrul altor capitole ale legii penale. În consecință, denumirea capitolului 19 din Partea specială a Codului penal al Federației Ruse trebuie să fie reformulată în felul următor: «Infrațiuni contra unor drepturi și libertăți constituționale ale omului și cetățeanului»”¹⁶.

Sintetizând toate aceste viziuni, ajungem la concluzia că denumirea cap.V al Părții speciale a CP RM trebuie reformulată din „Infrațiuni contra drepturilor politice, de muncă și altor drepturi constituționale ale cetățenilor” în „Infrațiuni contra unor drepturi și libertăți constituționale ale persoanei”. Or, să nu uităm că, potrivit prevederilor art.2 CP RM, nu omul, dar persoana („ființa umană considerată din momentul declanșării nașterii și până la încetarea ei din viață”¹⁷) este cea privită drept componentă a ordinii de drept, apărută de legea penală.

Care drept sau libertate constituțională a persoanei este afectată prin săvârșirea infracțiunilor prevăzute la art.185² și 185³ CP RM?

Este vorba de libertatea creației, proclamată la art.33 al Constituției Republicii Moldova: „Libertatea creației artistice și științifice este garantată. Creația nu este supusă cenzurii. Dreptul cetățenilor la proprietatea intelectuală, interesele lor materiale și morale ce apar în legătură cu diverse genuri de creație intelectuală sunt apărute de lege. Statul contribuie la păstrarea, la dezvoltarea și la propagarea realizărilor culturii și științei, naționale și mondiale”. În Constituția României, libertatea creației este privită ca o fațetă a libertății de exprimare. Conform art.30 al Constituției României, libertatea de exprimare a gândurilor, a opiniilor sau a credințelor și libertatea creațiilor de orice fel, prin viu grai, prin scris, prin imagini, prin sunete sau prin alte mijloace de comunicare în public, sunt inviolabile.

Fără puțință de tăgadă, libertatea de creație face parte din axele spirituale ale oricărei națiuni. O națiune crește și supraviețuiește numai prin ceea ce creează. Respectiv, o creație organică nu este posibilă decât prin libertate și prin conștiința autonomiei actului spiritual. Libertatea de creație nu este ea însăși decât partea dintr-un întreg al libertății, din totalul libertății de exprimare. Creația nu poate fi despărțită de libertate, pentru că numai cel liber creează.

În structura libertății de creație, D.E. Korceaghina distinge: 1) dreptul la crearea condițiilor pentru creație și realizarea proprietății intelectuale în temeiuri legale; 2) dreptul la autorealizare în cadrul procesului creativ, fără nici o limită, în afară de limitele stabilite de lege în vederea apărării intereselor publice și a intereselor altor persoane; 3) dreptul la protecția rezultatelor creației sub formă de proprietate intelectuală¹⁸.

Pentru prezentul studiu, o semnificație mai pronunțată o are cel de-al treilea aspect enunțat mai sus.

Tocmai de aceea, considerăm că, prin săvârșirea infracțiunilor prevăzute la art.185² și 185³ CP RM, **obiectul juridic special** este întotdeauna reprezentat de relațiile sociale cu privire la realizarea, în conformitate cu art.33 din Constituție, a dreptului la libertatea creației. Diferă doar aspectele protejării acestor valori și relații sociale. Astfel, în urma analizei dispozițiilor de la art.185² și 185³ CP RM, deducem că aceste aspecte sunt:



1) aspectul protejării dreptului asupra obiectelor de proprietate industrială împotriva faptei de răspândire a informațiilor privind invenția, modelul de utilitate, desenul sau modelul industrial, soiul de plantă, topografia circuitului integrat fără consimțământul autorului (creatorului) sau al succesorului său în drepturi, până la publicarea oficială a datelor din cererea de înregistrare, de către o persoană căreia aceste informații i-au fost încredințate sau i-au devenit cunoscute în alt mod, precum și a faptei de însușire frauduloasă de către un terț a calității de autor al invenției, al modelului de utilitate, al desenului sau modelului industrial, al soiului de plantă, al topografiei circuitului integrat sau de constrângere la coautorat, dacă această faptă a cauzat daune în proporții mari (în cazul infracțiunii prevăzute la alin.(1) art.185² CP RM);

2) aspectul protejării dreptului asupra obiectelor de proprietate industrială împotriva faptei de utilizare fără consimțământul titularului a mărcii protejate sau a unui semn care, din cauza identității ori similitudinii cu marca înregistrată și a identității ori similitudinii produselor sau serviciilor acoperite de semn și de marcă, generează riscul de confuzie în percepția consumatorului, aplicarea semnului pe produse sau pe ambalaje, precum și utilizarea lui în calitate de ambalaj în cazul mărcilor tridimensionale, oferirea produselor sub acest semn spre comercializare sau comercializarea ori stocarea lor în acest scop, sau, după caz, oferirea ori prestarea serviciilor sub acest semn, importul sau exportul produselor sub acest semn, utilizarea semnului în publicitate, multiplicarea, stocarea sau comercializarea semnului în scopurile menționate, precum și îndemnarea terților la efectuarea acestor acțiuni, dacă această faptă a cauzat daune în proporții mari (în ipoteza infracțiunii prevăzute la alin.(2) art.185² CP RM);

3) aspectul protejării dreptului asupra obiectelor de proprietate industrială împotriva faptei de utilizare comercială directă sau indirectă a unei denumiri de origine/indicații geografice înregistrate pentru produsele neacoperite de înregistrare, în măsura în care aceste produse sunt comparabile cu cele înregistrate sub această denumire, sau în măsura în care această utilizare permite a profita de reputația denumirii protejate, precum și uzurparea, imitarea sau evocarea asociațiilor legate de o denumire de origine/indicație geografică înregistrată, chiar dacă originea adevărată a produsului este indicată sau dacă denumirea protejată este folosită în traducere ori este însoțită de o expresie, cum ar fi „de genul”, „de tipul”, „de stilul”, „imitație” ori de alte expresii similare, indicarea falsă sau înșelătoare cu privire la proveniența, originea, natura sau calitățile esențiale ale produsului, care figurează pe produs sau pe ambalajul acestuia, în publicitate, precum și utilizarea în calitate de ambalaj a unui recipient de natură să creeze o impresie eronată în privința originii produsului, desfășurarea unor practici susceptibile să-l inducă în eroare pe consumator, în ceea ce privește originea adevărată

a produsului, precum și îndemnarea terților la efectuarea acestor acțiuni, dacă această faptă a cauzat daune în proporții mari (în situația infracțiunii prevăzute la alin. (2¹) art.185² CP RM);

4) aspectul protejării dreptului asupra obiectelor de proprietate industrială împotriva faptei de orice practică susceptibilă să-l inducă în eroare pe consumator, referitor la o denumire a specialității tradiționale garantate, orice imitare a unei denumiri înregistrate și rezervate conform legislației cu privire la protecția indicațiilor geografice, denumirilor de origine și specialităților tradiționale garantate, orice folosire în comerț a denumirilor de produse care ar putea fi confundate cu denumirile specialităților tradiționale garantate, înregistrate cu rezervarea denumirii conform legislației cu privire la protecția indicațiilor geografice, denumirilor de origine și specialităților tradiționale garantate, orice uzurpare abuzivă sau înșelătoare a mențiunii „Specialitate tradițională garantată” și a simbolului național asociat acesteia, precum și îndemnarea terților la efectuarea acestor acțiuni, dacă această faptă a cauzat daune în proporții mari (în cazul infracțiunii prevăzute la alin.(2²) art.185² CP RM);

5) aspectul protejării dreptului asupra obiectelor de proprietate industrială împotriva faptei de utilizare ilegală în sensul alin.(2¹) art.185² CP RM a unei denumiri de origine/indicații geografice neînregistrate, protejate în baza acordurilor bilaterale la care Republica Moldova este parte, precum și îndemnarea terților la efectuarea acestor acțiuni, dacă această faptă a cauzat daune în proporții mari (în ipoteza infracțiunii prevăzute la alin. (2³) art.185² CP RM);

6) aspectul protejării dreptului asupra obiectelor de proprietate industrială împotriva faptei de fabricare, import, export, transportare, oferire spre vânzare, vânzare, alt mod de punere în circulație economică sau stocare în aceste scopuri a produsului, de folosire de procedee, ceea ce constituie invenții sau modele de utilitate ori include obiectul invenției sau al modelului de utilitate protejate, pentru care, în conformitate cu legislația, este necesară autorizarea din partea titularului, efectuate fără această autorizare, precum și de îndemnare a terților la efectuarea acestor acțiuni, dacă această faptă a cauzat daune în proporții mari (în situația faptei infracționale prevăzute la alin.(3) art.185² CP RM);

7) aspectul protejării dreptului asupra obiectelor de proprietate industrială împotriva faptei de fabricare, import, export, oferire spre vânzare, vânzare, alt mod de punere în circulație economică sau stocare în aceste scopuri a produsului obținut prin aplicarea desenului sau modelului industrial protejate, dacă acest produs, integral sau într-o măsură substanțială, este o copie a desenului sau a modelului industrial protejate, pentru care, în conformitate cu legislația, este necesară autorizare din partea titularului, efectuate fără această autorizare, precum și de îndemnare a terților la efectuarea acestor acțiuni, dacă această faptă a cauzat daune în



proporții mari (în cazul infracțiunii prevăzute la alin. (4) art.185² CP RM);

8) aspectul protejării dreptului asupra obiectelor de proprietate industrială împotriva faptei de producere, reproducere, condiționare în scop de înmulțire, de oferire spre vânzare, vânzare sau alte forme de comercializare, de import, export sau stocare în aceste scopuri a materialului soiului de plantă pentru care, în conformitate cu legislația, este necesară autorizare din partea titularului, efectuate fără această autorizare, precum și de îndemnare a terților la efectuarea acestor acțiuni, dacă această faptă a cauzat daune în proporții mari (în ipoteza infracțiunii prevăzute la alin.(5) art.185² CP RM);

9) aspectul protejării dreptului asupra obiectelor de proprietate industrială împotriva faptei de reproduce a topografiei circuitului integrat sau a unei părți a acesteia, import, export, oferire spre vânzare, vânzare sau distribuie în orice alt mod în scopuri comerciale a topografiei circuitului integrat pentru care, în conformitate cu legislația, este necesară autorizare din partea titularului, efectuate fără această autorizare, precum și de îndemnare a terților la efectuarea acestor acțiuni, dacă această faptă a cauzat daune în proporții mari (în situația faptei infracționale prevăzute la alin.(6) art.185² CP RM);

10) aspectul protejării dreptului asupra obiectelor proprietății intelectuale împotriva faptei de declarații intenționate false, de operare intenționată cu înregistrări false în documentele ce țin de protecția proprietății intelectuale, precum și de falsificare a documentelor necesare eliberării titlului de protecție, de perfectare intenționată a documentelor falsificate sau de prezentare intenționată de documente cu date care subminează autoritatea solicitantului de protecție a obiectului de proprietate intelectuală (în cazul infracțiunii prevăzute la art.185³ CP RM).

În cele ce urmează, pe calea comparației, vom încerca să identificăm obiectul juridic special pentru fiecare dintre infracțiunile prevăzute în legile extrapenale, care conțin dispoziții de incriminare a faptelor în domeniul proprietății industriale, din legislația României.

Astfel, după cum am menționat în 2.2, infracțiunea prevăzută la alin.(1) art.185² CP RM, comportă similarități cu infracțiunile prevăzute la art.58 și 60 ale Legii nr.64 a României din 11.10.1991 privind brevetele de invenție, art.41 și 43 ale Legii nr.129 a României din 29.12.1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale, precum și art.27 și 40 ale Legii nr.255 a României din 31.12.1998 privind protecția noilor soiuri de plante.

Infracțiunile, specificate la alin.(2) și (2¹) art.185² CP RM, prezintă anumite afinități cu infracțiunile prevăzute la art.83 și 86 ale Legii nr.84 a României din 15.04.1998 privind mărcile și indicațiile geografice. În același timp, infracțiunile, specificate la alin.(2²) și (2³) art.185² CP RM, nu au corespondențe în legislația penală română.

Infracțiunea, prevăzută la alin.(3) art.185² CP RM, se aseamănă, în anumite privințe, cu infracțiunea specificată la art.59 al Legii nr.64 a României din 11.10.1991 privind brevetele de invenție.

Infracțiunea, prevăzută la alin.(4) art.185² CP RM, comportă similarități cu infracțiunile prevăzute la art.42 al Legii nr.129 a României din 29.12.1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale.

Infracțiunea, specificată la alin.(5) art.185² CP RM, se aseamănă, în anumite privințe, cu unele dintre infracțiunile prevăzute la art.27 și 40 ale Legii nr.255 a României din 31.12.1998 privind protecția noilor soiuri de plante.

Infracțiunea, prevăzută la alin.(6) art.185² CP RM, prezintă anumite afinități cu infracțiunile prevăzute la art.40 al Legii nr.16 a României din 06.03.1995 privind protecția topografiilor circuitelor integrate.

Infracțiunea, specificată la art.185³ CP RM, comportă similarități cu unele dintre infracțiunile prevăzute la art.40 al Legii nr.255 a României din 31.12.1998 privind protecția noilor soiuri de plante.

În urma pertractării dispozițiilor tuturor acestor reglementări din legislația României (pertractare pe care am efectuat-o în plan comparativ în 2.2), respectând consecutivitatea acestor reglementări, putem deduce că valorile și relațiile sociale, care suferă atingere sunt:

a) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de invenții), apărute sub aspectul respectării dreptului inventatorului de a fi recunoscut autor al invenției (în cazul infracțiunii prevăzute la art.58 al Legii nr.64 a României din 11.10.1991 privind brevetele de invenție);

b) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de invenții), apărute sub aspectul respectării dreptului solicitantului cererii de brevet de a nu-i fi divulgată, fără acordul său, invenția care face obiectul cererii de brevet, până la publicarea acesteia (în ipoteza infracțiunii prevăzute la art.60 al Legii nr.64 a României din 11.10.1991 privind brevetele de invenție);

c) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de desene sau modele industriale), apărute sub aspectul respectării dreptului creatorului desenului sau modelului industrial de a fi recunoscut autor al acestuia (în situația infracțiunii specificate la art.41 din Legea nr.129 a României privind protecția desenelor și modelelor industriale);

d) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de desene sau modele industriale), apărute sub aspectul respectării dreptului autorului desenului sau modelului industrial ori al succesorului acestuia în drepturi de a nu fi divulgate, fără acordul său, datele cuprinse în cererea de înregistrare a desenului sau modelului industrial, până la publicarea acesteia (în cazul infracțiunii prevăzute la art.43 din Legea nr.129 a României privind protecția desenelor și modelelor industriale);



e) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul respectării dreptului amelioratorului de a nu fi divulgate, fără acordul său, datele și informațiile reprezentând un secret comercial referitor la un soi nou, până la publicarea descrierii acestuia de către OSIM (în cazul infracțiunii prevăzute la lit.h) art.40 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante);

f) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de mărcile și indicațiile geografice), apărute sub aspectul respectării dreptului titularului mărcii de a interzice contrafacerea, imitarea sau folosirea fără drept a unei mărci de a sa, cât și a dreptului nepatrimonial al acestuia de a cere excluderea de la protecție și exceptarea de la înregistrare a mărcilor care sunt de natură să inducă publicul în eroare cu privire la calitatea produsului sau a serviciului care poartă marca titularului (în ipoteza infracțiunii prevăzute la lit.a) alin.(1) art.83 al Legii nr.84 a României privind mărcile și indicațiile geografice);

g) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de mărcile și indicațiile geografice), apărute sub aspectul respectării dreptului titularului mărcii de a interzice punerea în circulație, fără drept, a produselor care poartă această marcă, cât și a dreptului nepatrimonial al acestui titular de a cere refuzul înregistrării unei mărci care este identică cu marca lui, iar produsele sau serviciile pentru care înregistrarea mărcii a fost cerută sunt identice cu cele pentru care marca lui este protejată (în situația faptei infracționale specificate la lit.b) alin.(1) art.83 al Legii nr.84 a României privind mărcile și indicațiile geografice);

h) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de mărcile și indicațiile geografice), apărute sub aspectul respectării dreptului persoanei autorizate să folosească indicația geografică de a interzice punerea în circulație, fără drept, a produselor care poartă această indicație geografică, precum și a dreptului nepatrimonial al acestei persoane de a cere excluderea de la înregistrare a indicațiilor geografice susceptibile de a induce publicul în eroare asupra originii geografice a produselor care poartă indicația geografică respectivă (în cazul infracțiunii prevăzute la lit.c) alin.(1) art.83 al Legii nr.84 a României privind mărcile și indicațiile geografice);

i) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de mărcile și indicațiile geografice), apărute sub aspectul respectării dreptului titularului mărcii de a interzice folosirea, fără consimțământul său, a unui semn identic cu marca pentru produse sau servicii identice cu acelea pentru care marca a fost înregistrată, a dreptului titularului mărcii de a interzice folosirea, fără consimțământul său, a unui semn care, dată fiind identitatea sau asemănarea cu marca înregistrată a titularului ori dată fiind identitatea sau asemănarea produselor sau serviciilor pentru care marca a fost înregistrată, ar produce în percepția publicului un risc

de confuzie, incluzând și riscul de asociere a mărcii cu semnul, ori a dreptului titularului mărcii de a interzice folosirea, fără consimțământul său, a unui semn identic sau asemănător cu marca pentru produse sau pentru servicii diferite de cele pentru care marca este înregistrată, când aceasta din urmă a dobândit un renume în România și dacă din folosirea semnului, fără motive întemeiate, s-ar putea profita de caracterul distinctiv ori de renumele mărcii sau dacă folosirea semnului ar cauza titularului un prejudiciu (în ipoteza infracțiunii prevăzute la alin.(2) art.83 al Legii nr.84 a României privind mărcile și indicațiile geografice);

j) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de mărcile și indicațiile geografice), apărute sub aspectul respectării dreptului titularului mărcii sau al persoanei autorizate să folosească indicația geografică de a interzice inducerea în eroare a consumatorilor de produse sau servicii purtând mărci sau indicații geografice care îi aparțin, precum și al dreptului titularului mărcii sau al persoanei autorizate să folosească o indicație geografică de a interzice orice utilizare a mărcilor și indicațiilor geografice, contrară practicilor loiale în activitatea industrială sau comercială (în situația faptei infracționale specificate la art.86 al Legii nr.84 a României privind mărcile și indicațiile geografice);

k) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de invenții), apărute sub aspectul respectării dreptului de exploatare a invenției, a dreptului de a interzice terților să efectueze, fără consimțământul titularului, fie fabricarea, vânzarea, oferirea spre vânzare, folosirea, importul în vederea vânzării, oferirii spre vânzare sau folosirii produselor, fie utilizarea procedeului, precum și folosirea, oferirea spre vânzare, vânzarea sau importul în aceste scopuri a produsului obținut direct prin procedeul brevetat, a dreptului inventatorului de a i se menționa numele, prenumele și calitatea în brevetul eliberat, în carnetul de muncă, precum și în orice alte acte sau publicații privind invenția sa etc. (în cazul infracțiunii prevăzute la art.59 al Legii nr.64 a României din 11.10.1991 privind brevetele de invenție);

l) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de desene sau modele industriale), apărute sub aspectul respectării dreptului titularului certificatului de înregistrare a desenului sau modelului industrial de a interzice terților să efectueze, fără autorizarea sa, reproducerea, fabricarea, comercializarea sau oferirea spre vânzare, folosirea, importul sau stocarea în vederea comercializării, oferirii spre vânzare sau folosirii desenului sau modelului industrial al produsului în care acesta este încorporat (în ipoteza infracțiunii prevăzute la art.42 al Legii nr.129 a României din 29.12.1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale);

m) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul



mul respectării dreptului titularului brevetului de soi de a exploata noul soi și a dreptului acestui titular de a interzice oricărei persoane să efectueze, fără autorizația sa, producerea sau reproducerea materialului de înmulțire sau a materialului recoltat din soiul protejat (în ipoteza infracțiunii prevăzute lit.a) art.27 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante);

n) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul respectării dreptului titularului brevetului de soi de a exploata noul soi și a dreptului acestui titular de a interzice oricărei persoane să efectueze, fără autorizația sa, condiționarea în scopul înmulțirii materialului de înmulțire sau a materialului recoltat din soiul protejat (în situația faptei infracționale specificate la lit.b) art.27 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante);

o) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul respectării dreptului titularului brevetului de soi de a exploata noul soi și a dreptului acestui titular de a interzice oricărei persoane să ofere spre vânzare, fără autorizația sa, materialul de înmulțire sau materialul recoltat din soiul protejat (în cazul infracțiunii prevăzute la lit.c) art.27 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante);

p) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul respectării dreptului titularului brevetului de soi de a exploata noul soi și a dreptului acestui titular de a interzice oricărei persoane să vândă sau să comercializeze în orice altă formă, fără autorizația sa, materialul de înmulțire sau materialul recoltat din soiul protejat (în ipoteza infracțiunii prevăzute lit.d) art.27 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante);

q) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul respectării dreptului titularului brevetului de soi de a exploata noul soi și a dreptului acestui titular de a interzice oricărei persoane să importe, fără autorizația sa, materialul de înmulțire sau materialul recoltat din soiul protejat (în situația faptei infracționale specificate la lit.e) art.27 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante);

r) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul respectării dreptului titularului brevetului de soi de a exploata noul soi și a dreptului acestui titular de a interzice oricărei persoane să exporte, fără autorizația sa, materialul de înmulțire sau materialul recoltat din soiul protejat (în cazul infracțiunii prevăzute la lit.f) art.27 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante);

s) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul respectării dreptului titularului brevetului de soi de a

exploata noul soi și a dreptului acestui titular de a interzice oricărei persoane să depoziteze, fără autorizația sa, materialul de înmulțire sau materialul recoltat din soiul protejat, pentru unul din scopurile menționate la lit.a)-f) alin.(1) art.27 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante (în ipoteza infracțiunii prevăzute lit.g) art.27 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante);

t) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul respectării dreptului de a pretinde folosirea denumirii înregistrate a soiului pentru materialul de înmulțire aparținând acestui soi, oferit spre vânzare sau comercializare, chiar după expirarea termenului de valabilitate a protecției soiului (în situația faptei infracționale specificate la lit.a) art.40 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante);

u) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul respectării dreptului de a interzice folosirea denumirii înregistrate a unui nou soi pentru materialul de înmulțire, produs și vândut, care nu aparține acestui soi (în cazul infracțiunii prevăzute la lit.b) art.40 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante);

v) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul respectării dreptului titularului brevetului de soi de a cere ca denumirea soiului să nu inducă în eroare sau să nu dea naștere la confuzii cu privire la caracterele soiului, la valoarea sau la identitatea acestuia sau a amelioratorului (în ipoteza infracțiunii prevăzute lit.c) art.40 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante);

w) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul respectării dreptului de a interzice oricărei persoane să comercializeze material de înmulțire având mențiunea falsă că aparține soiului pentru care s-a acordat brevet de soi (în situația faptei infracționale specificate la lit.d) art.40 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante);

x) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de topografiile circuitelor integrate), apărute sub aspectul respectării dreptului titularului topografiei înregistrate de a permite sau a interzice altor persoane să exploateze topografia sau a dreptului titularului topografiei înregistrate de a interzice altor persoane să vândă circuite integrate contrafăcute (în cazul infracțiunilor prevăzute la art.40 din Legea nr.16 privind protecția topografiilor circuitelor integrate);

y) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul respectării dreptului solicitantului de a-i fi înregistrată cererea de brevet de soi (în cazul infracțiunii prevăzute la lit.e) art.40 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante);



z) relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul respectării dreptului solicitantului de a se recunoaște valabilitatea testelor de creștere și de a-i fi acordat brevetul de soi în cazul confirmării acestor teste (în ipoteza infracțiunii prevăzute lit.f) art.40 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante);

z¹⁾ relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială (reprezentată de noile soiuri), apărute sub aspectul respectării dreptului titularului de brevet de soi de a pretinde de la persoanele, care folosesc soiul protejat în scopurile indicate la alin.(1) art.28 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante, informațiile necesare (în situația faptei infracționale specificate la lit.g) art.40 din Legea nr.255 a României privind protecția noilor soiuri de plante).

În urma analizei obiectului juridic generic și obiectului juridic special al infracțiunilor în domeniul proprietății industriale, pot fi formulate următoarele concluzii:

1) obiectul juridic generic al infracțiunilor, specificate la art.299 și 300 ale Codului penal român din 1968, îl formează relațiile sociale privind activitățile economice;

2) obiectul juridic generic pentru fiecare grup de infracțiuni contra proprietății industriale, prevăzute de o lege sau alta ce reglementează domeniul în cauză în legislația României îl constituie: relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială reprezentată prin invenții (în ipoteza infracțiunilor prevăzute la art.58-60 ale Legii nr.64 a României din 11.10.1991 privind brevetele de invenție); relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială reprezentată prin desene și modele industriale (în situația infracțiunilor specificate la art.41-43 ale Legii nr.129 a României din 29.12.1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale); relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială reprezentată prin topografiile circuitelor integrate (în cazul faptelor infracționale prevăzute la art.40 al Legii nr.16 a României din 06.03.1995 privind protecția topografiilor circuitelor integrate); relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială reprezentată prin mărcile și indicațiile geografice (în ipoteza infracțiunilor specificate la art.83 și 86 ale Legii nr.84 a României din 15.04.1998 privind mărcile și indicațiile geografice); relațiile sociale cu privire la proprietatea industrială reprezentată de noile soiuri de plante (în cazul infracțiunilor prevăzute la art.27 și 40 din Legea nr.255 a României din 31.12.1998 privind protecția noilor soiuri de plante);

3) în analiza noastră, vom privi ca bază conceptuală definiția cu caracter de normă, formulată în pct.2 al Anexei nr.1 la Hotărârea Guvernului Republicii Moldova cu privire la evaluarea obiectelor de proprietate intelectuală, nr.783 din 30.06.2003, coroborată cu prevederile art.185² și 185³ CP RM. În concluzie, în Republica Moldova, segmentele proprietății industriale, care beneficiază de apărare penală distinctă, sunt: invențiile;

modelele de utilitate; soiurile de plante; topografiile circuitelor integrate; denumirile de origine ale produselor; indicațiile geografice; specialitățile tradiționale garantate; mărcile de produse și mărcile de servicii; desenele și modelele industriale;

4) libertatea creației, proclamată la art.33 al Constituției Republicii Moldova, este libertatea constituțională a persoanei, afectată prin săvârșirea infracțiunilor prevăzute la art.185² și 185³ CP RM. Prin săvârșirea infracțiunilor prevăzute la art.185² și 185³ CP RM, obiectul juridic special este întotdeauna reprezentat de relațiile sociale cu privire la realizarea, în conformitate cu art.33 din Constituție, a dreptului la libertatea creației. Diferă doar aspectele protejării acestor valori și relații sociale.

Note:

¹ Brînza S., *Obiectul infracțiunilor contra patrimoniului*, Tipografia Centrală, Chișinău, 2005, p.35.

² Loghin O., Toader T., *Drept penal român*, Partea specială, Șansa, București, 1999, p.500.

³ Nistoreanu Gh., Boroi A., Molnar I. ș.a., *Drept penal*, Partea specială, Europa Nova, București, 1999, p.516.

⁴ Nistoreanu Gh., Boroi A., *Drept penal*, Partea specială, All Beck, București, 2002, p.406.

⁵ Bulai C., Bulai B.N., *Manual de drept penal*, Partea generală, Universul Juridic, București, 2007, p.200.

⁶ Brînza S., *op.cit.*, p.562-563.

⁷ Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights // http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm

⁸ *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2003, nr.138-140.

⁹ *Buletinul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova*, 2002, nr.3, p.7-17.

¹⁰ Enache S.I.-Șt., *Managementul investigării fraudelor din domeniul proprietății intelectuale*: Rezumat al tezei de doctorat, București, 2011, p.6-7.

¹¹ Macovei I., Dominte N.-R., *Dreptul proprietății intelectuale*, Universitatea „Al.I. Cuza”, Iași, 2008, p.9; Cocoș Șt., *ABC-ul protecției și valorificării proprietății industriale*, Rosetti, București, 2004, p.15.

¹² *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 1994, nr.1.

¹³ *Monitorul Oficial al României*, 1991, nr.233.

¹⁴ Мачковский Л.Г., *Преступления против конституционных прав человека и гражданина: проблемы теории и практики правового регулирования*: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук, Москва, 2005, с.9.

¹⁵ Курманов А.С., *Состояние и перспективы развития уголовного законодательства России о защите конституционных прав и свобод человека: сравнительное теоретико-правовое исследование*: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук, Екатеринбург, 2008, с.12.

¹⁶ Скребец Д.Д., *Уголовно-правовые аспекты борьбы с преступлениями против изобретательских и патентных прав*: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук, Саратов, 2008, с.20.

¹⁷ Popescu T., *Definirea persoanei în Codul penal în Revista de drept penal*, 1998, nr.3, p.41.

¹⁸ Корчагина Д.Э., *Конституционное право на свободу творчества и охрану интеллектуальной собственности в России и США: сравнительно-правовое исследование*: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук, Москва, 2010, с.13.



VICTIMA INFRAȚIUNII DE VIOLARE DE DOMICILIU

Radu ȘTEFĂNUȚ,
doctorand (USM)

Recenzent: **Sergiu BRÎNZA**, doctor habilitat în drept, profesor universitar (USM)

SUMMARY

In this article, it is argued that the respect for the inviolability of the place of abode is not linked to an ownership right (or other real right) on the immovable property related to the place of abode. Therefore, at the qualification of the offence provided by art.179 PC RM or art.192 PC Rom from 1968, the status of the victim (of the passive subject) does not matter. This is because the penal law is not interested in the legitimacy of the position of the victim (of the passive subject), but in the illegality of the offender's behavior. It is important that the victim (the passive subject) to be the holder of the constitutional right to inviolability of the place of abode. It is also shown that only a natural person can evolve as the holder of the right to inviolability of the place of abode. So only a natural person may be recognized as a victim of the offence of trespassing.

În doctrina penală română, subiectul pasiv al infracțiunii, specificată la art.192 CP Rom. din 1968, este caracterizat astfel: „persoana al cărei domiciliu este violat”¹; „persoana fizică al cărei domiciliu a fost violat”²; „persoana care folosește domiciliul violat și care are dreptul să permită sau să refuze intrarea sau rămânerea în domiciliu a unei persoane”³; „orice persoană în folosința căreia se află locuința, încăperea, dependința sau locul împrejmuit ținând de acestea în care făptuitorul a pătruns fără drept”⁴.

În teoria dreptului penal al Republicii Moldova, victima infracțiunii, prevăzută la art.179 CP RM, este caracterizată în felul următor: „Victima infracțiunii în cauză poate fi orice persoană – cetățean al Republicii Moldova, cetățean străin sau apatrid. La calificare, nu are importanță statutul victimei: proprietar; chiriaș; membru al familiei, care are dreptul de abitație etc. De asemenea, nu contează dacă victima are sau nu viză de reședință. Legea penală nu se interesează de legitimitatea poziției victimei, ci de ilegalitatea conduitei făptuitorului”⁵; „Lipsa consimțământului proprietarului (sau a titularului unui alt drept real) nu este întotdeauna relevantă și nu poate fi pusă la baza calificării unei fapte conform art.179 CP RM. Nu întotdeauna aceeași persoană cumulează calitățile de titular al dreptului la inviolabilitatea domiciliului și de titular al dreptului de proprietate asupra imobilului aferent aceluși domiciliu. E și firesc. Pentru că violarea de domiciliu nu este o infracțiune contra patrimoniului. Spre deosebire de infracțiunea de tulburare de posesie (art.193 CP RM). Mai mult, violarea de domiciliu poate avea o tentă patrimonială numai atunci când subiectul săvârșește această infracțiune la comandă,

în vederea primirii unei remunerații materiale. În alte cazuri, este de neconceput ca interesul material să fie motivul care-l ghidează pe făptuitor la săvârșirea acestei infracțiuni. Motivele violării de domiciliu sunt: curiozitatea, năzuința facilitării săvârșirii unei alte infracțiuni etc. Atunci însă când motivul constă în interesul material (cu excepția cazului de obținere a remunerației materiale), presupunând că făptuitorul are intenția să-și atribuie ilegal toate sau unele prerogative ale proprietarului bunului imobil aferent unui domiciliu, aplicabil va fi nu art.179 CP RM, dar art.193 CP RM”⁶.

Astfel, se sugerează că legea penală ocrotește deținătorul de fapt al spațiului domiciliar, indiferent cât este de precar titlul său, împotriva oricăror acte ilegale ale unei persoane, deoarece legalitatea într-un stat de drept implică folosirea căilor legale de realizare a dreptului, opunându-se oricărei încercări a cetățenilor de a-și face dreptate singuri.

Această opinie își găsește susținere și în alte surse: „Dreptul la inviolabilitatea domiciliului îl pot avea chiar și persoanele care nu au nici un drept asupra locuinței”⁷; „Victima infracțiunii de violare de domiciliu poate fi chiar și persoana care locuiește în spațiul respectiv fără vreun temei legal”⁸; „Obiectul juridic special al infracțiunii de violare de domiciliu privește nu dreptul de proprietate asupra bunurilor (imobile sau mobile) unde persoana fizică își derulează viața intimă, familială sau privată, ci libertatea de a avea o viață domestică netulburată”⁹; „Nu este nevoie ca subiectul pasiv să fie proprietarul locuinței sau ca locuirea să se facă în baza unui titlu formal”¹⁰.

Edifiantă în contextul analizat este hotărârea CEDO



în cauza *Surugiu versus România*¹¹. Conform acesteia, dreptul la respectarea vieții private și familiale a oricărei persoane nu este supus nici unei restricții, nici măcar din partea proprietarului imobilului respectiv. În opinia Curții, interpretarea dată de Guvernul României dispozițiilor din art. 192 CP Rom. din 1968 este eronată și de rea-credință, întrucât aceasta ar însemna că proprietarului i-ar fi permis, în orice moment, să încalce domiciliul eventualului chiriaș, împiedicându-l să aibă o viață privată și familială.

Admițând că dreptul la respectarea domiciliului nu era condiționat de existența unui drept de proprietate asupra imobilului ales ca domiciliu, Guvernul României a subliniat că un terț nu ar trebui să-și stabilească domiciliul într-un imobil asupra căruia nu ar avea nici măcar dreptul de folosință. Or, conform Guvernului României, reclamantul avea drept de proprietate doar asupra clădirii fostei CAP, și nu asupra terenului aferent. În această privință, el precizează că numai începând cu 03.09.1998 reclamantul, Mitică Surugiu, se putea prevala de dreptul de proprietate asupra terenului în litigiu, drept care totuși avea un caracter incert, date fiind litigiile aflate pe rol între societatea E. și M.O. Reclamantul a susținut că avea drept de proprietate asupra fostului sediu al CAP și asupra terenului aferent pe care-și stabilise domiciliul și aceasta în temeiul contractului încheiat în 1994 cu societatea E., al cărei acționar unic era, societate care achiziționase legal imobilul în litigiu prin licitație publică, în 1991. El a adăugat că plătește, din 1994, nu numai impozitele pentru clădirea fostei CAP, ci și pentru terenul de 1000 m², aferent acesteia.

CEDO a observat că prezenta cauză nu se referă, având în vedere situația de fapt, la o ingerință a autorităților publice în exercitarea dreptului la respectarea domiciliului, astfel cum este garantat prin art. 8 din Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, ci la inacțiunea autorităților în ceea ce privește încetarea atingerilor aduse de terțe persoane dreptului reclamantului prevăzut de dispoziția citată anterior. În acest sens, CEDO a amintit că, dacă art. 8 din Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale are, în principal, ca obiect protejarea individului împotriva ingerințelor arbitrare ale autorităților publice, acesta implică, de asemenea, adoptarea de către acestea a măsurilor menite să asigure respectarea drepturilor garantate prin acest articol, mergând până la relațiile dintre particulari. Curtea a subliniat că îngădirea dreptului la respectarea domiciliului invocată de reclamant se referă la o perioadă de aproximativ 5 ani și jumătate, începând din 13.11.1995, dată la care

autoritățile administrative desemnate să aplice legea privind fondul funciar i-au eliberat lui M.O. un titlu de proprietate asupra terenului pe care se afla casa reclamantului, și până în 18.05.2001, dată de la care, așa cum reiese din situația de fapt, respectivele ingerințe au încetat și reclamantului nu i s-a mai îngădit dreptul la respectarea domiciliului.

CEDO a observat că, în timpul perioadei luate în considerare, toate plângerile penale ale reclamantului privind violarea de domiciliu s-au încheiat cu ordonanțe succesive de neîncepere a urmăririi penale, în ciuda declarațiilor mai multor martori care informaseră organele de anchetă cu privire la intenția lui M.O. și a membrilor familiei sale de a demola casa reclamantului, și deciziile definitive din 17.02.1995, 09.06.1998, 05.06.2000 și 21.12.2000, confirmând dreptul de proprietate al societății E. asupra terenului în litigiu. Curtea a considerat ca deosebit de frapant faptul că polițistii, alertați de reclamant în urma incidentului din 12.06.1997, s-au dus la fața locului și, fără să intervină, s-au mărginit, pur și simplu, să redacteze un proces-verbal, fapte pe care Guvernul nu le contestă. În opinia CEDO, faptul că o controversă juridică a avut loc privind validitatea dreptului de proprietate al reclamantului asupra terenului aferent imobilului în care își stabilise domiciliul nu poate exonera autoritățile de orice responsabilitate în ceea ce privește îngădirile repetate, din partea unor terți, ale dreptului garantat de art. 8 din Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale.

Concluzia se impune cu atât mai mult, cu cât faptele evidențiază clar că autoritățile administrative locale din Fălticeni sunt cele care au creat și întreținut controversa, în special eliberând unui terț un al doilea titlu de proprietate asupra terenului aferent imobilelor CAP după o hotărâre definitivă care confirma dreptul de proprietate al societății E. asupra terenului respectiv și contestând neîncetat dreptul de proprietate al societății respective asupra terenului în litigiu, în pofida deciziilor definitive succesive, pe care erau obligate să le execute. Presupunând că, într-o primă etapă, inacțiunea autorităților s-ar fi putut explica prin faptul că unuia dintre terți respectivi i se acordase un titlu de proprietate asupra terenului pe care se afla casa reclamantului, faptele speței evidențiază clar că, chiar după data la care acest titlu de proprietate a fost anulat prin hotărâre definitivă, autoritățile nu au reacționat suficient de rapid pentru a-l pune pe reclamant în posesia terenului și a pune capăt ingerințelor repetate ale terților în exercitarea dreptului său garantat prin art. 8 din Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor



Omului și a Libertăților Fundamentale.

Sub acest aspect, CEDO a considerat deosebit de frapant faptul că, după Hotărârea definitivă din 06.10.1999, prin care titlul de proprietate al lui M.O. asupra terenului aferent imobilului reclamantului a fost anulat, abia la 18.05.2001, adică după un an și jumătate, o sancțiune administrativă i-a fost aplicată lui M.O., în timp ce încălcările dreptului reclamantului la respectarea domiciliului se pare că se repetau zilnic, fapt pe care Guvernul nu l-a contestat. Având în vedere cele de mai sus, CEDO a considerat că autoritățile competente nu au depus eforturile la care se putea aștepta în mod normal, pentru a determina încetarea atingerilor aduse de către terți, timp de câțiva ani, dreptului reclamantului la respectarea domiciliului. În consecință, s-a încălcat art.8 din Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale.

Așadar, din analiza speței reproduse mai sus, ne putem convinge încă o dată că, pentru obținerea protecției domiciliului, nu are relevanță dacă titularul dreptului la inviolabilitatea domiciliului are vreun titlu cu care este deținut imobilul aferent domiciliului, și nici care este acest titlu. În legătură cu acest aspect, atragem atenția asupra Deciziei Curții Constituționale a României referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art.192 alin.(2) și (3) din Codul penal, nr.238 din 05.06.2003¹². Potrivit acestei decizii, prevederile alin.(2) art.192 CP Rom. din 1968 reglementează una dintre infracțiunile contra libertății persoanei (iar nu contra patrimoniului, cum se susține în motivarea excepției). Aceste dispoziții nu sunt contrare prevederilor alin.(2) art.41 din Constituția României, deoarece textul incriminează, indiferent de titular și de forma de proprietate sau posesie legală, pătrunderea fără drept, în orice mod, într-o locuință, încăpere, dependință sau loc împrejmuit ținând de aceasta, fără consimțământul persoanei care le folosește, sau refuzul de a-l părăsi la cererea acesteia, nefiind încălcat principiul ocrotirii în mod egal a proprietății private. Sancționarea mai aspră a pătrunderii fără drept, respectiv a refuzului de a părăsi locuința, în modalitatea săvârșirii acesteia pe timpul nopții, în raport cu varianta simplă a infracțiunii, este numai o consecință a pericolului social ridicat pe care îl reprezintă fapta săvârșită în împrejurările menționate.

În acest fel, decizia în cauză dezvoltă ideile formulate în literatura de specialitate: „Noțiunea de domiciliu nu este dependentă de dreptul de proprietate asupra unei case (spațiu de locuit)”¹³; „Libertatea persoanei de a se închide la sine în casă nu este un privilegiu al proprietății, ci un aspect al libertății acesteia,

un corolar al personalității, al libertății persoanei de a locui undeva. De aceea, infracțiunea de violare de domiciliu nu este contra patrimoniului. Așa se explică de ce nu constituie această infracțiune fapta locatarului care opune dreptul său asupra locuinței chiar proprietarului”¹⁴.

În acest mod, conchidem că respectarea inviolabilității domiciliului nu este condiționată de existența unui drept de proprietate (sau a unui alt drept real) asupra bunului imobil aferent domiciliului. De aceea, la calificarea faptei conform art.179 CP RM sau art.192 CP Rom. din 1968, nu are importanță statutul victimei (subiectului pasiv). Aceasta întrucât legea penală se interesează nu de legitimitatea poziției victimei (subiectului pasiv), dar de caracterul ilegal al comportamentului făptuitorului. Important este ca victima (subiectul pasiv) să fie titularul dreptului constituțional la inviolabilitatea domiciliului.

După ce am clarificat acest aspect, este cazul să ne pronunțăm asupra unei alte ipoteze vizând victima (subiectul pasiv) infracțiunii de violare de domiciliu.

Astfel, în opinia L.Gîrla și I.Tabarcea¹⁵, victima infracțiunii, prevăzută la art.179 CP RM, este fie persoana al cărei drept constituțional la inviolabilitatea domiciliului a fost încălcat, fie persoana care a fost supusă violenței sau amenințării cu violență în legătură cu pătrunderea în domiciliu. Așadar, condiționează oare pluralitatea de victime – dintre care una este influențată pe calea violenței sau a amenințării cu violență, iar alta nu este influențată pe această cale – o pluralitate de infracțiuni? Se va aplica oare, în acest caz, răspunderea în baza alin.(2) art.179 CP RM sau în baza alin.(1) art.179 și, de exemplu, art.78 al Codului contravențional?

În ce ne privește, considerăm că victima infracțiunii, specificată la art.179 CP RM, este în toate cazurile, fără excepție, cea care deține dreptul constituțional la inviolabilitatea domiciliului, care a fost încălcat. În ipoteza consemnată la alin.(2) art.179 CP RM, această persoană este cea supusă la violență sau la amenințarea cu violență. Însă aceasta nu înseamnă deloc că îi dispărește calitatea de titular al dreptului constituțional la inviolabilitatea domiciliului. În nici o situație, nu este posibil ca, în condițiile aplicării răspunderii conform alin.(2) art.179 CP RM, victima să nu fie titularul dreptului constituțional la inviolabilitatea domiciliului.

Probabil, L.Gîrla și I.Tabarcea au avut în vedere ipoteza când supusă la violență sau la amenințarea cu violență este o persoană care, de exemplu, se află în vizită la titularul dreptului constituțional la invio-



labilitatea domiciliului. În acest caz, putem deosebi următoarele variante de calificare:

1) se aplică răspunderea în baza alin.(1) art.179 și, de exemplu, art.78 al Codului contravențional, dacă se aplică violența sau amenințarea cu violența numai asupra persoanei care, de exemplu, se află în vizită la titularul dreptului constituțional la inviolabilitatea domiciliului;

2) se aplică răspunderea în baza alin.(2) art.179 și, de exemplu, art.78 al Codului contravențional, dacă se aplică violența sau amenințarea cu violența atât asupra titularului dreptului constituțional la inviolabilitatea domiciliului, cât și asupra persoanei care, de exemplu, se află în vizită la titularul dreptului constituțional la inviolabilitatea domiciliului.

Dar aceasta nu este singura problemă care poate apare în legătură cu pluralitatea de victime ale infracțiunii de violare de domiciliu. Întrebarea, care se impune, este: există oare o singură infracțiune, cu pluralitate de victime, dacă domiciliul violat aparține în comun mai multor persoane? În context, menționăm că, în legislație, este utilizată noțiunea de domiciliu comun. De exemplu, art.157 al Codului familiei al Republicii Moldova, adoptat de Parlamentul RM la 26.10.2000¹⁶, stabilește: drepturile și obligațiile personale nepatrimoniale și patrimoniale ale soților se determină de legislația statului în care își au domiciliul comun, iar în lipsa domiciliului comun – a legislației statului unde aceștia au avut ultimul domiciliu comun. Dacă soții nu au și nici nu au avut anterior un domiciliu comun, drepturile și obligațiile lor personale nepatrimoniale și patrimoniale se determină pe teritoriul Republicii Moldova în baza legislației RM.

Considerăm că, dacă domiciliul violat aparține în comun mai multor persoane, va exista o singură infracțiune de violare de domiciliu, cu pluralitate de victime. În art.179 CP RM, lipsește o circumstanță agravantă de genul celei prevăzute la lit.g) alin.(2) art.145 CP RM: „asupra a două sau mai multor persoane”. De aceea, circumstanța pluralității de victime poate fi luată în considerație la individualizarea pedepsei, specificată în sancțiunea art.179 CP RM.

O altă soluție se atestă în acel caz în care violarea se realizează în mai multe domiciliu. În această ipoteză, în prezența unei intenții unice de a le viola pe toate, vom fi în prezența unei infracțiuni unice prelungite (continuate) de violare de domiciliu. Vom fi în prezența unui concurs real de infracțiuni de violare de domiciliu, dacă violarea se realizează în mai multe domiciliu, iar în raport cu violarea fiecăruia dintre aceste domiciliu apare o intenție infracțională de sine stătătoare.

În legătură cu ipoteza pluralității de domiciliu violate, poate apare întrebarea privind posibilitatea evoluării unui subiect colectiv ca victimă a infracțiunii de violare de domiciliu. De asemenea, poate apare întrebarea dacă numai o persoană fizică sau și o persoană juridică poate evolua ca victimă a infracțiunii date.

În contextul discutat, să consemnăm că, de exemplu, conform art.16 al Legii condominiului în fondul locativ, adoptată de Parlamentul RM la 30.03.2000¹⁷, asociația de coproprietari se înființează din cel puțin doi proprietari pentru întreținerea, exploatarea și reparația locuințelor (încăperilor) ce le aparțin și a proprietății comune din condominiu, pentru asigurarea membrilor asociației cu servicii comunale și cu alte servicii, pentru reprezentarea și apărarea intereselor acestora; fondatori ai asociației de coproprietari pot fi proprietarii de locuințe (încăperi), indiferent de forma de proprietate, precum și agențiile teritoriale de privatizare sau autoritățile administrației publice locale.

Analizând problema în cauză, trebuie de menționat că dreptul la inviolabilitatea domiciliului este, în principiu, nu numai un drept personal nepatrimonial, dar și un drept inerent ființei umane ca persoană privată în mod individual. Astfel, este exclus ca dreptul la inviolabilitatea domiciliului să poată avea ca titular un subiect colectiv de drept. Aceasta întrucât o persoană juridică, fie chiar fără un scop patrimonial, nu poate avea o viață intimă, familială sau privată. Eventual, un subiect colectiv de drept ar putea interveni în mecanismul de protecție instituit de art.8 din Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale numai ca reprezentant al membrilor săi, dar nicidecum invocând că ar fi el însuși titularul dreptului la inviolabilitatea domiciliului. Prin urmare, sfera titularilor dreptului la inviolabilitatea domiciliului se limitează la persoana fizică privată în mod individual sau ca membru al unui grup social, atunci când aceste drepturi individuale se exercită în mod colectiv.

Se pare că o altă opinie în acest plan are C.A. Corbu. Aceasta consideră că hotărârea CEDO în cauza *Societes Colas Est și alții versus Franța* din 16.07.2002 va permite extinderea sferei titularilor dreptului la inviolabilitatea domiciliului spre întreaga categorie a persoanelor juridice, cu sau fără scop patrimonial. Dat fiind faptul că textul Convenției Europene pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale este un instrument viu, pe care CEDO îl interpretează în lumina dinamicii vieții sociale și având în vedere că jurisprudența europeană a lăsat loc unor incertitudini și unei evoluții interesante, fără a fi definitivă, considerăm că nu este exclusă apariția, în anu-



mite circumstanțe, a subiectelor colective de drept ca titulare ale dreptului la inviolabilitatea domiciliului¹⁸.

Considerăm că nu poate fi pusă la îndoială aplicabilitatea – în raport cu art.179 CP RM sau art.192 CP Rom. din 1968 – a art.8 din Convenția Europeană pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale în situația pătrunderii fără drept, în orice mod, în sediul sau locul unde o persoană juridică își desfășoară activitatea profesională, ori a refuzului de a le părăsi la cererea persoanei îndreptățite. Însă această aplicabilitate își are locul numai în măsura în care în astfel de locuri o persoană fizică își desfășoară activitățile domestice. O persoană juridică se poate individualiza printr-un sediu, nu printr-un domiciliu. Domiciliul este un atribut exclusiv al unei persoane fizice. De aceea, o persoană juridică nu poate fi titulară a dreptului la inviolabilitatea domiciliului, chiar și în cazurile în care, în sediul acestei persoane juridice, persoanele fizice își desfășoară activitățile domestice. În concluzie, numai o persoană fizică poate evolua ca titular al dreptului la inviolabilitatea domiciliului. Deci, numai unei persoane fizice îi poate fi recunoscută calitatea de victimă a infracțiunii de violare de domiciliu.

În final, se impun următoarele concluzii privind analiza victimei (subiectului pasiv) infracțiunii de violare de domiciliu:

1) Respectarea inviolabilității domiciliului nu este condiționată de existența unui drept de proprietate (sau a unui alt drept real) asupra bunului imobil aferent domiciliului. De aceea, la calificarea faptei conform art.179 CP RM sau art.192 CP Rom. din 1968, nu are importanță statutul victimei (subiectului pasiv). Aceasta întrucât legea penală se interesează nu de legitimitatea poziției victimei (subiectului pasiv), dar de caracterul ilegal al comportamentului făptuitorului. Important este ca victima (subiectul pasiv) să fie titularul dreptului constituțional la inviolabilitatea domiciliului.

2) Se aplică răspunderea în baza alin.(1) art.179 și, de exemplu, art.78 al Codului contravențional, dacă se aplică violența sau amenințarea cu violența numai asupra persoanei care, de exemplu, se află în vizită la titularul dreptului constituțional la inviolabilitatea domiciliului. În același timp, se aplică răspunderea în baza alin.(2) art.179 și, de exemplu, art.78 al Codului contravențional, dacă se aplică violența sau amenințarea cu violența atât asupra titularului dreptului constituțional la inviolabilitatea domiciliului, cât și asupra persoanei care, de exemplu, se află în vizită

la titularul dreptului constituțional la inviolabilitatea domiciliului.

3) O persoană juridică nu poate fi titulară a dreptului la inviolabilitatea domiciliului, chiar și în cazurile în care, în sediul acestei persoane juridice, persoanele fizice își desfășoară activitățile domestice. Numai o persoană fizică poate evolua ca titular al dreptului la inviolabilitatea domiciliului. Deci, numai unei persoane fizice îi poate fi recunoscută calitatea de victimă a infracțiunii de violare de domiciliu.

Note:

¹ Diaconescu Gh., *Infracțiunile în Codul penal roman*, vol.1, p.254.

² Hotca M.A., *Codul penal. Comentarii și explicații*, p.1042.

³ Nistoreanu Gh., Boroi A., Molnar I. et al., *Drept penal*, Partea specială, p.150.

⁴ Ivan Gh., *Drept penal*, Partea specială, p.144.

⁵ Stati V., *Răspunderea penală pentru violarea de domiciliu* (art.179 CP RM), p.34-36.

⁶ Stati V., *Unele considerații asupra practicii aplicării răspunderii penale pentru infracțiunea de violare de domiciliu* (art.179 CP RM), în *Revista Națională de Drept*, 2010, nr.4, p.18-27.

⁷ Шелестюков В.Н., *Уголовно-правовые средства обеспечения неприкосновенности жилища*, с.9.

⁸ Шевченко И.А., *Уголовно-правовая охрана неприкосновенности частной жизни*: Автореф. дисс... канд. юрид. наук, Красноярск, 2005, с.12.

⁹ Hotca M.A., *op.cit.*, p.1041.

¹⁰ Cioclei V., *Drept penal*, Partea specială: *Infracțiuni contra persoanei*, p.197.

¹¹ Case of Surugiu v. Roumania // <http://cmiskp.echr.coe.int>

¹² *Monitorul Oficial al României*, 2003, nr.478.

¹³ Dogaru I., Cercel S., *Considerații privind domiciliul în dreptul civil român* // <http://drept.ucv.ro/RSJ/Articole/2008/RSJ2/01DogaruCercel.pdf>

¹⁴ Barbu C., *Ocrotirea persoanei în dreptul penal al României*, Scrisul românesc, Craiova, 1977, p.192.

¹⁵ Гырла Л.Г., Табарча Ю.М., *Уголовное право Республики Молдова*, Часть особенная, Картдидакт, Кишинэу, 2010, с.271.

¹⁶ *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2001, nr.47-48.

¹⁷ *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2000, nr.130-132.

¹⁸ Corbu C.A., *Subiectele colective*, în *Convenția Europeană a Drepturilor Omului*: Rezumat al tezei de doctorat, București, 2009, p.51.



ORGANIZAREA ADMINISTRATIVĂ A TERITORIULUI – ELEMENT DE BAZĂ AL DESCENTRALIZĂRII ADMINISTRATIVE

Marian ROTARU,
doctorand (ULIM)

Recenzent: **Victor POPA**, doctor habilitat în drept, profesor universitar (ULIM)

SUMMARY

The territory of the unitary state is organized in territorial-administrative units. The same is applicable to federative states. The organization of the territory, from the administrative point of view, relates to the state power, as well as to the local government, thus creating a political and social load

The territorial administrative units, regardless of the type, should be viable, have strong material and human resources, which would provide them the performance of the needs of the inhabitants and their continuous development.

Teritoriul atât al statului unitar, precum și teritoriul statului federal, este organizat din punct de vedere administrativ în unități administrativ-teritoriale.

Organizarea din punct de vedere administrativ a teritoriului statului interesează în egală măsură, atât puterea de stat, cât și colectivitățile locale, având prin aceasta o încărcătură politică și socială deosebită¹.

Statul urmărește, în principal, prin structurile administrativ-teritoriale pe care le creează să poată conduce și guverna mai ușor societatea, iar colectivitățile teritoriale locale, indiferent la ce nivel s-ar situa acestea, tind spre o gestiune autonomă² cât mai accentuată a problemelor care le privesc, atât în raport cu statul, cât și în structurile administrativ-teritoriale organizate la nivel superior. Este și motivul pentru care, de-a lungul timpului, organizarea administrativă a statului a cunoscut formule din cele mai diverse, încercând să răspundă, cel puțin pentru o anumită perioadă și într-o măsură mai mult sau mai puțin accentuată uneia sau alteia din aceste tendințe³.

Astfel, orice stat, pentru a putea fi bine condus și administrat, își împarte teritoriul în unități administrativ-teritoriale, cărora le recunoaște personalitatea juridică și le conferă, totodată, atât atribuții de drept public, cât și atribuții de drept privat.

Organizarea administrativă a teritoriului țării nu constă numai în stabilirea unui cadru geografic menit să înlesnească îndeplinirea pe teren, prin autoritățile publice locale ale administrației publice, ci ea interesează întregul sistem de autorități și servicii publice. Modul în care este îndeplinită organizarea administrativ-teritorială influențează profund însuși conținutul activității diferitelor autorități publice⁴.

Într-o definiție specifică a dreptului constituțional se menționează că delimitarea teritoriului statului în

unități administrativ-teritoriale este efectuată în scopul realizării unitare a puterii de stat, distribuirii în teritoriu a organelor de stat, limitele unităților administrative devenind limitele competenței teritoriale a acestor organe de stat⁵. Organizarea administrativă a teritoriului se face în funcție de anumite obiective și criterii. În acest context, este semnificativ rolul populației în organizarea administrativ-teritorială care nu poate fi neglijat⁶, de altfel, cum nu pot fi neglijăți nici alți factori: geografic, social, economic, căi de comunicații, condiții de mediu etc.⁷.

Ca atare, elementele componente ale personalității juridice a statului – populația (organizată ca o colectivitate cu o conducere proprie), patrimoniul (teritoriu și alte bunuri mobile sau imobile, care alcătuiesc domeniul public și domeniul privat al unităților administrativ-teritoriale) în scopul căruia este afectat acest patrimoniu (realizarea intereselor populației din unitatea administrativ-teritorială respectivă) – le întâlnim la fiecare dintre unitățile administrativ-teritoriale⁸.

Într-o viziune specifică dreptului administrativ, Jean Rivero subliniază că o administrare efectivă presupune o delimitare a teritoriului, care ar permite satisfacerea necesităților de interes general pretutindeni pe unde se manifestă⁹.

Dacă această delimitare este privită din punctul de vedere al centralismului și al administrației de stat, teritoriul este divizat în circumscripții administrative ierarhizate pentru exercitarea unitară a administrației de stat, iar din punctul de vedere al administrației publice locale descentralizate, colectivitatea națională se compune din colectivități locale dotate cu personalitate juridică, însărcinate să gireze propriile afaceri fără amestecul organelor de stat¹⁰.

Astfel, sintagma de unitate administrativ-teritorială are două sensuri: de circumscripție administrativ-teri-



torială și de colectivitate teritorială locală care utilizează în funcție de natura regimului administrativ al statului un regim de desconcentrare sau unul de descentralizare¹¹.

Dacă am accepta noțiunea de unitate administrativ-teritorială ca un simplu cadru de exercitare a administrației de stat, ar însemna să privăm colectivitatea din această unitate teritorială de o activitate administrativă proprie, să negăm colectivitatea ca centru de interese, ca loc de acțiune administrativă care se exercită în nume propriu. Această unitate administrativ-teritorială reprezintă o circumscripție administrativă a teritoriului de stat sau cu alte cuvinte sfera de competență teritorială a organelor desconcentrate ale statului¹².

În opinia lui Henry Puget, colectivitățile locale sunt privite ca societăți naturale, în originea lor egale sau anterioare statului, bucurându-se de drepturi pe care statul le-a recunoscut mai mult decât le-a atribuit. Aceste colectivități locale vor fi investite în cadrul legii cu o veritabilă autonomie, limitată printr-un control, adeseori discret, al statului. Ele reprezintă, de obicei, o mare diversitate de organizare. Colectivitățile locale astfel concepute au vocația de a fi libere, fiind autorizate a se guverna ele însele, respectând dispozițiile legale¹³. Un astfel de tip al colectivităților locale este prezent în Marea Britanie, în care, în cadrul legii, autonomia locală constituie un principiu fundamental, colectivitățile locale își soluționează problemele sale prin guvernământ local. Dacă la eșalonul național, guvernul impune soluția în ceea ce privește marele probleme interesând ansamblul colectivității naționale, la eșalonul local se admite că colectivitățile locale ele însele pot trata problemele care, în cadrul lor, sunt pentru ele esențiale. În acest sens, englezii întrebuințează termenul de guvernământ local sau „self-government”¹⁴.

Dintr-o altă viziune se consideră ca colectivitățile locale sunt desmembrăminte ale statului, creațiuni ale legii pentru scopuri de comoditate administrativă, ca simple circumscripții teritoriale ridicate la demnitatea de persoane morale, investite cu anumite drepturi, prin bunăvoința puterii centrale. Acestea le mențin sub o strictă supraveghere, instituind asupra lor o tutelă și punând în fruntea lor funcționari numiți de ea și nu aleși de locuitori sau, în cazul când ei sunt aleși, activitatea lor este în mare măsură limitată¹⁵. Un exemplu al unui astfel de tip de administrație locală este organizarea franceză. În acest caz, autoritatea statului asupra colectivităților locale este destul de simțitoare și nu poate fi vorba de guvernământ local, ci de un regim administrativ descentralizat cu o administrație autonomă.

Între cele două sisteme există atenuări, interferențe, comunicări. Nici una dintre cele două nu se prezintă într-o stare pură.

Din punct de vedere economic, politic, social, statul, chiar și în țările care au cea mai largă autonomie

locală, și-a dezvoltat puterile, dezvoltând prin procedee variate controlul, imitând exemplul dat de țările cu libertăți locale întinse și sub acțiunea ideilor liberale. În țările cu regim de centralizare s-a procedat la o descentralizare progresivă, s-a pus din ce în ce mai mult conducerea afacerilor locale pe seama corpurilor alese, limitându-se puterea de tutelă, închizând în cadrul procedurilor juridice exercițiul acestei tutele¹⁶.

În mod general, indiferent de gradul de autonomie sau de subordonare a colectivităților locale, administrația publică locală reprezintă ansamblul de organizare și funcționare a acestor colectivități teritoriale locale.

Colectivitatea teritorială locală reprezintă cetățenii, populația care locuiește pe o porțiune a teritoriului de stat, și în care există o organizare juridică administrativă proprie distinctă de administrația de stat și interese publice locale pe care trebuie să le satisfacă sub propria responsabilitate. Colectivitățile teritoriale locale definesc regimul de descentralizare administrativă sau de autonomie locală. Georges Vedel consideră că colectivitățile teritoriale locale reprezintă cea de-a doua categorie de colectivități teritoriale, prima fiind statul, – colectivitatea teritorială națională¹⁷.

Statul și colectivitățile teritoriale locale reprezintă subiecte de drept politico-teritoriale, dispunând de puterea de comandă asupra populației așezate pe un anumit teritoriu. Colectivitățile teritoriale au sarcina să administreze populația locuind pe un anumit teritoriu, de exemplu pe teritoriul național (în cazul eficienței afacerilor relevante de administrația de stat) sau pe un teritoriu departamental sau comunal (afacerile care sunt în competența autorităților reprezentative ale departamentului sau comunei)¹⁸. Astfel, distincția principală dintre cele două sensuri ale unității administrativ-teritoriale, adică de circumscripție administrativă a teritoriului de stat, reprezintă desconcentrarea administrativă și colectivitatea teritorială locală, descentralizarea administrativă care sunt regimuri juridice diametral opuse privind aplicarea raporturilor administrative dintre centru și teritoriu.

În doctrina de drept constituțional se arată că unitățile administrativ-teritoriale sunt subiecte de drept constituțional dacă sunt înțelese ca grupuri de populație organizate în teritoriu – adică în sensul de colectivități teritoriale locale –, iar nu ca părți de teritoriu – adică în sensul de circumscripții administrativ-teritoriale¹⁹.

De regulă, circumscripțiile administrative ale teritoriului statului și teritoriile colectivităților teritoriale locale coincid și ele au aceeași așezare teritorială. Astfel, circumscripția administrativă a regiunii, județului, provinciei, departamentului, orașului, comunei coincide cu teritoriul regiunii, județului, orașului, comunei.

Delimitarea unităților administrativ-teritoriale presupune stabilirea limitelor teritoriale înăuntrul cărora funcționează și își exercită competențele autoritățile



publice recunoscute de lege. Aceste limite definesc, totodată, domiciliul persoanelor (populației) care trăiesc pe acest teritoriu și constituie suportul material principal pe care se află patrimoniul care aparține acestei colectivități, recunoscută ca atare. Fiecare unitate administrativ-teritorială cuprinde, ca elemente definitorii, câte o părticică (mai mică sau mai mare, după caz), din elementele constitutive ale statului – teritoriu, populație, baza materială necesară satisfacției nevoilor populației care trăiește pe acel teritoriu, iar competențele cu care sunt investite autoritățile publice din unitățile administrativ-teritoriale nu sunt altceva decât expresia suveranității statului exercitată la acest nivel²⁰.

Unitatea administrativ-teritorială poate fi definită, din punct de vedere geografic, ca spațiu, porțiune din teritoriul național, loc în care este așezat cu traiul o fracțiune din popor (națiune) sau, altfel spus, o colectivitate locală din cadrul colectivității naționale.

Din punct de vedere juridic, prin unitate administrativ-teritorială, se înțelege spațiul în care este exercitată uniform puterea de stat și în care colectivitatea girează de sine stătător, sub proprie responsabilitate și în cadrul legii, afacerile publice de interes local. Ușor de observat, între noțiunea de colectivitate locală ca o entitate istorică, legată de un loc anume, și aceea de colectivitate teritorială, legată de un teritoriu, creată pentru gestionarea anumitor servicii publice, nu există deosebire, ambele întrunind următoarele elemente constitutive:

- personalitate morală;
- teritoriu;
- organe reprezentative;
- independență față de organele de stat.

Aceste elemente pot fi în număr mai mare sau mai mic, în ansamblu însă ele trebuie să evidențieze posibilitatea colectivităților locale de a gestiona de sine stătător un teritoriu, un patrimoniu care le aparține²¹. De exemplu, Guy Braibant evidențiază doar trei elemente: *personalitate morală, teritoriu și vocație generală*, prin ultimul element înțelegând și câmpul de acțiune al colectivităților și organele cu competență specificate prin lege. Altfel spus, calitățile pe care le posedă o colectivitate trebuie să permită, în opinia lui Jacques Moreau, calificarea ei ca persoană teritorială descentralizată²².

Recunoașterea personalității juridice a colectivităților locale, înțelese ca elemente ale colectivității naționale, are la bază existența unor interese proprii ale acestor colectivități sau a unor probleme locale specifice. Pe de altă parte, statul nu este apt să soluționeze, prin mijloacele de care dispune și în condiții de operativitate și eficiență, ansamblul acestor probleme. De aceea, statul e cel care stabilește care dintre problemele ce intră la un moment dat în sfera administrației de stat vor fi de competența serviciilor publice statale și

care vor intra în sfera de competență a autorităților locale. De regulă, sfera problemelor locale este stabilită sau delimitată prin Constituție ori prin lege. Existența acestor probleme specifice ale colectivităților locale presupune și existența unor mijloace materiale de realizare a acestora, cum ar fi patrimoniul propriu, un corp de funcționari care să gestioneze treburile publice, o anumită autonomie financiară care se bazează pe existența unui buget propriu. În acest caz, colectivităților locale organizate în circumscripții administrative care coincid sau diferă de unitățile administrativ-teritoriale ale statului, li se acordă statut de persoană juridică sau, cu alte cuvinte, personalitate juridică.

Unitățile administrativ-teritoriale, oricare ar fi acestea, trebuie să fie viabile, să aibă un potențial material și uman puternic, care să le asigure satisfacerea corespunzătoare a cerințelor îndreptățite ale locuitorilor, dezvoltarea lor continuă.

Note:

¹ Preda Mircea, *Drept administrativ*, partea specială, Lumina Lex, București, 2001, p.135.

² Zaharia Gheorghe T., Budeanu-Zaharia Odette, Budeanu Tudor I., Chiuariu Tudor Alexandru, *Drept administrativ*, ediția IV, Junimea, Iași, 2002, p.117.

³ Preda Mircea, *op.cit.*, p.135.

⁴ Alexandru Ioan, *Structuri, Mecanisme și Instituții Administrative*, Școala Națională de Studii Politice și Administrative, București, 1992, p.33.

⁵ Muraru Ioan, *Drept Constituțional și Instituții Politice*, vol. I, București, 1993, p.17.

⁶ *Ibidem*, p.170.

⁷ Guceac Ion, *Curs elementar de drept constituțional*, Cristi Ana, Chișinău, 2004, p.451.

⁸ Preda Mircea, *op.cit.*, p.138.

⁹ Rivero Jean, Waline Jean, *Droit Administratif*, 15^e éd., Précis Dalloz, Paris, 1994, p.287.

¹⁰ *Ibidem*, p.287.

¹¹ Popescu Corneliu-Liviu, *Autonomia locală și integrarea europeană*, All Beck, București, 1999, p.32.

¹² *Ibidem*, p.33.

¹³ Puget Henry, *Les institutions administratives étrangères*, Dalloz, Paris, 1969, p.390.

¹⁴ Alexandru Ioan, *op.cit.*, p.183.

¹⁵ *Ibidem*, p.182.

¹⁶ *Ibidem*, p.183.

¹⁷ Vedel Georges, Devolve Pierre, *Droit Administratif*, Tome 2, 12^e éd., Thémis Collection, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, p.292.

¹⁸ Chapus René, *Droit Administratif Général*, tome 1, 9^e éd., Montchrestien, Paris, 1995, p.132.

¹⁹ Muraru Ioan, *Drept Constituțional și Instituții Politice*, ed. VII, Actami, București, 1997, p.27.

²⁰ Preda Mircea, *Tratat elementar de drept administrativ român*, ed. II, Lumina Lex, București, 1999, p.440.

²¹ Braibant Guy, *Le droit administratif français*, 3^e éd., collection «Amphithéâtre», Dalloz, Paris, 1992, p.74-76.

²² Moreau Jacques, *Administration régionale, locale et municipale*, Dalloz, Paris, 1980, p.5.



CORUPȚIA ȘI PROTECȚIONISMUL – FENOMEN SOCIAL GRAV

Cristian CÂRGALIU,
doctorand (ULIM)

SUMMARY

Corruption is very extensive in administration, if not to call it a permanent one, at both central and local levels, being emphasized by the lack of a clear definition of responsibilities, confusion in the separation of administrative and political functions and a lack of transparency in administrative procedures. To all these we can add the lack of an adequate legal framework for the effective fight against corruption in public administration.

Corupția este un fenomen social grav, cu o amploare deosebită, cu forme variate și complexe, manifestate până la cele mai înalte niveluri ale societății. Corupția, protecționismul, conflictele de interese prezintă un pericol substanțial al exigențelor statului de drept, al exercitării rolului și funcțiilor inerente ale statului¹, o amenințare majoră pentru democrație, constituind o negare a drepturilor omului și o încălcare a principiilor democratice, pentru echitatea socială și pentru justiție, erodând principiile unei administrații eficiente, punând în pericol stabilitatea și credibilitatea instituțiilor statului și a reprezentanților acestora, cât și pentru dezvoltarea economică și socială.

Cu o istorie de mii de ani, începând încă din antichitate, corupția reprezintă unul dintre modelele comportamentale dintre cele mai rele, dar, în același timp, extrem de răspândite în cadrul funcționarilor oficiali sau reprezentanților aleși ai comunității. În ultimul secol, ea privește și comportamentul celor din domeniul privat. Interesul și îngrijorarea față de acest fenomen au crescut și au avut loc reacții pe plan național și internațional.

Termenul de „corupție” sau *corrumper* provine de la rădăcina *correi*, însemnând atitudinea participanților față de un anumit obiect deținut în comun și *rumpere* a rupe, dând naștere sensului nou-format, de daună a procesului judiciar sau a procesului de administrare a treburilor publice. În dreptul roman *corrumper* însemna acțiunea de a distruge, de a falsifica, de a vinde sau destrăma anumite instituții, în sensul inițial, judecătorii publici.

În lumea modernă, mulți oameni sunt dezamăgiți și critică democrația, ca formă de guvernământ politic, pentru faptul că trezește nesiguranță și permite ca unii să fie avantajați în fața majorității, utilizând pârghiile pe care le dă puterea politică în scopul de a obține și alte importante pârghii – *banii*, care rămân o importantă pârghie de influență atunci când, inevitabil, puterea sau ponderea politică se reduce².

Corupția nu este un fenomen pur românesc sau moldovenesc, ea existând în toate societățile, altceva

că, în unele, ea este mai des întâlnită, iar în altele – mai puțin. Este știut faptul că corupția este mai mult răspândită în perioadele de reformă, de modernizare a societății, de tranziție de la o formă de organizare a societății la alta. România și Republica Moldova, în acest sens, nu fac o excepție, mai mult de atât, în perioada 1991-2000 s-au creat cele mai favorabile condiții ca ea să se extindă în toate sferile: socială, politică, economică și juridică a statului, atingând proporții greu de imaginat, dat fiind faptul că nu poate fi dusă o evidență, nu există statistică, dar o întâlnești la „fiecare colț”, la fiecare necesitate publică sau particulară.

De mai mult timp, cetățenii României și ai Republicii Moldova califică problema corupției drept o îngrijorare constantă și, din această perspectivă, corupția constituie unul dintre subiectele principale de discuție în orice domeniu și la orice nivel, reprezentând una dintre cele mai mari provocări ale lumii contemporane.

Corupția este prezentă atât în statele sărace și în curs de dezvoltare, cât și în cele dezvoltate, iar lupta pentru combaterea ei a devenit o problemă serioasă, cu cât aceasta se extinde foarte rapid, cuprinzând, mai întâi, câteva sectoare, câteva domenii și apoi întreaga societate, devenind un stil de viață, un labirint din care nu se mai poate ieși, o mentalitate³.

În linii generale, corupția este definită ca fiind o stare de abatere de la normalitate, de la datorie, corupția înseamnă folosirea abuzivă de către o persoană a funcției de intermediar sau de decizie pe care o îndeplinește, pentru a acorda celui care corupe sau comunității de interese pe care acesta o reprezintă, un avantaj economic sau administrativ, în schimbul unei sume de bani, a unor cadouri, a unor deplasări, excursii, concedii sau distracții sau a primirii unor proprietăți. Tot corupție înseamnă și folosirea de către o persoană a funcției sau poziției sale publice, pentru a eluda sau evita îndeplinirea unor norme, baremuri sau proceduri legale, la obținerea în folosul ei a unor avantaje materiale sau a unor funcții profesionale sau administrative.

Amplarea, dimensiunea și formele fenomenului



de corupție cunosc ritmuri și tendințe diferite de la o societate la alta, iar evaluarea intensității și gravității sale depinde, în mare măsură, de forța și persistența unor tradiții și practici sociale și culturale, de modelul etic și normativ existent, de moravurile și mentalitățile dominante, de gradul de receptare, acceptare și respectare a normelor de bază ale societății respective⁴.

În România, fenomenul corupției sare peste orice bănuită rigiditate, dovedindu-se expansiv în numeroase domenii, ceea ce constituie un obstacol în calea dezvoltării libere a societății în baza exigențelor statului de drept și a democrației pluraliste.

Republica Moldova a trecut și se mai află încă într-o criză politico-instituțională de proporții, divergențele de ordin politic având un impact considerabil asupra situației social-economice, asupra stării de spirit generale din societate, care rămâne dezbinată și dezorientată, cu un nivel tot mai redus de încredere față de autorități și ceea ce se numește putere de stat în ansamblu. Creșterea optimismului social, înregistrată ca urmare a schimbărilor de ordin politic, începe să fie puternic diminuată de starea de lucruri în diverse domenii și de perpetuarea nesiguranței la nivel politic, de nivelul redus al dezvoltării țării⁵.

Corupția pare să fie foarte extinsă, dacă nu chiar permanentă, în administrație, atât la nivel central, cât și la nivel local, fiind accentuată de lipsa unei definiții clare a responsabilităților, confuzie în separarea funcțiilor administrative de cele politice și o lipsă de transparență în procedurile administrative. La acestea se mai adaugă lipsa unui cadru legal adecvat pentru eficiența luptei împotriva corupției din administrația publică. În paralel, instituțiile implicate în combaterea acesteia își caută încă identitatea, se supun reformărilor care survin în urma revizuirilor legislative și manifestă încă acea lentoare birocratică ce nu reușește să facă față dezlănțuirilor inovative ale corupției.

În administrația publică, subiecții actelor de corupție sunt funcționarii publici, cărora li se acordă permanent sau provizoriu, în virtutea legii, prin numire, prin alegere sau în virtutea unei însărcinări, anumite drepturi și obligații, în vederea exercitării funcțiilor într-un serviciu public sau într-o altă instituție.

În ultimul timp, se pot observa tot mai multe publicații care fac referiri la corupția din rândul funcționarilor publici, ceea ce îl determină pe cetățean să creadă că nu există standarde de conduită în rândul acestei categorii. Sentimentul de nesiguranță, dificultatea promovării și nivelurile scăzute ale compensațiilor financiare, privatizarea unor servicii publice (care determină o serie de probleme complexe, pre-

cum reducerea de personal, reorientarea profesională, conflictele de interese și găsirea unor noi locuri de muncă), reducerea dimensiunilor aparatului birocratic, redefinirea în permanență a atribuțiilor ministerelor și agențiilor au un impact adesea negativ asupra funcționarilor publici și, în cazurile cele mai grave, îi determină să cedeze tentațiilor corupției.

Corupția și lipsa standardelor etice din cadrul funcției publice amenință administrația publică în ceea ce privește consolidarea credibilității funcției publice și a instituțiilor democratice în fața propriilor cetățeni și contribuie, de asemenea, la agravarea sărăciei și la slăbirea sistemului de servicii prestate cetățenilor.

Pentru ca prevenirea și combaterea fenomenului de corupție să fie eficientă, este necesară concentrarea pe înțelegerea cauzelor profunde ale diferitelor manifestări ale actelor de corupție, precum și pe găsirea unor metode de eliminare sau de diminuare a acestui fenomen. Buna funcționare a administrației publice este condiționată și de prevederile legale în domeniu. Cu cât acestea sunt mai clare și mai eficiente, cu atât arbitrarul și ilegalitatea vor fi mai puțin prezente în acțiunile acesteia.

Adoptarea unei legislații specifice, menită să pună capăt fenomenului de corupție, prezintă o importanță deosebită în prevenirea și combaterea corupției, dar simpla adoptare a unor legi anticorupție este o condiție necesară, nu însă și suficientă.

Practica a demonstrat că modificarea sau dezvoltarea cadrului legal nu a condus la rezultatul dorit, ci mai mult la demoralizare prin fenomenele de corupție.

Note:

¹ Cârjaliu Cristian, *Diminuarea corupției în administrația publică locală*, în *Materiale ale sesiunii de comunicări științifice „Administrația publică în statul de drept”*, 27-28 septembrie 2008, Chișinău, 2009. p.477.

² Gurin Corneliu, Lipcean Sergiu, Ioniță Lilia, Cojocaru Cristina, *Abordarea corupției în campaniile pentru alegeri parlamentare*, Chișinău, 2010, p.3.

³ Profiroi M., Parlăgi A., Crai E, *etică și corupție în administrația publică*, Editura Economică, București, 1999.

⁴ Cârjaliu Cristian, *Elemente, forme și dimensiuni ale corupției*, Colocvium internațional „Promovarea drepturilor omului în contextul integrării europene: teorie și practică”, ULIM, 30-31 octombrie 2009, p.549.

⁵ *Alianța Anticorupție, Combaterea corupției: între retorică electorală și politici guvernamentale*, Chișinău, 2011, p.3.