ISSN 1811-0770

REVISTA NAȚIONALĂ DE DREPT

(Publicaţie periodică ştiinţifico-practică)

nr. 3 (102) 2009

Certificatul de înregistrare
nr. 1003600061124
din 27 septembrie 2000

Publicaţie acreditată de
Consiliul Naţional pentru Acreditare
şi Atestare al Republicii Moldova

FONDATORI:

Universitatea de Stat din Moldova
Universitatea de Studii Europene din Moldova
Universitatea Liberă Internaţională din Moldova
Uniunea Juriştilor din Moldova

REDACTOR-ŞEF
Gheorghe AVORNIC

Redactor-şef adjunct
Grigore CAPCELEA

Stilizator ***Ariadna STRUNGARU***
Machetator ***Maria BONDARI***

COLEGIUL DE REDACŢIE:

Gheorghe Ciocanu (doctor habilitat în ştiinţe fizico-matematice, profesor universitar),
Iurie Sedleţchi (doctor în drept, profesor universitar),
Ioan Humă (doctor în drept, profesor universitar, Universitatea „Danubius" Galaţi, România),
Andrei Galben (doctor habilitat în istorie, academician),
Tudor Popovici (doctor în drept),
Elena Aramă (doctor habilitat în drept),
Sergiu Brînză (doctor habilitat în drept),
Alexandru Burian (doctor habilitat în drept),
Andrei Smochină (doctor habilitat în drept),
Ion Guceac (doctor habilitat în drept).

ADRESA REDACŢIEI:

2012, Chişinău, str. A. Mateevici 60, bir. 222
Telefoane: 57-77-52, 57-76-90.
e-mail: revistadrept@yahoo.com

Indexul PM 31536.

© Revista Naţională de Drept

SUMAR

Sergiu BRÎNZĂ, Vitalie STATI
Delimitarea traficului de fiinţe umane şi a traficului de copii de infracţiunile conexe 2

Raisa GRECU
Viziunile lui Constantin Stere cu privire la drept 11

Teodor CÂRNAŢ, Piotr PLĂMĂDEALĂ
Independenţa şi imparţialitatea judecătorului prin prisma accesului liber la justiţie 17

Victor GUŢULEAC, Elena COMARNIŢCAIA
Codul contravenţional al Republicii Moldova (analiză juridică) 23

Sergiu FURDUI
Propunere privind introducerea cursului de instruire juridică „Drept contravenţional" 30

Carolina CIUGUREANU-MIHAILUŢĂ
Evoluţia istorică a instituţiei protecţiei internaţionale a drepturilor copilului. *Partea I* 32

Dorin CIMIL, Sorin BRUMĂ
Natura juridică a răspunderii subsidiare 37

Vladislav MANEA
Latura subiectivă a infracţiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM..... 41

Ion NASTAS
Recunoaşterea calităţii de persoană cu funcţie de răspundere pentru unii subiecţi speciali ai raporturilor de drept penal 49

Oxana ROBU
Caracterele juridice ale transmiterii moştenirii: Probleme şi sugestii 54

Ion BÎTCĂ
Natura juridică a acceptării ofertei..... 58

Андрей БОРШЕВСКИЙ, Ярмилия КАСЫМ
Механизмы противодействия коррупции в Молдове 61

Альберт АНТОЧ
Антидотационное регулирование и его место в механизме антидемпинга 66

Corina KIRMICI
The concept of the Design Defect..... 74

DELIMITAREA TRAFICULUI DE FIINȚE UMANE ŞI A TRAFICULUI DE COPII DE INFRACȚIUNILE CONEXE

Sergiu BRÎNZĂ,
doctor habilitat în drept, profesor universitar (USM)
Vitalie STATI,
doctor în drept, conferențiar universitar (USM)

SUMMARY

In the framework of this article, we nominate clear and precise criteria, carried out at the delimitation of human trafficking offence, on the one side, and the procurement offence (art.220 PC RM), the beggaring arrangement offence (art.302 PC RM), the state frontier row over offence (art.362 PC RM), the illegal migration arrangement offence (art.362[1] PC RM) etc., on the other side. Concomitantly, there are again established delimitation criteria between the infantile trafficking offence, on the one side, and the parents or other persons abuse at the time of the children adoption offence (art.205 PC RM), the illegal children remoteness from the country (art.207 PC RM), the minors entice into the criminal activity or the induce of them in performing immoral acts offence (art.208 PC RM), infantile pornography offence (art.208[1] PC RM) etc., on the other side.

Potrivit statisticelor, în decursul a 9 luni ale anului 2008 în total pe țară au fost înregistrate infracțiuni de: trafic de ființe umane (art.165 C.pen. RM) – 193; trafic de copii (art.206 C.pen. RM) – 36. În aceeaşi perioadă, au fost trimise în judecată pentru examinare în fond: 72 cauze penale cu privire la infracțiunea de trafic de ființe umane; 10 cauze penale cu privire la infracțiunea de trafic de copii. Instanțele de judecată au pronunțat 33 sentințe în privința a 44 persoane pe cauze penale privind traficul de ființe umane şi traficul de copii.[1]

În 2006, Direcția generalizare a practicii judiciare şi analiză a statisticii judiciare a Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova a făcut următoarea constatare: „Studierea practicii judecătoreşti a demonstrat faptul că instanțele de judecată întâmpină dificultăți la calificarea acțiunilor condamnaților în baza art.165 C.pen. RM, deoarece în mai mult de 50% de dosare studiate acțiunile lor sunt recalificate de la art.165 C.pen. RM la art.220 C.pen. RM, precum şi la alte articole ale Codului penal”.[2] Într-adevăr, există asemănări între infracțiunea de trafic de ființe umane, pe de o parte, şi infracțiunea de proxenetism (art.220 C.pen. RM), infracțiunea de organizare a cerşetoriei (art.302 C.pen. RM), infracțiunea de trecere a frontierei de stat (art.362 C.pen. RM), infracțiunea de organizare a migrației ilegale (art.362[1] C.pen. RM) etc., pe de altă parte. Totodată, remarcăm tangențe între infracțiunea de trafic de copii, pe de o parte, şi infracțiunea de abuz al părinților şi altor persoane la adopția copiilor (art.205 C.pen. RM), infracțiunea de scoatere ilegală a copiilor din țară (art.207 C.pen. RM), infracțiunea de atragere a minorilor la activitate criminală sau determinare a lor la săvîrşirea unor fapte imorale (art.208 C.pen. RM), infracțiunea de pornografie infantilă (art.208[1] C.pen. RM) etc., pe de altă parte.

Uneori, în dispozițiile normelor menționate mai sus legiuitorul foloseşte noțiuni asemănătoare sau chiar identice, creându-se astfel dificultăți de aplicare a lor în practică, cu repercusiuni negative în planul formării unei practici unitare în materie. În acest sens, trebuie să recunoaştem că nu-şi dovedeşte eficiența Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție „Cu privire la practica aplicării legislației în cauzele despre traficul de ființe umane şi traficul de copii”, nr.37 din 22.11.2004 (în continuare – Hotărârea Plenului nr.37/2004).[3] Cele doar câteva explicații, foarte sumare şi vagi, din finalul acestei hotărâri de îndrumare nu pot satisface nevoile curente ale practicii judiciare de delimitare a traficului de ființe umane şi a traficului de copii de infracțiunile conexe. Sesizând aceste neajunsuri, în cele ce urmează vom încerca să propunem criterii clare şi precise, aplicabile la o astfel de delimitare.

1. Delimitarea traficului de ființe umane (art.165 C.pen. RM) / traficului de copii (art.206 C.pen. RM) de proxenetism (art.220 C.pen. RM)

Necesitatea unei asemenea delimitări apare atunci când traficul de ființe umane sau traficul de copii e săvârşit în scopul exploatării sexuale. Tocmai scopurile distincte, urmărite la săvârşirea infracțiunilor pe care le delimităm, constituie *prima diferență* între ele. Dacă, în cazul infracțiunii de proxenetism, scopul este practica-

rea prostituției de către victimă, atunci în cazul traficului de ființe umane / traficului de copii scopul constă în exploatarea sexuală a victimei, incluzând exploatarea ei în prostituție.

Ce înseamnă „exploatarea victimei în prostituție”? În statele în care prostituția este legalizată, aceasta înseamnă prestarea serviciilor de prostituție cu încălcarea normelor legale privind condițiile de muncă, salarizare, sănătate şi securitate. În general însă, în toate statele (inclusiv în Republica Moldova) exploatarea victimei în prostituție are şi o altă semnificație.

În acest sens, în literatura de specialitate se menționează: „Dacă victima nu a avut libertatea să ia hotărârea de a practica prostituția, fapta nu constituie infracțiunea de proxenetism, deoarece ea s-a realizat prin constrângere, şi nu prin determinare”.[4] De fapt, această afirmație dezvoltă ideea conținută în pct.15 al Hotărârii Plenului nr.37/2004, unde, privitor la infracțiunea de proxenetism, se consemnează: „În acest caz, între prostituată şi proxenet există nişte relații benevole (sublinierea ne aparține – *n.a.*)”.

Anume despre constrângere la prostituție, şi nu despre determinare la prostituție, se menționează în definiția noțiunii „exploatare sexuală comercială” din pct.4.1 al Hotărârii Plenului nr.37/2004. În mod similar, la lit.c) pct.3) art.2 al Legii Republicii Moldova privind prevenirea şi combaterea traficului de ființe umane, adoptate de Parlamentul Republicii Moldova la 20.10.2005[5], ca exemplu de exploatare a persoanei este indicată „obligarea la practicarea prostituției”. Cu alte cuvinte, nu pot fi compatibile noțiunile „determinare la prostituție” (utilizată la art.220 C.pen. RM) şi „constrângere la prostituție” (care se are în vedere în art.165 şi 206 C.pen. RM). Nu este posibil concursul ideal dintre determinarea la prostituție şi constrângerea la prostituție: în cazul constrângerii la prostituție, victima nu poate să-şi dirijeze acțiunile, fiind nevoită să urmeze voința făptuitorului; în cazul determinării la prostituție, victima are o alternativă, având de ales între a urma voința făptuitorului şi a nu se conforma acesteia.

În mod regretabil, în practica judiciară cele două noțiuni se confundă. Astfel, într-o speță, se relatează că C.N. şi C.V. au fost „impuse să practice prostituția pe parcursul a 24 din 24 ore pe zi, iar banii primiți în rezultatul acestei activități îi însuşea proxenetul. Au fost preîntâmpinate că, dacă vor refuza să acorde servicii sexuale „clienților”, vor fi pedepsite cu răfuială fizică...”.[6] Bineînțeles, nu poate fi proxenet cel care săvârşeşte trafic de ființe umane sau trafic de copii. Utilizarea inadecvată a termenului „proxenet”, în vederea desemnării subiectului infracțiunii prevăzute la art.165 sau 206 C.pen. RM, deja este generatoare de erori de calificare.

În opinia lui V.Laevski, pe care o susținem, constângerea la prostituție este posibilă în două situații: 1) făptuitorul impune să practice prostituția acea persoană care a decis să înceteze această activitate; 2) făptuitorul impune victima să practice prostituția sub controlul lui sau al unei alte persoane, în pofida dorinței victimei de a practica prostituția de sine stătător.[7]

Prima situație o atestăm în următoarea speță privitoare la traficul de ființe umane: „În luna august 2003, partea vătămată A.M.C. l-a cunoscut pe numitul I.V. din municipiul Piatra-Neamț, care i-a propus să meargă în Austria pentru a practica prostituția... În Viena partea vătămată a fost aşteptată de R.O., care a achitat şoferului contravaloarea transportului. Aceasta a adus-o la agenție, unde au înscris-o, şi partea vătămată a practicat prostituția până la data de 3 decembrie 2003... Partea vătămată s-a întors în țară, însă la scurt timp a fost contactată de inculpatul B.G., care a amenințat-o cu producerea unor neplăceri şi violențe familiei sale în cazul în care partea vătămată nu se va reîntoarce în Austria. De teamă, partea vătămată a acceptat...”.[8] Din această speță rezultă că proxenetismul poate fi urmat de traficul de ființe umane / traficul de copii, formând un concurs real de infracțiuni. Aceasta are loc atunci când constrângerea la prostituție ia locul determinării la prostituție, întrucât victima decide să înceteze practicarea prostituției.

Cea de-a doua situație, referitoare la constrângerea la prostituție, poate fi atestată în următorul exemplu: „N.L. a declarat şi a descris modul în care a fost acostată de G.M. în gara Oradea, modalitatea violentă în care acesta a obligat-o să urce într-un tren cu destinația Bucureşti... G.M. a susținut însă că N.L. a fost adusă la Bucureşti la cererea acesteia şi că ea a acceptat să fie cazată de O.M.A., despre care aflase că se prostituează. Mai mult, afirma că a cerut să locuiască în acelaşi apartament cu O.M.A. În ce priveşte leziunile constatate medico-legal, acestea, potrivit spuselor lui, i-ar fi fost provocate de proxeneți din Oradea. După cazare, fata a fost permanent supravegheată de G.M. Acesta a obligat-o să întrețină raporturi sexuale cu diferiți clienți racolați de O.M.A. prin intermediul anunțurilor matrimoniale date de ea în diferite cotidiene. Banii astfel obținuți de N.L. erau luați de G.M., pe care acesta îi împărțea cu O.M.A.”.[9] Ca şi în prima situație, în cea de-a doua voința făptuitorului este în dezacord cu voința victimei. Totuşi, obiectul acestui dezacord diferă: disponibilitatea de a continua practicarea prostituției (în prima situație); modul de practicare a prostituției – de sine stătător sau sub supraveghere (în cea de-a doua situație).

În afară de situațiile vizând constrângerea la prostituție, specificate de V.Laevski, nu excludem nici situația când victima nu a practicat anterior prostituția, iar făptuitorul o impune să practice această activitate sub controlul lui sau al unei alte persoane.

Constrângerea la prostituție urmează a fi deosebită de determinarea la prostituție, care constă în propunerea de a continua această activitate pentru o remunerare mai mare, inclusiv de a o continua în străinătate. La fel, nu poate fi considerată constrângere la prostituție promiterea unor foloase, facilități, privilegii făcută de făptuitor. Astfel de oferte sunt posibile în contextul infracțiunii de proxenetism. Ele nu sunt specifice pentru traficul de ființe umane / traficul de copii, deoarece nu înrăutățesc poziția victimei, nu o pun într-o situație fără ieșire, care ar sili-o să continue practicarea prostituției.

În afară de scopul infracțiunii, o *a doua deosebire* fundamentală între proxenetism şi traficul de ființe umane / traficul de copii constă în finalitatea urmărită prin săvârşirea lor. Astfel, prin comiterea infracțiunii de proxenetism făptuitorul trage foloase de pe urma practicării prostituției de către victimă. Totuşi, victima îşi însuşeşte o parte substanțială din beneficii. În contrast, în cazul traficului de ființe umane / traficului de copii, întreaga activitate are loc în scopul, exclusiv, al exploatării victimei. De aceea, folosul obținut astfel este însuşit în întregime (sau într-o proporție ce semnifică exploatarea) de către făptuitor.

De exemplu, într-un caz, C.I., timp de aproximativ două luni şi jumătate cât a practicat prostituția pentru inculpata M.L. în Italia, a obținut din această activitate suma totală de 30000 de euro, din care i s-au dat doar 100 de euro şi un pachet cu cafea. Într-un alt caz, C.L.N. a practicat prostituția pentru aceeaşi inculpată timp de două săptămâni, obținând suma totală de 7500 euro, banii fiind însuşiți integral de inculpată.[10] Cu siguranță, cei 100 de euro şi pachetul cu cafea reprezintă, față de cei 30000 de euro „lucrați", proporția ce semnifică exploatarea victimei.

Pentru comparație, să vedem ce proporție se atestă în cazul infracțiunii de proxenetism: în iunie 2003, C.S. lucra băiaş în sauna de pe strada C., mun. Chişinău. În scopul obținerii profitului de pe urma practicării prostituției de către alte persoane, el le invita prin telefon pe L.T. şi B.N. pentru acordarea serviciilor sexuale. Clienții le achitau câte 200 lei pentru o oră, 80 din care fiecare prostituată îi plătea lui C.S.[11]

A treia deosebire dintre proxenetism şi traficul de ființe umane / traficul de copii rezidă în alcătuirea laturii obiective a infracțiunilor comparate.

În practica judiciară nu întotdeauna este stabilită corect această alcătuire. Despre care fapt mărturisesc următoarele motivări din practica judiciară, care sună cel puțin bizar: „Instanța de judecată a achitat-o greşit pe Ț.E. pe art.165 C.pen. RM, motivând prin faptul că P.A. şi P.C. au căzut de acord să se ocupe cu prostituția, în care scop au şi plecat din Moldova în Turcia. Ț.E., însă, a vrut doar să le ajute să-şi îmbunătățească starea materială. Recrutarea într-o asemenea situație este o dovadă a traficului de ființe umane, ea fiind îndreptată anume la obținerea acordului, ceea ce nu influențează la aprecierea juridică a traficului de ființe umane"[12]; „Răspunderea potrivit art.220 C.pen. RM survine doar în cazul în care nu este săvârşită nici o activitate pe care legea (art.206 C.pen. RM) o consideră trafic de copii. Însă, în cazul dat a fost săvârşită nu doar recrutarea, ci şi transportarea, transmiterea şi primirea copilului".[13]

În realitate, după cum reiese din art.165 C.pen. RM, structura laturii obiective a traficului de ființe umane cuprinde nu o singură acțiune, ci două acțiuni. Prima din aceste acțiuni – acțiunea principală – se exprimă prin oricare din următoarele modalități: 1) recrutarea victimei; 2) transportarea victimei; 3) transferul victimei; 4) adăpostirea victimei; 5) primirea victimei. Aceste modalități au un caracter alternativ. Iată de ce, prezența oricăreia din ele atestă prezența acțiunii principale din cadrul traficului de ființe umane. Însă, de una singură, acțiunea principală nu poate atesta prezența infracțiunii prevăzute la art.165 C.pen. RM. Chiar dacă această acțiune are ca scop exploatarea victimei.

Astfel, acțiunea principală, în oricare din modalitățile sale, trebuie să fie însoțită de acțiunea adiacentă (ajutătoare), în oricare din modalitățile sale. Modalitățile alternative ale acțiunii adiacente din cadrul traficului de ființe umane sunt:

1) amenințarea cu aplicarea sau aplicarea violenței fizice sau psihice nepericuloase pentru viața şi sănătatea persoanei, inclusiv prin răpire, prin confiscarea documentelor şi prin servitute, în scopul întoarcerii unei datorii, a cărei mărime nu este stabilită în mod rezonabil;

1) înşelăciunea;

3) abuzul de poziția de vulnerabilitate sau abuzul de putere, darea sau primirea unor plăți sau beneficii pentru a obține consimțământul unei persoane care deține controlul asupra unei alte persoane;

4) aplicarea violenței periculoase pentru viața, sănătatea fizică sau psihică a persoanei;

5) folosirea torturii, a tratamentelor inumane sau degradante pentru a asigura subordonarea persoanei, ori folosirea violului, dependenței fizice, a armei, a amenințării cu divulgarea informațiilor confidențiale familiei victimei sau altor persoane, precum şi a altor mijloace.

De menționat că ultimele două modalități (prevăzute, respectiv, la lit.f) şi g) alin.(2) art.165 C.pen. RM) îndeplinesc şi rolul de circumstanțe agravante.

Situația este calitativ diferită în cazul traficului de copii (art.206 C.pen. RM): modalitățile de influențare asupra consimțământului victimei constituie circumstanțe agravante, nu condiții pentru existența infracțiunii însăşi. Aceasta diferențiază traficul de copii în raport cu proxenetismul şi, în anumite privințe, în raport cu traficul de ființe umane.

Astfel, pentru întregirea laturii obiective a infracțiunii prevăzute la art.206 C.pen. RM este suficientă atestarea acțiunii prevăzute la alin.(1) al acestui articol, în oricare din următoarele modalități: 1) recrutarea victimei; 2) transportarea victimei; 3) transferul victimei; 4) adăpostirea victimei; 5) primirea victimei; 6) darea sau primirea unor plăți ori beneficii pentru obținerea consimțământului unei persoane care deține controlul asupra victimei.

Bineînțeles, în prezența oricăreia din aceste modalități, este obligatorie urmărirea de către făptuitor a scopului, exprimat în una din formele specificate la lit.a)-h) alin.(1) art.206 C.pen. RM. Prin aceasta, traficul de copii se deosebeşte de proxenetism.

În ce priveşte modalitățile de influențare asupra consimțământului victimei traficului de copii, acestea, sub formă de circumstanțe agravante, sunt consemnate la lit.a)-c) alin.(2) art.206 C.pen. RM:

a) violența fizică şi psihică, aplicarea armei de foc sau amenințarea cu aplicarea acesteia;

b) abuzul şi violența sexuală;

c) profitarea de abuzul de autoritate sau de situația de vulnerabilitate a victimei, amenințarea cu divulgarea informațiilor confidențiale familiei victimei sau altor persoane.

Concluzia care se desprinde este că scopul principal al art.165 C.pen. RM, scop pe care i l-a atribuit legiuitorul, este în toate cazurile apărarea dreptului la libertatea de voință şi acțiune a persoanei. În cazul art.206 C.pen. RM, acest scop poate fi identificat doar în prezența circumstanțelor agravante consemnate la lit.a)-c) alin. (2) art.206 C.pen. RM. În ce priveşte art.220 C.pen. RM, care stabileşte răspunderea pentru proxenetism, scopul acestei norme este cu totul altul: apărarea bunelor moravuri în relațiile de convieţuire socială şi asigurarea licită a mijloacelor de existență.

Cu alte cuvinte, la proxenetism, victima îşi dă acordul în mod nealterat, voința sa de a se prostitua aparținîndu-i în totalitate, în mod liber. În cazul proxenetismului, victima îşi dă acceptul, consimte nestingherit şi întotdeauna în înțelegere cu făptuitorul, în vederea practicării prostituției, în scopul obținerii de avantaje reciproce. În acest sens, într-o speță, se motivează pe bună dreptate: „Recrutarea tinerelor s-a făcut cu acordul acestora, ele ştiind că vor lucra ca prostituate, iar o parte din banii câştigați va urma să o dea inculpatului ... Este nereală susținerea potrivit căreia modalitatea folosită în scopul exploatării tinerelor a fost frauda (a se citi – înşelăciunea – *n.a.*)..., cât timp tinerele racolate nu au fost induse în eroare în legătură cu o anumită situație de fapt, ele cunoscând scopul plecării în străinătate. Faptele săvârşite de inculpat, prin contribuții diferite, constînd în discuțiile purtate cu tinerele cu prilejul diferitelor întâlniri, demersurile făcute în vederea încheierii formalităților necesare ieşirii din țară, cazarea acestora pe diferite perioade, constituie infracțiunea de proxenetism...”.[14]

În cazul traficului de ființe umane (şi în cazul traficului de copii prevăzut de lit.a)-c) alin.(2) art.206 C.pen. RM), situația este de altă natură: se atestă o viciere a consimțământului şi, uneori, chiar lipsa consimțământului victimei. Deloc întâmplător, în dispoziția de la alin.(1) art.165 C.pen. RM se utilizează expresia „cu sau sără consimțământul acesteia (adică al victimei – *n.a.*)”. Or, chiar şi atunci când victima traficului de ființe umane îşi exprimă consimțământul (de a fi recrutată, transportată, transferată, adăpostită sau primită), acest consimțământ nu poate îndeplini condițiile unui consimțământ valabil exprimat. El este întotdeauna viciat datorită influențării, îmbrăcând oricare din modalitățile stabilite la lit.a)-c) alin.(1) şi f), g) alin.(2) art.165 C.pen. RM.

Cât priveşte art.206 C.pen. RM, în dispoziția acestuia nici nu sunt necesare cuvintele „cu sau fără consimțămîntul victimei”: din cauza vârstei sale, copilul nu este liber să-şi dea consimțământul de a fi recrutat, transportat, transferat, adăpostit sau primit. Nici persoana care deține controlul asupra copilului nu este liberă să-şi dea consimțământul. Aceasta deoarece scopul exprimării consimțământului este unul contrar legii, adoptând una din formele menționate la lit.a)-h) alin.(1) art.206 C.pen. RM. Din aceste considerente, consimțământul acordat subiectului infracțiunii prevăzute la art.206 C.pen. RM este nevalabil.

În ipoteza traficului de ființe umane (art.165 C.pen. RM), consimțământul victimei este nevalabil din alte considerente: el este afectat de constrângere sau de modalități de captare non-agresivă, îmbrăcând una din formele prevăzute la lit.a)-c) alin.(1) şi f), g) alin.(2) art.165 C.pen. RM.

2. Delimitarea traficului de ființe umane (art.165 C.pen. RM) / traficului de copii (art.206 C.pen. RM) de organizarea cerşetoriei (art.302 C.pen. RM)

La art.302 C.pen. RM e stabilită răspunderea pentru organizarea cerşetoriei în scopul de a obține pentru sine sau pentru altul foloase materiale injuste. Apare necesitatea delimitării traficului de ființe umane (în cazul în care scopul acestei infracțiuni constă în exploatarea pentru cerşetorie) de organizarea cerşetoriei. De asemenea, apare necesitatea delimitării traficului de copii, în cazul în care scopul acestei infracțiuni constă în practicarea de către victimă a cerşetoriei.

Considerăm că, în mare parte, criteriile de delimitare sunt aceleaşi ca şi cele aplicate în vederea delimitării traficului de ființe umane (art.165 C.pen. RM) / traficului de copii (art.206 C.pen. RM) de proxenetism (art.220 C.pen. RM).

Astfel, scopurile distincte avute în vedere la săvârşirea infracţiunilor, pe care le delimităm, constituie prima deosebire între ele. În cazul infracţiunii de organizare a cerşetoriei, scopul se exprimă exclusiv în obţinerea pentru făptuitor sau pentru altcineva a unor foloase materiale injuste. În contrast, în cazul traficului de fiinţe umane, scopul constă în exploatarea victimei pentru cerşetorie. Doar în subsidiar scopul traficului de fiinţe umane / traficului de copii se poate exprima în obţinerea pentru făptuitor sau pentru altcineva a unor foloase materiale injuste.

În al doilea rând, deosebirea dintre organizarea cerşetoriei şi traficul de fiinţe umane / traficul de copii constă în finalitatea urmărită prin săvârşirea lor. Astfel, prin comiterea infracţiunii de organizare a cerşetoriei făptuitorul trage foloase de pe urma practicării cerşetoriei de către victimă. Totuşi, victima îşi însuşeşte o parte substanţială din beneficii. În contrast, în cazul traficului de fiinţe umane / traficului de copii, folosul obţinut astfel este însuşit în întregime (sau într-o proporţie ce semnifică exploatarea) de către făptuitor.

În al treilea rând, la organizarea cerşetoriei, victima îşi dă acordul în mod nealterat, voinţa sa de a cerşi aparţinându-i în totalitate, fiind exprimată în mod liber. În cazul organizării cerşetoriei, victima îşi dă acceptul, consimte nestingherit şi întotdeauna în înţelegere cu făptuitorul, în vederea practicării cerşetoriei, în scopul obţinerii de avantaje reciproce. În cazul traficului de fiinţe umane (şi în cazul traficului de copii prevăzut de lit.a)-c) alin.(2) art.206 C.pen. RM), situaţia este de altă natură: se atestă o viciere a consimţământului şi, uneori, chiar lipsa consimţământului victimei. Aceasta pentru că consimţământul victimei este întotdeauna viciat datorită influenţării exercitate de făptuitor, îmbrăcând oricare din modalităţile stabilite la lit.a)-c) alin.(1) şi f), g) alin.(2) art.165 C.pen. RM.

3. Delimitarea traficului de fiinţe umane (art.165 C.pen. RM) / traficului de copii (art.206 C.pen. RM) de trecerea ilegală a frontierei de stat (art.362 C.pen. RM)

În opinia lui V.T. Batîciko, traficul de fiinţe umane / traficul de copii este o infracţiune internaţională.[15] Nu putem fi de acord cu această opinie. Nu este obligatoriu ca traficul de fiinţe umane / traficului de copii să aibă un caracter transnaţional, sub aspectul care rezultă din prevederile alin.(2) art.12 C.pen. RM. În acest sens, are dreptate L.Iu. Egorova când afirmă că, în cazul traficului de fiinţe umane / traficului de copii, transportarea victimei se poate realiza atât în limitele teritoriului naţional, cât şi în afara acestuia.[16] Deci, transportarea unei persoane (inclusiv a unui copil), ca acţiune realizată în contextul traficului de fiinţe umane / traficului de copii, reprezintă deplasarea persoanei peste frontiera de stat a Republicii Moldova sau pe teritoriul Republicii Moldova.

În pct.16 al Hotărârii Plenului nr.37 din 22.11.2004 se menţionează că în cadrul traficului de fiinţe umane/ traficului de copii deplasarea victimei peste frontieră poate avea loc pe cale legală sau ilegală.

Bineînţeles, dacă victima traficului de fiinţe umane/ traficului de copii e trecută legal peste frontiera de stat, făptuitorului i se va aplica doar art.165 sau 206 C.pen. RM. Alta va fi situaţia în cazul în care această victimă trece ilegal frontiera de stat. De aceea, în cazul în care făptuitorul organizează trecerea unei persoane (a unui copil) peste frontiera de stat, în afara punctelor de trecere, în lipsa paşaportului stabilit sau în lipsa autorizaţiei din partea autorităţilor – aceasta realizându-se în legătură cu traficul de fiinţe umane / traficul de copii – i se va aplica răspunderea nu doar conform art.165 sau 206 C.pen. RM, dar şi pentru organizarea trecerii ilegale a frontierei de stat (conform alin.(3) art.42 şi art.362 C.pen. RM). Se va aplica răspunderea administrativă, nu răspunderea penală, pentru organizarea încălcării regulilor de trecere a frontierei de stat (art.191 al Codului cu privire la contravenţiile administrative), în cazul în care se organizează trecerea frontierei de stat prin punctele de trecere fără paşaportul stabilit sau fără autorizaţie din partea autorităţilor.

Atragem atenţia că, în conformitate cu pct.4 al Hotărârii Plenului Curţii Supreme de Justiţie a Republicii Moldova „Cu privire la practica judiciară în cauzele penale şi administrative referitoare la trecerea ilegală a frontierei de stat", nr.15 din 25.03.2002, trecerea frontierei de stat, fără paşaportul stabilit sau fără autorizaţie din partea autorităţilor, presupune trecerea săvârşită în baza paşaportului fals sau a altui document fals, a autorizaţiei false sau a documentelor altor persoane.[17] De aici rezultă că organizarea folosirii unor documente false, necesare trecerii frontierei de stat, se absoarbe de organizarea trecerii ilegale a frontierei de stat. În aceste condiţii, reieşind din prevederile art.118 C.pen. RM, aplicarea alin.(3) art.42 şi a art.362 C.pen. RM va exclude necesitatea aplicării alin.(3) art.42 şi a art.361 C.pen. RM.

4. Delimitarea traficului de fiinţe umane (art.165 C.pen. RM) / traficului de copii (art.206 C.pen. RM) de organizarea migraţiei ilegale (art.362[1] C.pen. RM)

Organizarea dezinteresată, neremunerată a migraţiei ilegale poate atrage răspunderea pentru organizarea infracţiunii de trecere ilegală a frontierei de stat. În contrast, organizarea remunerată a migraţiei ilegale intră sub incidenţa art.362[1] C.pen. RM. Or, un semn obligatoriu al laturii subiective a infracţiunii prevăzute la art.362[1] C.pen. RM este scopul obţinerii, directe sau indirecte, a unui folos financiar sau material.

Dar, infracţiunea de organizare a migraţiei ilegale are şi un alt scop: din dispoziţia art.362[1] C.pen. RM se desprinde că acesta constă în schimbarea permanentă

sau provizorie a țării de reşedință a victimei. Identificarea acestui scop este deosebit de importantă în vederea delimitării infracțiunii de organizare a migrației ilegale de traficul de ființe umane / traficul de copii. Traficul de ființe umane / traficul de copii nu are scopul de schimbare permanentă sau provizorie a țării de reşedință a victimei. În realitate, scopul traficului de ființe umane constă în exploatarea victimei; scopul traficului de copii constă în exploatarea victimei, în practicarea de către victimă a cerşetoriei (sau în alte scopuri josnice), în abandonarea victimei în străinătate ori în vânzarea sau cumpărarea victimei. Nu putem fi de acord cu acei autori care consideră că organizarea migrației ilegale poate fi săvârşită în scopul exploatării victimei.[18] Dacă legiuitorul ar fi avut în vedere un astfel de scop în ipoteza organizării migrației ilegale, l-ar fi nominalizat în dispoziția art.362[1] C.pen. RM. De aceea, conchidem că exploatarea în modalitățile descrise la art.165 şi 206 C.pen. RM este scopul traficului de ființe umane / traficului de copii. Nu şi scopul infracțiunii prevăzute la art.362[1] C.pen. RM.

Incompatibilitatea de scopuri ale infracțiunilor pe care le comparăm are ca efect imposibilitatea atestării concursului ideal dintre traficul de ființe umane / traficul de copii şi organizarea migrației ilegale. Cu alte cuvinte, aceeaşi persoană nu poate fi, în aceeaşi ipoteză, atât victimă a traficului de ființe umane / traficului de copii, cât şi victimă a organizării migrației ilegale.

În acest caz, care trebuie să fie calificarea dacă, în legătură cu traficul de ființe umane / traficul de copii, făptuitorul organizează folosirea documentelor oficiale false? Considerăm că, în cazul dat, folosirea documentelor oficiale false depăşeşte limitele componenților de infracțiuni prevăzute la art.165 sau 206 C.pen. RM. Deci, se impune tragerea la răspundere penală nu doar pentru traficul de ființe umane / traficul de copii, dar şi pentru organizarea folosirii documentelor oficiale false (adică potrivit alin.(3) art.42 şi art.361 C.pen. RM). Atragem atenția că la lit.b) alin.(1) art.165 C.pen. RM se utilizează termenul „înşelăciune". Însă, înşelăciunea, exercitată în contextul traficului de ființe umane, nu poate presupune ca formă folosirea documentelor oficiale false. Or, în cazul traficului de ființe umane, înşelăciunea se exercită asupra persoanei traficate, pentru a-i influența consimțământul.[19] În opoziție, folosirea documentelor oficiale false presupune prezentarea sau înfățişarea unor asemenea documente către factorul de decizie abilitat. Deci, de această dată destinatarul înşelăciunii este cu totul altcineva.

În art.206 C.pen. RM nu se utilizează termenul „înşelăciune". De aceea, s-ar părea că nu sunt temeiuri să fie pusă la îndoială necesitatea calificării suplimentare conform art.361 C.pen. RM, atunci când folosirea documentelor oficiale false se realizează în legătură cu traficul de copii. Totuşi, în practica judiciară în acest sens se mai atestă deficiențe. De exemplu, V.O. a fost condamnat potrivit lit.a) alin.(2) art.361 C.pen. RM. În fapt, aceasta, intenționat, din interes material, în scopul obținerii unui profit ilegal, a recrutat prin înşelăciune persoane tinere sub pretextul angajării la serviciu în Turcia, unde ultimele urmau să fie exploatate prin muncă şi constrânse la practicarea prostituției. În context, V.O. i-a transmis victimei D.B. o procură falsă din numele mamei lui D.B., precum că-i permite fiicei să plece peste hotarele țării. În procură V.O. a semnat în locul notarului. De asemenea, V.O. i-a transmis unei alte victime – C.E. – un paşaport pe numele lui P.E., fotografia nefiind a lui C.E., precum şi o adeverință de naştere pe numele lui O.O. Sentința în cauză a fost atacată de procuror, acesta solicitînd ca V.O. să fie recunoscută vinovată în baza lit.a) alin.(3) art.206 C.pen. RM.[20] În această speță trezeşte nedumerire atât soluția pronunțată de instanța de judecată, cât şi poziția procurorului: calificarea în care se invocă numai lit.a) alin.(2) art.361 C.pen. RM sau numai lit.a) alin.(3) art.206 C.pen. RM va fi parțială. Pentru ca calificarea să fie deplină, este necesar a se lua în considerație că V.O. a săvârşit atât infracțiunea prevăzută la lit.a) alin.(2) art.361 C.pen. RM, cât şi infracțiunea prevăzută la lit.a) alin.(3) art.206 C.pen. RM. În concluzie: atât soluția instanței de judecată, cât şi poziția procurorului, au ca efect subestimarea gradului prejudiciabil al celor săvârşite de V.O.

Revenind la delimitarea infracțiunii de organizare a migrației ilegale de traficul de ființe umane / traficul de copii, în calitate de criterii subsidiare de delimitare consemnăm:

1) libertatea fizică a victimei infracțiunii prevăzute la art.362[1] C.pen. RM nu suferă nici o influențare. În contrast, victimei traficului de ființe umane / traficului de copii libertatea fizică îi este limitată întotdeauna;

2) în cazul infracțiunii prevăzute la art.362[1] C.pen. RM, consimțământul victimei de a-i fi organizată migrația ilegală nu este alterat. În ce priveşte traficul de ființe umane / traficul de copii, consimțământul victimei este sau poate fi alterat pe una din căile specificate la lit.a)-c) alin.(1) şi lit.f), g) art.165 sau la lit.a)-c) alin.(2) art.206 C.pen. RM;

3) traficul de ființe umane / traficul de copii nu întotdeauna este o infracțiune transnațională. Organizarea migrației ilegale este prin excelență o infracțiune transnațională.

5. Delimitarea traficului de copii (art.206 C.pen. RM) de abuzul părinților şi altor persoane la adopția copiilor (art.205 C.pen. RM)

Una dintre modalitățile acțiunii prejudiciabile, în cazul traficului de copii, se exprimă în darea sau primirea unor plăți ori beneficii pentru obținerea consimțământu-

lui unei persoane care deține controlul asupra victimei. În acest caz, darea sau primirea unor plăți ori beneficii trebuie să aibă ca scop oricare din scopurile menționate la lit.a)-h) alin.(1) art.206 C.pen. RM. Dacă primirea unor plăți ori beneficii (a unei recompense sub orice formă) se face în scopuri legate de adopția victimei, fapta trebuie calificată conform alin.(1) art.205 C.pen. RM. Darea unor plăți ori beneficii (a unei recompense sub orice formă), având unul din scopurile legate de adopția victimei, trebuie considerată, după caz, intermediere, facilitare sau încurajare a adopției unui copil în scop de profit, beneficiu material sau alt beneficiu. Deci, urmează a fi calificată în baza alin.(2) art.205 C.pen. RM.

Excepție constituie cazul primirii unor plăți ori beneficii în scopul exploatării în sclavie sau în condiții similare sclaviei, în cazul adopției ilegale, care se califică potrivit lit.c) alin.(1) art.206 C.pen. RM. În această situație, scopul adopției victimei subzistă alături de scopul exploatării victimei în sclavie sau în condiții similare sclaviei.

În altă ordine de idei, este necesar a menționa că la lit.e) pct.3 art.2 al Legii privind prevenirea şi combaterea traficului de ființe umane se stabileşte că exploatarea persoanei se exprimă în folosirea femeii în calitate de mamă-surogat ori în scop de reproducere. Scopul presupunând o asemenea exploatare nu poate fi reținut în cazul infracțiunilor prevăzute la art.165 sau 206 C.pen. RM. Totuşi, ideea ce se conține în prevederea legală sus-amintită îşi găseşte dezvoltare în literatura de specialitate. Astfel, A.I. Milevski şi K.A. Volkov susțin că, în cazul traficului de copii, este posibilă încercarea întreprinsă de făptuitoare de a rezolva problemele maternității pe calea cumpărării unui copil străin.[21] Într-adevăr, la lit.h) alin.(1) art.206 C.pen. RM se prevede răspunderea pentru traficul de copii în scopul vânzării sau cumpărării victimei.

În context, prezintă interes opinia lui D.S. Sorokina: „În cazul vânzării copiilor de vârstă fragedă în scopul adopției lor, scopul exploatării acestora fie că nu va putea fi probat, fie că va lipsi în genere. Însă, oricare formă de exploatare presupune atingerea de către victimă a unei vârste anumite”.[22] Ridică rezerve acest punct de vedere: în sensul art.206 C.pen. RM, nu există nici o limită minimă de vârstă pentru victima minoră. De aceea, poate fi imaginată situația când scopul traficării victimei de vârstă fragedă este, de exemplu, prelevarea organelor sau țesuturilor acesteia ori abandonarea în străinătate. În altă privință, prin prisma legii penale autohtone, vânzarea victimei minore, în scopul adopției acesteia, nu poate să nu atragă răspunderea penală. Persoana care vinde copilul în scopuri legate de adopție urmează a fi trasă la răspundere conform alin.(1) art.205 C.pen. RM. Persoana care cumpără copilul în aceleaşi scopuri urmează a fi trasă la răspundere potrivit alin.(2) art.205 C.pen. RM. Persoana care vinde sau cumpără copilul în oricare din scopurile specificate la lit.a)-h) alin.(1) art.206 C.pen. RM trebuie să răspundă pentru trafic de copii (inclusiv în acele cazuri când se urmăreşte şi unul din scopurile legate de adopție). Or, vânzarea şi cumpărarea copilului nu sunt decât forme ale transferului copilului, respectiv, ale primirii copilului, modalități ale traficului de copii, nominalizate în art.206 C.pen. RM.

În concluzie la cele evocate mai sus putem menționa: deosebirea dintre infracțiunile prevăzute la art.205 şi art.206 C.pen. RM trebuie făcută prin prisma scopului acestor infracțiuni: infracțiunea prevăzută la art.205 C.pen. RM nu poate avea nici unul din scopurile specificate la lit.a)-g) alin.(1) art.206 C.pen. RM. Cât priveşte scopul vânzării sau cumpărării victimei, acesta poate fi atestat în cazul ambelor infracțiuni. De aceea, se va aplica alin.(1) sau (2) art.205 C.pen. RM atunci când făptuitorul urmăreşte nu doar scopul vânzării sau cumpărării victimei, dar şi un scop legat de adopție. Dimpotrivă, se va aplica nu alin.(1) sau (2) art.205 C.pen. RM, dar art.206 C.pen. RM, atunci când făptuitorul urmăreşte scopul vânzării sau cumpărării victimei, dar nu urmăreşte vreun scop legat de adopție.

6. Delimitarea traficului de copii (art.206 C.pen. RM) de scoaterea ilegală a copiilor din țară (art.207 C.pen. RM)

În conformitate cu art.207 C.pen. RM, răspunderea penală e stabilită pentru scoaterea copilului din țara în baza unor acte false sau pe altă cale ilegală, precum şi pentru abandonarea lui în străinătate în scopuri altele decât cele indicate la art.206 C.pen. RM. Totodată, abandonarea în străinătate este unul dintre scopurile traficului de copii, fiind consemnat la lit.g) alin.(1) art.206 C.pen. RM.

Abandonarea copilului în străinătate, prevăzută la art.207 C.pen. RM, trebuie deosebită de abandonarea copilului în străinătate, prevăzută la art.206 C.pen. RM. În calitate de criteriu de delimitare legea penală numeşte scopul infracțiunii, ceea ce nu poate fi corect: în cazul traficului de copii, abandonarea victimei în străinătate reprezintă ea însăşi un scop, nu o manifestare a realității obiective. De aceea, se va aplica numai art.206 C.pen. RM, dacă traficul de copii are scopul abandonării victimei în străinătate. Nu va fi necesară o calificare suplimentară conform art.207 C.pen. RM, chiar dacă scopul sus-amintit îşi va găsi realizare. Totuşi, precizarea care se impune în acest caz este următoarea: abandonarea copilului în străinătate se preconizează să se realizeze ca urmare a scoaterii legale (de exemplu, cu ocazia unei excursii) a acestuia din Republica Moldova.

Dacă însă abandonarea copilului în străinătate este precedată de scoaterea ilegală a acestuia din Republica Moldova, se va aplica art.207 C.pen. RM.

În acelaşi timp, se va aplica art.206 C.pen. RM, şi nu art.207 C.pen. RM, dacă scoaterea ilegală a copilului din Republica Moldova are ca scop nu doar abandonarea acestuia în străinătate, dar şi oricare alt scop din cele prevăzute la lit.a)-f) sau h) alin.(1) art.206 C.pen. RM. În această ipoteză, nu va fi necesară o calificare suplimentară potrivit art.207 C.pen. RM, chiar dacă îşi va găsi realizare scopul abandonării copilului în străinătate.

7. Delimitarea traficului de copii (art.206 C.pen. RM) de atragerea minorilor la activitate criminală sau determinarea lor la săvârşirea unor fapte imorale (art.208 C.pen. RM)

În acord cu lit.e) alin.(1) art.206 C.pen. RM, unul dintre scopurile traficului de copii este folosirea victimei în activitatea criminală. Totodată, în art.208 C.pen. RM se stabileşte răspunderea, printre altele, pentru atragerea minorilor la activitate criminală sau pentru instigarea lor la săvârşirea infracțiunilor. Se au în vedere „acțiunile îndreptate spre a-i provoca minorului dorința de a participa la săvârşirea unei sau câtorva infracțiuni, însoțite de aplicarea influenței fizice sau psihice, lovituri, asigurări de nepedepsire, măguliri, amenințări, intimidări, înşelăciune, provocare a sentimentului de răzbunare, invidie şi alte îndemnuri josnice, darea de sfaturi despre locul şi modul săvârşirii infracțiunii, promisiunea de a acorda ajutor minorului în vânzarea celor sustrase etc.” (conform lit.a) pct.16 al Hotărârii Plenului Curții Supreme de Justiție „Cu privire la practica judiciară în cauzele penale privind minorii”, nr.39 din 22.11.2004[23]).

Întrebarea firească este: în care cazuri se aplică lit.e) alin.(1) art.206 C.pen. RM şi în care cazuri se aplică art.208 C.pen. RM?

Răspunzând la această întrebare, considerăm că infracțiunea prevăzută la art.208 C.pen. RM nu poate presupune, ca modalități de săvârşire, recrutarea, transportarea, transferul, adăpostirea sau primirea unui copil, precum şi darea sau primirea unor plăți ori beneficii pentru obținerea consimțământului unei persoane care deține controlul asupra copilului. Totuşi, în practică, ar fi dificil a delimita recrutarea copilului în scopul folosirii acestuia în activitatea criminală (ca manifestare a infracțiunii prevăzute la art.206 C.pen. RM) de atragerea minorilor la activitatea criminală sau instigarea lor la săvârşirea infracțiunilor (ca manifestare a infracțiunii prevăzute la art.208 C.pen. RM). Aceasta pentru că, conform pct.3.1 al Hotărârii Plenului nr.37/2004, recrutarea se exprimă în atragerea (sublinierea ne aparține – *n.a.*) persoanelor prin selecționare într-o anumită activitate determinată de scopurile specificate în art.165 şi 206 C.pen. RM”. În situația dată, sunt insuficiente resursele legii penale pentru a face alegerea corectă între cele două norme concurente: lit.e) alin.(1) art.206 C.pen. RM sau art.208 C.pen. RM? Considerăm că soluția constă în a apela la una din regulile stabilite la alin.(3) art.8 al Codului de procedură penală al Republicii Moldova: „Toate dubiile în probarea învinuirii care nu pot fi înlăturate... se interpretează în favoarea bănuitului, învinuitului, inculpatului”. Respectând această regulă, vom aplica art.208 C.pen. RM, şi nu lit.e) alin.(1) art.206 C.pen. RM, în ipoteza în care trezeşte îndoieli faptul că victima a fost recrutată sau atrasă în vederea folosirii ei în activitatea criminală / instigării ei la săvârşirea infracțiunilor.

Atragem atenția la faptul că prezența sau lipsa pluralității de făptuitori nu ar putea constitui un criteriu eficient de delimitare în ipoteza consemnată mai sus. Or, pluralitatea de făptuitori nu este o condiție obligatorie pentru existența traficului de minori. Implicit, aceasta rezultă din prevederea de la lit.d) alin.(2) art.165 C.pen. RM, care stabileşte răspunderea penală pentru traficul de ființe umane săvârşit de două sau mai multe persoane. Rezultă că infracțiunea de trafic de ființe umane poate fi săvârşită şi de un singur făptuitor. Aceeaşi constatare este valabilă şi pentru traficul de copii. Chiar dacă în art.206 C.pen. RM nu se specifică în calitate de agravantă săvârşirea infracțiunii de două sau mai multe persoane. În concluzie: atât traficul de copii, cât şi infracțiunea prevăzută la art.208 C.pen. RM, pot fi săvârşite de un singur făptuitor sau de mai mulți făptuitori.

8. Delimitarea traficului de copii (art.206 C.pen. RM) de pornografia infantilă (art.208[1] C.pen. RM)

Conform lit.a) alin.(1) art.206 C.pen. RM, răspunderea se stabileşte pentru traficul de copii având scopul exploatării sexuale, inclusiv în industria pornografică. La art.208[1] C.pen. RM se prevede răspunderea pentru producerea, distribuirea, difuzarea, importarea, exportarea, oferirea, vinderea, schimbarea, folosirea sau deținerea de imagini sau alte reprezentări ale unui sau mai mulți copii implicați în activități sexuale explicite, reale sau simulate, ori de imagini sau alte reprezentări ale organelor sexuale ale unui copil, reprezentate de o manieră lascivă sau obscenă, inclusiv în formă electronică.

Este posibilă săvârşirea în paralel a pornografiei infantile şi a traficului de copii (de exemplu, când adăpostirea unui copil, în scopul exploatării lui sexuale în industria pornografică, e săvârşită alături de producerea de imagini sau alte reprezentări ale aceluiaşi copil, implicat în activități sexuale explicite, reale sau simulate, ori de imagini sau alte reprezentări ale organelor sexuale ale acelui copil, reprezentate de o manieră lascivă sau obscenă, inclusiv în formă electronică). În acest caz, va exista un concurs de infracțiuni prevăzute la lit.a) alin.(1) art.206 şi la art.208[1] C.pen. RM. Însă, în cazuri

mai frecvente, pornografia infantilă va succeda traficul de copii. Într-un asemenea caz, de asemenea va exista un concurs între aceleaşi infracţiuni.

Între infracţiunile prevăzute la lit.a) alin.(1) art.206 C.pen. RM şi la art.208[1] C.pen. RM există un concurs cu conexitate etiologică. Adică „acea specie de concurs de infracţiuni care presupune săvârşirea unei infracţiuni pentru a înlesni săvârşirea altei infracţiuni”.[24] Când are scopul exploatării sexuale a victimei în industria pornografică, traficul de copii apare ca infracţiune-mijloc în raport cu infracţiunea de pornografie infantilă. La rândul său, infracţiunea de pornografie infantilă apare ca infracţiune-scop faţă de traficul de copii, presupunând scopul consemnat.

În pofida conexiunii dintre cele două infracţiuni, între ele nu există o legătură care să presupună concurenţa de norme penale, în varietatea de concurenţă dintre o parte şi un întreg. Infracţiunea de pornografie infantilă, chiar atunci când e săvârşită în paralel cu traficul de copii (săvârşit în scopul exploatării sexuale în industria pornografică), nu se absoarbe de această din urmă infracţiune. Aceasta deoarece cele două infracţiuni comportă mai multe deosebiri care exclud o asemenea concurenţă:

1) pornografia infantilă nu presupune atingere adusă libertăţii fizice a victimei. Spre deosebire de aceasta, traficul de copii implică în mod necesar limitarea libertăţii fizice a victimei;

2) nici chiar în plan secundar pornografia infantilă nu aduce atingere integrităţii corporale, sănătăţii sau libertăţii psihice a victimei. În contrast, traficul de copii, în modalităţile specificate la lit.a)-c) alin.(2) art.206 C.pen. RM, presupune sau poate presupune atingerea adusă unor asemenea valori sociale;

3) latura obiectivă în cazul celor două infracţiuni comparate are un conţinut cu totul diferit. Nici una din modalităţile de săvârşire a pornografiei infantile nu se regăseşte printre modalităţile de săvârşire a traficului de copii. Şi viceversa: nici una din modalităţile de săvârşire a traficului de copii nu se regăseşte printre modalităţile de săvârşire a pornografiei infantile;

4) persoana juridică (cu excepţia autorităţii publice) poate fi subiectul traficului de copii. Nu şi subiectul pornografiei infantile.

Note:

[0] Procuratura Generală. Comunicat de presă // www.procuratura.md

[2] Informaţie cu privire la rezultatele generalizării practicii judiciare pe cauzele cu privire la traficul de fiinţe umane, traficul de copii, scoaterea ilegală a copiilor din ţară şi proxenetism // Buletinul Curţii Supreme de Justiţie a Republicii Moldova, 2006, nr. 5, p.15-19.

[3] Buletinul Curţii Supreme de Justiţie a Republicii Moldova, 2005, nr.8, p.4-7.

[4] S.Brînză, X.Ulianovschi, V.Stati şi alţii. *Drept penal. Partea Specială*. – Chişinău: Cartier, 2005, p.376.

[5] Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2005, nr.164-167.

[6] Decizia Colegiului penal lărgit al Curţii Supreme de Justiţie a Republicii Moldova nr.ra-729/2007 // Modlex

[7] *A se vedea:* В.Лаевский. *Противодействие торговле людьми: некоторые вопрсы квалификации преступлений* // Судовы веснік, 2006, №3, p.14-17.

[8] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a României. Secţia penală. Decizia nr.1643/2006 // http://iccj.scj.ro/cautare.php?id=28687

[9] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a României. Secţia penală. Decizia nr.1760/2006 // http://iccj.scj.ro/cautare.php?id=31131

[10] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a României. Secţia penală. Decizia nr.1459/2006 // http://iccj.scj.ro/cautare.php?id=30630

[11] Informaţie cu privire la rezultatele generalizării practicii judiciare pe cauzele cu privire la traficul de fiinţe umane, traficul de copii, scoaterea ilegală a copiilor din ţară şi proxenetism // Buletinul Curţii Supreme de Justiţie a Republicii Moldova, 2006, nr.5, p.15-19.

[12] *Ibidem.*

[13] *Ibidem.*

[14] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie a României. Secţia penală. Decizia nr.2939/2005 // http://scj.ro/SD%20rezumate%20 2005/SP%20%202939%202005.htm

[15] *A se vedea:* В.Т. Батычко. *Уголовное право. Общая и Особенная части.* – Таганрог, 2006, p.113.

[16] *A se vedea:* Л.Ю. Егорова. *Объективная сторона – один из важнейших признаков состава преступления – торговля людьми* // Российский следователь, 2005, nr.3, p.17-20.

[17] Culegere de hotărâri ale Plenului Curţii Supreme de Justiţie (mai 1974-iulie 2002). – Chişinău, 2002, p.300-302.

[18] *A se vedea:* А.Вакуленко. *О понятии «контрабанда» в законодательстве Российской Федерации и международном праве* // Закон и право, 2004, nr.9, p.48; В.Б. Шакин. *Понятие криминальной эксплуатации людей. Криминальная эксплуатация в уголовном законодательстве России* // Сибирский Юридический Вестник, 2001, nr.1, p.15.

[19] Potrivit pct.5.7. din Hotărârea Plenului nr.37/2004, „înşelăciunea constă în inducerea în eroare şi păgubirea unei persoane prin prezentarea drept adevărate a unor fapte mincinoase sau inversate în scopul de a obţine pentru sine sau pentru altcineva realizarea traficului de persoane. Înşelăciunea ca metodă de săvârşire a infracţiunii se poate manifesta atât prin acţiuni active, care constau în comunicarea informaţiilor false despre anumite circumstanţe sau fapte, cât şi prin inacţiuni care rezidă în ascunderea, tăinuirea circumstanţelor sau faptelor reale (de exemplu, false promisiuni pentru un loc de muncă legal, tăinuirea condiţiilor adevărate în care victima va fi forţată să muncească etc.)”.

[20] Decizia Colegiului penal al Curţii Supreme de Justiţie a Republicii Moldova nr.1ra-44/2008 din 26.02.2008 // Moldlex

[21] *A se vedea:* А.И. Милевский. *Особенности субъективной стороны торговли несовершеннолетними* // Следователь, 2000, nr.5, p.3-6; К.А. Волков. *Притиводействие торговле людьми как направление современной уголовной политики* // Российский следователь, 2006, nr.2, p.15-17.

[22] *A se vedea:* Д.С. Сорокина. *Торговля людьми: к вопросу о совершенствовании нормы* // www.lomonosov-msu.ru

[23] Buletinul Curţii Supreme de Justiţie a Republicii Moldova, 2005, nr.7, p.6-8.

[24] M.A. Hotca. *Codul penal. Comentarii şi explicaţii.* – Bucureşti: C.H. Beck, 2007, p.384.

VIZIUNILE LUI CONSTANTIN STERE CU PRIVIRE LA DREPT

Raisa GRECU,
doctor în drept, conferenţiar universitar (USM)

Recenzent: ***Gheorghe AVORNIC,***
doctor habilitat în drept, profesor universitar (USM)

SUMMARY

In this article the ideas of Constantin Stere regarding the phenomenon of law are analyzed. The scholar considers that law appears in a human society at the same time with the state as a result of appearance of private property and the differentiation of society in social classes. However, his vision differs from the materialistic approach by marking of the role of human individuality as an active factor of social progress. The constitutionalist sees law as a result of balance of different social forces. In this article it is stipulated that the visions of Constantin Stere in regard to law were heavily influenced by the concept of the great Austrian scholar Rudolph von Ihering in the respective problem. Also, some tangents between Constantin Stere and the scholar Mircea Djuvara in their concept regarding law are put in evidence.

În teza sa de licență *Evoluția individualității şi noțiunea de persoană în drept* Constantin Stere susține că dreptul este creația cea mai importantă a organizației politice de stat[1]. În opinia viitorului licențiat, dreptul, care apare odată cu apariția statului, se află cu acesta într-o relație indisolubilă. Pentru a ilustra relația de indispensabilitate dintre drept şi stat Constantin Stere apelează la ideea lui Gumplowicz, celebru profesor de drept constituțional la Universitatea din Gratz, care remarcă într-un stil foarte expresiv că în afară de stat nu există nici un drept, fiindcă dreptul este un institut eminamente politic (de stat), el este carne din carnea şi sânge din sângele statului.[2]

În lucrarea sa *Introducere în studiul dreptului constituțional* Constantin Stere relevă că dreptul apare în societatea umană în momentul diferențierii ei în clase şi formării multiplelor interese contrarii. La această etapă a evoluției societății umane viața socială prezenta o veşnică frământare şi luptă între diverse interese individuale, de grup şi generale ale societății. Morala primitivă nu mai era în stare să mențină integritatea vieții sociale. „Atunci au fost create norme de drept, menite să deie vieții sociale unitatea necesară, să păstreze ordinea şi echilibrul între diferite forțe sociale în luptă, menținînd între diferite elemente ale societății acea colaborare pentru scopuri comune, care este indispensabilă pentru orice formă de cooperație socială. Dar respectul pentru aceste norme de drept nu se poate menține fără a recurge, la nevoie, la o constrîngere directă în contra elementelor recalcitrante sau centrifuge. Societatea nu mai poate exista fără o organizație a constrîngerii sociale. Aceasta e misiunea statului", explică Constantin Stere.[3]

La fel, *Cursul de drept constituțional* începe cu o detaliată explicație a fenomenului apariției dreptului concomitent cu cel al statului. Profesorul Constantin Stere subliniază că orice societate omenească nu poate trăi, nu se poate menține un singur moment, dacă între membrii acestei societăți nu se stabilesc anumite reguli de conduită, prin care se limitează sfera de activitate a fiecărui membru din această societate.[4] Societatea este dirijată de cel puțin două feluri de norme de conduită: norme morale, care nu se impun decât de opinia publică a societății, şi norme, care se impun membrilor societății prin constrângere şi a căror violare atrage după sine o pedeapsă, o sancțiune. Anume ultimele formează, după cum se exprimă Constantin Stere, cuprinsul dreptului obiectiv. Norme generale de conduită există în orice societate şi ele se respectă de către membrii societății, pentru ca această societate să poată exista. Însă, nu în orice fel de societate există şi norme ce se pot impune prin constrângere exterioară. Existența unor astfel de norme este, după Constantin Stere, caracterul distinctiv şi esențial al acelor societăți care iau formă de stat. În momentul când în anumite condiții societatea nu mai poate trăi, bazându-se numai pe formele vechi, pentru a nu fi nevoită să piară, să se stingă însăşi societatea, apare un organ nou, care în numele societății întregi şi în interesul ei monopolizează puterea, dreptul de constrângere exterioară. Astfel se naşte acea formă de societate, în care normele generale de conduită au scutul acestui

organ, care în numele societății întregi poate impune respectul normelor generale de conduită.[5]

Constantin Stere susține în continuare: „Cînd, în sfîrşit, se naşte puterea de constrîngere exterioară, monopolizată în numele societății întregi, forma aceasta a societății se numeşte stat şi atunci el apare nu numai ca apărător al ordinii de drept prin puterea de constrîngere socială monopolizată de el, dar el este şi izvorul acestei ordini de drept.

...Statul impune normele de conduită generală, pe care el apoi le apără la nevoie prin constrîngere exterioară, prin constrîngerea socială, adică dînd sancțiuni penale, pedepse pentru acei membri ai statului, care nu s-ar supune normelor de conduită şi nu le-ar respecta”.[6]

Şi în acest moment omul de ştiință Constantin Stere pune întrebarea, care nu este deloc neaşteptată pentru cei familiarizați deja cu convingerile ştiințifice, pe care le împărtăşea savantul, şi cu principiile, de care se ghida nu doar în creația sa ştiințifică, dar şi în activitatea sociopolitică. Aşadar, profesorul adresează auditoriului următoarea întrebare: „Statul stabileşte anumite norme de conduită pentru toți membrii lui şi tot el le impune. Atunci cum se poate ca să fie vreo normă de conduită, care se impune şi statului şi cine o impune?”.[7] Şi cu altă ocazie, dar la aceeaşi temă: „Atunci cum, statul nu are nici o limită? Nu are nici o limită de ordine de drept şi dacă toate drepturile sînt născute din stat şi susținute de stat, atunci noi sîntem robii statului?

Şi dacă nu, şi dacă nu sîntem robii statului, şi dacă statul, puterea, autoritatea statului are o limită, atunci care e această limită a puterii statului şi care-i baza, care-i natura acestei limite?”.[8]

Răspunsul la întrebare începe cu o declarație univocă, declarație care caracterizează din plin personalitatea lui Constantin Stere şi spune totul despre convingerile sale ştiințifice şi viziunile sociopolitice: „...E vădit lucru că ideea atotputerniciei, pe care ar avea-o statul, de a schimba totul şi de a impune totul, e ceva, care jigneşte pe oricine”.[9] Iar răspunsul propriu-zis la întrebarea despre limita puterilor statului Constantin Stere îl găseşte în caracteristica generală a vieții moderne, care se bazează pe faptul că şi statul însuşi apare limitat prin normele de conduită generală, prin normele de drept.[10]

El menționează că, de fapt, problema ține de domeniul filosofiei dreptului şi, în dependență de modalitățile soluționării ei, lumea savantă se divizează în două grupuri mari. Primul grup este constituit din adepții teoriei contractului social, conform căreia drepturile şi libertățile individuale imprescriptibile şi inviolabile, anterioare existenței statului, au fost odată şi pentru totdeauna rezervate după sine de către membrii societății în momentul constituirii statului în baza contractului social. S-a vorbit în una din publicațiile precedente, intitulată *Viziunea lui Constantin Stere asupra originii statului şi postulatelor teoriei contractului social*, despre dezacordul sterian cu postulatele de bază ale teoriei contractului social şi argumentele aduse în acest sens nu vor fi reiterate aici. Dar amintim încă o dată că, în pofida acestui declarat dezacord, profesorul a găsit de cuviință să aducă la cunoştința studenților în cadrul prelegerilor principalele idei, care stau la baza doctrinei date, motivând gestul ştiințific prin faptul „... că dreptul pozitiv modern e pătruns de această concepție a temeliilor statului şi a drepturilor născute din concepția individualistă, din concepția drepturilor individuale”.[11]

Insistând asupra faptului că nicăieri şi niciodată un stat nu a apărut în urma unui contract social, ci doar în urma unei evoluții firesti şi că statul este nu altceva decât o formă a vieții sociale, Constantin Stere mai aduce un argument în defavoarea doctrinei contractului social, care ne interesează mult în lumina temei prezentei publicații. Şi anume: savantul găseşte teoria contractului social eronată şi din cauza că în anumite perioade istorice se atestă existența unor drepturi care, într-un moment, într-o epocă dată, par sacre şi inviolabile şi însăşi ideea că statul ar putea interveni în aceste drepturi provoacă indignare. Însă, pe parcursul evoluției istorice, odată cu schimbarea mentalității în societate, se creează situația când „... ceea ce mai înainte era considerat ca un sacrilegiu cu timpul devine o necesitate imperioasă, care trebuie satisfăcută, pentru ca societatea să poată progresa, o nevoie absolută a unei vieți normale de stat”.[12] Şi întru a-şi argumenta opinia profesorul operează cu exemple, cum ar fi acceptarea foarte întârziată de către societatea umană civilizată a principiului de libertate a conştiinței care, după Constantin Stere, „... este sau se poate zice că este cel mai mare bun al omului, un om cu oarecare înălțare morală merge mai degrabă la moarte decît să sufere vreo intervenție în sfera conştiinței lui”.[13] În acelaşi sens vorbeşte profesorul şi despre frecventele intervenții, care se comit de la o societate la alta şi de la o perioadă istorică la alta în instituția dreptului de proprietate privată. Drepturile individuale imprescriptibile şi inviolabile formulate în celebra Declarație a drepturilor omului şi cetățeanului în timpul Revoluției franceze au fost supuse unor anumite mărginiri, susține Constantin Stere, şi limita puterilor statului nu poate fi căutată în drepturile inviolabile şi imprescriptibile anterioare statului. „Prin urmare, şi istoric, şi din punct de vedere al interpretării realității, concepția individualistă, care

pleacă de la individ, de la individul singuratic, anterior statului, pentru a ajunge la limitele puterii statului, la limitele autorității statului, această concepție nu se justifică", concluzionează savantul.[14]

Constantin Stere aderă la o altă concepție privitor la limitele puterilor statului în domeniul prescrierii şi impunerii prin forță de constrângere a normelor de conduită generală. Această explicație rezidă în natura normei de drept, care poartă atât un caracter social, cât şi unul individual.

Conform opiniei savantului, regula de drept este totodată şi una socială. Ea nu poate fi percepută decât în baza principiului că omul s-a născut în societate şi că societatea trebuie să-l apere, iar dacă nu face atare lucru, societatea rămâne o societate înapoiată, o societate expusă în fiecare moment pieirii, căci istoria se răzbună. Constantin Stere remarcă: „Regimul de drept, normele juridice, adică acele norme de conduită generală, care sînt susținute prin ajutorul aparatului de constrîngere socială, aceste norme sînt prin însăşi natura lor şi nu pot fi altfel decît norme, reguli sociale în acel sens, că ele nu pot exista decît în societate şi că scopul lor nu e altul decît de a asigura condițiile indispensabile pentru existența societății".[15] După Constantin Stere, norma de drept este o regulă socială şi în sensul că ea asigură existența şi propăşirea societății.[16]

Totodată, norma de drept poartă un caracter individual. Ea se rasfrânge în conştiința individuală şi face parte din patrimoniul conştiinței individuale, conchide Constantin Stere. De aici, o normă juridică, care nu va ține seama de conştiința juridică a unui popor, aşa cum se răsfrânge ea în conştiința fiecărui membru din societate, această normă rămâne literă moartă, rămâne o hârtie mâzgălită şi atât tot, consideră savantul.[17] Şi, cu altă ocazie, în acelaşi sens Constantin Stere susține: „...La urma urmei, norma de drept, ca să aibă putere şi viață, ea trebuie să pătrundă în conştiința cetățenilor...".[18]

Caracterul individual al normei de drept are, în viziunea lui Stere-juristul, o dublă manifestare. „Regula de drept, pentru a fi o regulă de drept, trebuie să existe în conştiința individuală, în conştiința fiecărui individ".[19] În al doilea rând, norma de drept poartă, în opinia savantului, un caracter individual, pentru că există în conştiința individuală a fiecărui membru al societății, pentru că a pătruns conştiința indivizlor, care trăiesc în societate şi pentru că nu poate fi impusă decât prin indivizi, prin canalul individual.[20]

După aceste explicații cu privire la caracterul normei de drept, Constantin Stere revine la întrebarea despre limitele puterii statului: „Căci dacă statul poate crea orice normă de drept şi dacă poate impune orice normă, atunci înțelegeți D-stră că individul e supus puterii arbitrare a statului. Şi atunci ce rost are un stat de drept, cu un regim de drept, prin ce se deosebeşte un astfel de stat de statul cu un regim absolut?".[21] În viziunea constituționalistului, limita puterilor statului nu este şi nici nu poate fi de ordin juridic, fiindcă este evident că nu există deasupra statului o putere, care să-i impună anumite norme de conduită şi nici nu există deasupra statului o putere de constrângere, care să-l silească să respecte normele de conduită care i-au fost impuse. Dar, relevă savantul, există o sancțiune şi pentru stat, şi e o sancțiune mult mai teribilă ca celelalte sancțiuni – sancțiunea istorică.[22]

În condițiile în care toate statele formează o societate, când există raporturi între toate statele şi nu există bariere între statele moderne sau, după cum se exprimă savantul, nu există şi nici nu pot exista ziduri chinezeşti, statul care nu va respecta anumite norme de conducere poate fi supus sancțiunii istorice, care este, după Constantin Stere, de două feluri – de fapt şi de drept. Prima sancțiune, cea de fapt, numită de savant şi materială, se va manifesta în depăşirea acestui stat în lupta economică între state, despre care spune că e „o luptă paşnică, e adevărat, dar e şi una distrugătoare".[23] Cea de-a doua sancțiune eventuală pentru un stat poate fi cea morală, juridică, şi ea ține de dreptul internațional: „... Din punct de vedere al dreptului intern public, statul nu-i decît subordonat de drept, şi statul, care nu respectă anumite norme de drept, care au pătruns în conştiința tuturor statelor civilizate, acel stat nu e primit între statele civilizate".[24] Constituționalistul este ferm convins că există norme care nu pot fi violate fără pedeapsă.[25]

Impresionează concluzia finală făcută de Constantin Stere asupra corelației dintre drept şi conştiința juridică a poporului, iar de aici, respectiv – şi asupra limitei puterilor statului:„ ... Şi puterea statului are o limită, că statul poate să creeze orice norme de drept şi cu toate acestea ele să nu fie respectate, pentru că acele norme de drept nu pot fi înțelese de popor, pentru că acele norme nu pot pătrunde în conştiința poporului".[26] Fiind convins că „în statele moderne, de fapt, conştiința cetățenilor creează norme de drept şi nu statul", Constantin Stere afirmă: „Unii cugetători au spus că principiul de suveranitate există întotdeauna şi chiar şi în cel mai absolutist stat nu se poate impune o normă revoltătoare şi, prin urmare, chiar atotputernicia sultanului sau a țarului se reazemă tot pe conştiința poporului. Dar în statele moderne cu atît mai puțin se poate aştepta să fie impusă o normă de drept, care normă să nu fi fost mai dinainte acceptată de conştiința poporului".[27]

Vom recapitula această reiterare a ideilor lui Constantin Stere despre caracteristicile normei de drept şi rolul dreptului în societatea umană în câteva concluzii de principiu:

- norma de drept poartă un caracter social şi menirea dreptului ca instrument social este de a asigura existența şi propăşirea individului şi a societății umane, iar societatea, la rândul ei, este obligată să-l apere pe individ;

- norma de drept poartă un caracter individual şi nu poate funcționa decât dacă a pătruns în conştința individuală, prin care se şi împune;

- dreptul nu poate exista şi funcționa în afara conştiinței juridice a poporului şi în statele moderne conştiința juridică a poporului creează norme de drept, şi nu statul;

- norma de drept, care nu ține cont de conştiința juridică a unui popor, rămâne literă moartă;

- statul, care nu va respecta anumite norme de conducere, poate fi supus unor eventuale sancțiuni istorice – de fapt şi de drept.

Constantin Stere relevă că inițial ordinea de drept apare, de fapt, ca „ordinea inegalității", „... cînd în sînul societîții însăşi se ciocnesc diferite grupe sau clase sociale antagoniste, unele stăpînitoare, altele supuse, – spre a se putea stabili o convieţuire a acestor elemente sociale eterogene, se simte nevoia unei organizații de constrîngere, fiindcă „voința şi conştiința generală" sau „moravurile" unui grup nu pot fi recunoscute de celelalte. Atunci puterea şi preponderența celor mai tari fac cu putință această convieţuire şi stabilesc noua ordine socială; şi formele vieții sociale comune a acestor elemente eterogene, stabilite pe această cale – condensîndu-se în norme, a căror observare poate fi impusă la nevoie prin constrîngere – produc *dreptul.*

Această stare de lucruri, impusă prin puterea celor tari şi primită de nevoie de cei slabi, formează baza „ordinei de drept".[28] În continuare Constantin Stere susține că constrângerea exterioară, care apare în legătură cu instituirea ordinii de drept, devine o necesitate în organizația politică de stat, care, punând în funcționare noul mecanism – dreptul, urmăreşte scopul conservării şi dezvoltării sociale. Anume dreptul semnalează acele momente de echilibru instabil, care se prezintă ca rezultanta diferitelor interese şi tendințe antagoniste din societate.

Concepția steriană asupra dreptului poartă evidente conotații de inspirație din opera juridică a renumitului savant german Rudolph von Ihering (1818–1892). Începând cu teza de licență, Constantin Stere a apelat frecvent în lucrările sale la ideile lui Rudolph von Ihering, pe care îl considera genial. Rudolph von Ihering a susținut teza de doctor habilitat la Universitatea din Berlin (1843), a fost profesor ordinar de drept la Universitatea din Göttingen şi Basel (Elveția), a deținut funcția de profesor la universitățile din Rostock, Kill, Hessen şi Viena, a fost membru corespondent al Academiilor de Ştiințe din Viena, Roma şi Amsterdam, membru de onoare al universităților din Petersburg, Moscova şi Kazan. Pentru merite deosebite în dezvoltarea ştiinței dreptului în Austria lui Rudolph von Ihering i-a fost decernat titlul de nobil.

Este cunoscut faptul că, inițial, Rudolph von Ihering împărtăşea fără rezerve concepțiile şcolii istorice de drept. Ulterior, savantul şi-a revăzut viziunile sale, însă fără a accentua în mod special delimitarea sa de ideile celor mai iluştri reprezentanți ai şcolii respective din acele timpuri – Puchta şi Savigny. Prin aceasta se şi explică faptul că binecunoscuta sa lucrare *Despre spiritul dreptului roman* (1852–1865, Leipzig, două volume) a rămas neterminată. Distanțarea s-a produs prin apelarea lui Ihering la noțiunile de interes, inclusiv moral, luptă de interese, conceptualizarea dreptului la nivel individual în calitate de interes protejat juridic, iar la nivel social – în calitate de exponent al echilibrului intereselor sociale, aflate în luptă permanentă. Cu timpul, viziunile lui Ihering asupra evoluției istorice a dreptului în societate devin mai realiste decât cele ale adepților şcolii istorice. Ele şi-au găsit expresia în lucrarea sa *Scopul în drept* (1877–1883, Leipzig, două volume), la fel nedefinitivată, dar pe care însuşi autorul o considera opera fundamentală a vieții sale. Conform unor opinii, în publicațiile sale din anii 50-60 ai secolului al XIX-lea Ihering nu doar critică într-un mod strălucit teoria şcolii istorice, ci şi propune în schimb teoria sa, desăvârşită şi integră, de o *orientare social-filosofică* pronunțat exprimată, care ulterior a contribuit mult la formarea *bazei sociologice* a studierii istorice a dreptului (evidențierile aparțin autorului – K.J.). În şcoala rusă de drept viziunile lui Rudolph von Ihering au fost împărtăşite de către savanții S.A. Muromțev (1850–1910) (*Recepționarea dreptului roman în Apus,* 1886), *Bazele dreptului civil. Omul şi societatea,* 1908) şi de către N.M. Korkunov (1853–1904), (*Istoria filosofiei dreptului,* 1896).[29]

Cu unele diferențe, despre care s-a scris deja pe măsura expunerii viziunilor lui Constantin Stere asupra celor mai diverse probleme cu privire la fenomenele statului şi ale dreptului, ideile lui Rudolph von Ihering au fost preluate, analizate şi au servit drept punct de pornire pentru formularea viziunilor ştiințifice ale marelui nostru savant.

La concepțiile ştiințifice despre esența, locul şi rolul dreptului în societate, în careva măsură tangențiale

celor ale lui Constantin Stere, pot fi atribuite viziunile savante ale lui Mircea Djuvară expuse în lucrările *Teoria generală a dreptului* (Bucureşti, 1930), *Drept rațional, izvoare şi drept pozitiv* (Bucureşti, 1934), una din ultimele republicări ale ambelor lucrări fiind realizată în anul 1999 la Bucureşti. Vom aduce câteva exemple. Cu privire la teoria contractului social Mircea Djuvara susține: „Această concepție a individului antagonist cu statul este ştiințifică, însă astăzi complet depăşită, chiar dacă subzistă în dreptul pozitiv, ca o reacție în contra unor abuzuri ale autorității publice, în viața practică de toate zilele. Nu se poate concepe individul în război, prin voința lui, cu statul; nu se poate concepe individul în opoziție cu societatea din care face parte. Societatea, din contra, şi deci, statul, care este reprezentatntul ei juridic, constituie materialul din care se țese în sufletul nostru realitatea fundamentală a fiecăruia din noi”.[30] Analizând ideile lui Rudolph von Ihering expuse în lucrările *Spiritul dreptului roman* şi *Scopul în drept*, Mircea Djuvara formulează propria sa viziune asupra legii – ca fiind numai un mijloc de expresie a conştiinței juridice colective[31], iar dreptul constituțional, de exemplu, în opinia sa, nu este alceva decât rezultanta luptelor politice la un moment dat.[32] Şi, în sfârşit, Mircea Djuvara se pronunță foarte clar, în acelaşi sens ca şi Constantin Stere, asupra izvorului material al dreptului: „Conştiința socială, care se creează astfel în fiecare clipă a evoluției unui popor, în ce priveşte ideea de justiție şi aplicarea ei eventuală, constituie ceea ce se cheamă izvorul material al dreptului, spre deosebire de izvoarele lui formale”.[33] De aici urmează concluzia, nelipsită de importanță pentru activitatea de legiferare şi realizare a dreptului în societățile aflate în curs de consolidare a unui regim constituțional democrat şi de edificare a statului de drept: „De aceea nu există legi universale, nu există instituții universale; există instituții şi legi numai pentru un popor dat. Chiar atunci când un popor adoptă dispoziții de lege din alte țări, cum am făcut noi în mare parte cu legislația franceză şi uneori cu cea italiană, sau belgiană chiar, în cazul acesta aplicarea legii, realizarea ei de toate zilele, se face totdeauna cu nuanța specifică a poporului respectiv.

Constituția noastră, spre pildă, a fost luată aproape întocmai după constituția belgiană. Dar aceasta nu împiedică dreptul nostru constituțional să fie altul decît del belgian. Acei care afirmă că principiile mari, parlamentarismul, democrația, se pot aplica întocmai la fel la toate popoarele nu înțeleg rostul noțiunii de drept. Ei fac aceeaşi greşală, pe care o făceau autorii şcolii de drept natural, socotind că o aceeaşi instituție se poate decreta pe cale rațională, pentru toate popoarele, oricare ar fi împrejurările lor de fapt”.[34]

Această comunitate a viziunilor ştiințifice ale lui Constantin Stere şi Mircea Djuvara poate fi explicată până la un anumit moment şi prin apelarea ambilor savanți la autoritatea ştiințifică înaltă a lui Rudolph von Ihering, pe care şi Mircea Djuvara îl considera ca fiind „unul dintre cei mai mari jurisconsulți pe care i-a avut veacul al XIX-lea”.[35] Djuvară apelează frecvent, sub diverse puncte de vedere, analitice şi critice, la concepția lui Ihering argumentată în lucrarea *Scopul în drept.* El consacră acesteia un subcapitol din lucrarea sa *Teoria generală a dreptului* şi îşi exprimă convingerea că adevăratele păreri ale lui Ihering trebuie căutate anume în această lucrare, recunoscând că tocmai aceste concluzii ale lui Ihering coincid cu propriile sale concluzii ştiințifice.[36]

Ideea lui Constantin Stere despre drept, ca expresie formalizată a echilibrului între diverse interese (cu timpul, nu numaidecît antagoniste), stabilit în societate în urma luptei de interese a diferitelor forțe sociale, este una foarte importantă atât pentru înțelegerea esenței dreptului, cât şi pentru justificarea aplicării constrângerii sociale în scopul menținerii acestui echilibru. În societatea tranzitivă, care se caracterizează prin diversitatea şi, adesea, polarizarea ideilor şi intereselor individuale şi de grup, stabilirea unui asemenea echilibru de interese este o operă socială exterm de complexă. De aici provine tentația, manifestată câteodată, pentru apelarea excesivă la forța de constrângere ca modalitate de menținere a echilibrului foarte fragil. Ceea ce poate fi înțeles (nu şi îndreptățit) de către cei care cunosc nu pe din afară realitățile sociopolitice şi economice ale societății tranzitive. Împărtăşind necondiționat opinia că societatea democratică şi statul de drept pot fi edificate doar în rezultatul unei cooperări sociale ample şi direcționate spre acest scop a tuturor membrilor societății, nu vom nega totuşi faptul că un anumit rol aparține în asemenea operă complexă şi factorului constrângerii sociale, având-se în vedere, desigur, domeniul realizării dreptului. În orice caz, este bine să avem în vedere că aplicarea, în caz de necesitate, a forței de constrângere, monopolizată de stat, urmează să corespundă întotdeauna anumitor cerințe.

Constantin Stere menționează următoarele caracteristici dezirabile ale forței de constrângere a statului:

– aplicarea constrângerii sociale nu presupune numai un act izolat de manifestare a autorității statului, ci o anumită ordine paşnică şi recunoscută şi nici un fel de nesiguranță în atare privință nu este admisibilă, altfel societatea se va confrunta cu o stare de anarhie, de război, nu cu o ordine de stat. „Statul trebuie să fie o organizație a constrângerii sociale stabilită, primită de toți sau impusă tuturor”, susține savantul[37];

– oricum ar fi organizat statul, constrângerea, cel puțin în formă, trebuie să fie îmbrăcată într-o haină legală, trebuie să țină seama de prescripțiile simțului de moralitate şi de dreptate, astfel ea se moralizează şi contribuie la formarea ordinii juridice[38];

– constrângerea într-o organizație de stat tinde să fie în acord cu conştiința juridică a maselor poporului şi într-un stat ceva-ceva mai civilizat ea niciodată nu poate fi într-o contrazicere flagrantă cu dânsa. „Pe această cale organizația de stat, prin ea însăşi, duce în mod sigur la stabilirea unei ordine de drept, bazată pe norme juridice, primite de conştiința națională, ca expresia adevărului şi a interesului general al poporului. Acesta e rezultatul însemnat al vieții de stat în dezvoltarea ei istorică", consideră Constantin Stere.[39]

De la bun început, însă, dezvoltarea istorică a vieții de stat a fost influențată sau, după cum se exprimă Constantin Stere, evoluția politică a fost complicată prin apariția unui fenomen, născut în sânul vieții de stat ca un *rezultat necesar* al ei. Savantul are în vedere procesul de *emancipare individuală*, care începe înăuntrul vieții de stat şi culminează cu actul social revoluționar al recunoaşterii după individualitatea umană a unui şir de drepturi naturale şi sacre imprescriptibile şi inalienabile. Astfel că din acest moment procesul stabilirii echilibrului social între diferiți factori sociali, între diverse şi adesea antagoniste interese sociale presupune pentru început stabilirea şi formalizarea la nivel de drept a echilibrului social între interesul individului, înzestrat cu drepturi şi libertăți, şi cel al statului.

Omenirea a parcurs o cale lungă în căutările unui model de stat capabil să asigure în cea mai mare măsură echilibrul intereselor invocate, ajungând la concluzia că la ziua de azi acesta este modelul statului de drept, asupra concepției căruia, exprimate în opera juridică steriană, ne vom referi în următoarea publicație.

Note:

[1] *A se vedea:* C.Stere. *Evoluția individualității şi noțiunea de persoană în drept. Studiu sociologic şi juridic. (Teză de licență în drept).* – Iaşi,1897 // Stere Constantin. *Scrieri în cinci volume. Cartea a V-a. În viață, în literatură...: Studii, articole, note, amintiri.* – Chişinău, 1991, p.332.

[2] *A se vedea:* L.Gumplowicz. *Grundriss der Sociologie.* Wien, 1885, p.191 // Se citează după: Constantin Stere. *Evoluția individualității şi noțiunea de persoană în drept,* p.332.

[3] Constantin Stere. *Introducere în studiul dreptului constituțional. Partea I.* – Iaşi, 1903, p.14-15.

[4] *A se vedea:* C.Stere. *Curs de drept constituțional. (Litografiat).* – Biblioteca Academiei de Ştiințe a României, 1910, p.2.

[5] *Ibidem*, p.5-10.

[6] *Ibidem*, p.10, 11-12.

[7] *Ibidem*, p.14.

[8] *Ibidem*, p.27.

[9] *Ibidem*, p.13.

[10] *Ibidem*, p.14-15.

[11] *Ibidem*, p.17-18.

[12] *Ibidem*, p.23.

[13] *Ibidem*, p.23, 24.

[14] *Ibidem*, p.27.

[15] *Ibidem*, p.29.

[16] *Ibidem*, p.32.

[17] *Ibidem*, p.40, 41.

[18] *Ibidem*, p.130-131.

[19] *Ibidem*, p.33.

[20] *Ibidem*, p.34.

[21] *Ibidem*, p.35.

[22] *Ibidem*, p.37.

[23] *Ibidem*, p.38.

[24] *Ibidem*, p.39.

[25] *Ibidem*, p.40.

[26] *Ibidem*, p.42.

[27] *Ibidem*, p.44.

[28] C.Stere. *Evoluția individualității şi noțiunea de prsoană în drept,* p.332–333.

[29] *A se vedea:* К.К. Жоль. *Философия и социология права.* Второе издание, исправленное и дополненное. – Москва, ЮНИТИ, 2005, p.285.

[30] M.Djuvara. *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare şi drept pozitiv*. – Bucureşti, 1999, p.72.

[31] *Ibidem*, p.277.

[32] *Ibidem*, p.84, 94.

[33] *Ibidem*, p.351.

[34] *Ibidem*, p.288.

[35] *Ibidem*, p.160.

[36] *Ibidem.*

[37] C.Stere. *Introducere în studiul dreptului constituțional,* p.17.

[38] *Ibidem,* p.22-23.

[39] *Ibidem,* p.23.

INDEPENDENȚA ŞI IMPARȚIALITATEA JUDECĂTORULUI PRIN PRISMA ACCESULUI LIBER LA JUSTIȚIE

Teodor CÂRNAȚ,
doctor în drept, conferențiar universitar (USM)
Piotr PLĂMĂDEALĂ,
student, anul IV Bac. (USM)

SUMMARY

The independence and impartiality of the judge are considered a significant valence of law to an equitable lawsuit and require the absence of partiality or prejudices.

For the reinforcement of the independence and leading part of the judge it is necessary that the state should introduce and ensure some principles, among which is considered to be the principle of responsibility of the judge. Responsibility of the judge means, first of all, the uniform practice and absence of contradictory decisions in the similar cases, as well as it is considered to be the responsibility of the judge for deontological mistakes and professional insufficiency.

„Este iluzoric a identifica statul cu ordinea de drept”
(Fr. Rigauh)

Justiția este idealul intangibil al dreptului, ultima şi cea mai înaltă expresie a dreptului.

Însă, justiția nu trebuie înțeleasă doar ca o aspirație spre ceva pur şi nobil, ea reprezentând inclusiv o activitate a organelor judecătoreşti (criteriul organizațional-funcțional). Republica Moldova tinde să devină un stat de drept, în care ar exista o adevărată domnie a legii.

Justiția ar trebui să fie una eficientă în contextul integrării europene a Republicii Moldova. Funcția principală a *statului de drept* constă în faptul că legătura funcțională a dreptului şi statului se caracterizează prin supremația primului asupra celui de-al doilea.[1]

Principiul independenței judecătorilor şi supunerii lor numai legii are o importanță decisivă pentru asigurarea funcționării adecvate a unui stat democratic bazat pe drept[2] şi decurge din mai mai multe instrumente internaționale, în special:

• Principiile de bază asupra judiciarului, adoptate de ONU;[3]

• Recomandarea nr.R (94) 12 a Comitetului de Miniştri al Consiliului Europei adresată statelor membre privind indepenența, eficiența şi rolul judecătorilor.[4]

Conform prevederilor actelor enunțate, statelor membre li se recomandă să adopte sau să consolideze măsurile necesare pentru promovarea rolului judecătorului, în parte, şi a judiciarului, în genearal, pentru consolidarea independenței şi eficienței lor prin implimentarea anumitor principii, în special a:

1. Principiilor generale cu privire la independența judecătorilor (recrutarea unui număr suficient de judecători, pregătirea profesională, asigurarea tehnico-materială şi financiară etc.);

2. Principiului autorității judecătorilor (toate persoanele implicate într-o cauză trebuie să se supună autorității judecătoreşti);

3. Principiului condițiilor de lucru corespunzătoare;

4. Principiului responsabilității judecătoreşti.

Reglementarea juridică înseamnă organizarea activității organelor de stat, care adoptă şi aplică legea, cu scopul de a nu permite depăşirea atribuțiilor cu care este împuternicit acest mecanism de reglementare şi control.[5]

Aceste principii sunt reflectate atât în prevederile constituționale, cât şi în legile organice care reglementează principiile organizatorice ale funcționării sistemului judecătoresc.[6]

Constituția Republicii Moldova prevede, la art.20, un drept fundamental pentru un stat democratic şi de drept, şi anume: „***accesul liber la justiție***”. Astfel, „orice persoană are dreptul la satisfacție efectivă din partea instanțelor judecătoreşti competente împotriva actelor care violează drepturile, libertățile şi interesele sale legitime ”, iar alin.(2) stabileşte că „nici o lege nu poate îngrădi accesul liber la justiție”.

În coroborare cu prevederile art.16 şi 19 ale Constituției, acest drept este garantat cetățenilor proprii, cetățenilor străini şi apatrizilor, bazat pe principiul egalității în fața legii şi a autorităților publice, fără

deosebire de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, opinie, apartenență politică, avere sau de ordine socială.[7]

Astfel, Legea cu privire la organizarea judecătorească (Legea nr.514),[8] conține art.6 – „Accesul liber la justiție", care la alin.(1) prevede: „Orice persoană are dreptul la satisfacție efectivă din partea instanțelor judecătoreşti competente împotriva actelor care violează drepturile, libertățile şi interesele sale legitime".[9]

Într-o manieră identică după formulare şi conținut, articolul 6 al Legii cu privire la instanțele judecătoreşti economice (Legea nr.970)[10] acordă persoanelor fizice şi juridice dreptul de a sesiza instanțele judecătoreşti economice, pentru apărarea drepturilor patrimoniale şi nepatrimoniale împotriva acțiunilor ilegale.[11]

La 13 iulie 1995, Republica Moldova a devenit membru cu drepturi depline al Consiliului Europei şi prin Hotărârea Parlamentului Republicii Moldova din 24 iulie 1997 au fost ratificate Convenția europeană pentru apărarea drepturilor şi libertăților fundamentale ale omului (în continuare – CEDO), încheiată la Roma la 4 noiembrie 1950, şi protocoalele adiționale nr.1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 şi 11, care au intrat în vigoare pentru Republica Moldova la 12 septembrie 1997 (cu excepția Protocolului nr.6, care a intrat în vigoare din octombrie 1997, a Protocolului nr.7 – în vigoare din 1 decembrie 1997 şi a Protocolului nr.11 – în vigoare din 1 noiembrie 1998).[12]

Prin ratificarea Convenției de către state, cetățenii acestora obțin un plus de garanție şi eficiență a respectării drepturilor şi libertăților consfințite în textul Convenției, deoarece se instituie o Curte Europeană a Drepturilor Omului – ca organ abilitat pentru a asigura respectarea angajamentelor care decurg pentru Părțile contractante din Convenție şi din protocoalele sale adiționale.

„După 50 de ani de la semnarea sa, ea rămâne, după mai multe adoptării şi câteva completări, cel mai elaborat model de protecție internațională a drepturilor omului.

Acest text se deosebeşte de fapt de majoritatea altor instrumente internaționale prin implementarea unui mecanism jurisdicțional de control al drepturilor garantate.

Individului îi revine aici un rol original în raport cu cel care îi este recunoscut, în general, în dreptul internațional clasic şi ocupă în funcționarea acestui mecanism un loc mereu crescând, până când s-a văzut astăzi transformat într-un veritabil subiect al dreptului internațional.[13]

Convenția nu caută să identifice cea mai potrivită cale de a proteja drepturile omului, recunoscând diversitatea din statele contractante. Ea stabileşte, cel mult, acel minimum pe care trebuie să-l atingă un anumit sistem de drept.

Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, nr.17 din 19.06.2000, *privind aplicarea în practica judiciară de către instanțele judecătoreşti a unor prevederi ale Convenției pentru apărarea drepturilor şi libertăților fundamentale ale omului* stabileşte că „din prevederile Constituției Republicii Moldova (art.4 alin.(2)), precum şi din Hotărârea Curții Constituționale nr.55 din 14 octombrie 1999 „Privind interpretarea unor prevederi ale art.4 din Constituția Republicii Moldova" rezultă că CEDO constituie o parte integrantă a sistemului legal intern şi, respectiv, urmează a fi aplicată direct ca oricare altă lege a Republicii Moldova, cu deosebirea că CEDO are prioritate față de restul legilor interne care îi contravin".[14]

Articolul 32 al Convenției stabileşte că competența Curții acoperă toate problemele privind interpretarea şi aplicarea Convenției şi a protocoalelor sale, deci unica instanță competentă de a da o interpretate a textului Convenției este Curtea Europeană pentru Drepturile Omului, fapt reiterat şi în Hotărârea Plenului CSJ a Republicii Moldova, nr.17 din 19.06.2000, şi anume: „Se atenționează instanțele judecătoreşti asupra faptului că pentru aplicarea corectă a Convenției este necesară studierea prealabilă a jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului de la Strasbourg, care unica este în drept să dea, prin intermediul deciziilor sale, interpelări oficiale aplicării CEDO şi, deci, sunt obligatorii.

Instanțele judecătoreşti sunt obligate să se călăuzească de aceste interpretări".

Articolul 6 al Convenției cuprinde: paragraful 1 (un proces echitabil şi public pentru judecarea temeiniciei oricărei acuzații penale sau a încălcării drepturilor şi obligațiilor civile într-un termen rezonabil, în fața unei instanțe independente şi imparțiale); paragraful 2 (prezumția de nevinovăție); paragraful 3(a) (informarea în legătură cu acuzația); paragraful 3(b) (tipurile şi înlesnirile necesare pregătirii apărării), paragraful 3(c) (dreptul de a fi prezent şi de a fi reprezentat); paragraful 3(d) (dreptul de a cita şi audia martori); paragraful 3(e) (dreptul la interpret).[15]

Independența şi imparțialitatea judecătorului este o „valență" importantă a dreptului la un proces echitabil, întrucât nerespectarea acestei cerințe necesare prevăzute de Convenție ar constitui încălcarea dreptului la accesul liber la justiție, precum şi dreptul la un proces echitabil, atât prin prisma prevederilor legislației interne, cât şi prin prisma Convenției.

A. Noțiunea de tribunal în concepția prevederilor Convenției europene a drepturilor omului

Curtea Europeană a statuat că expresia „***tribunal*** ” nu trebuie să fie percepută doar în raport de noțiunile din dreptul național, fiind vorba de o noțiune autonomă, a cărei interpretare trebuie să se facă pornind de la economia generală a Convenției. În acest scop, Curtea a elaborat un număr de criterii care permit să spună dacă un anumit organism poate fi considerat sau nu „tribunal”:

a) ***Misiunea „tribunalului”***

Funcția încredințată unui „tribunal” aparent rezidă esențialmente în definiția organului.

Puțin importă, de altfel, pentru aplicabilitatea deciziilor directoare ale art.6 ca organul să aibă sau nu denumirea de jurisdicție; ar putea fi un alt organ care să fie împuternicit a aplica regulile unui proces echitabil. După cum s-a menționat, pentru ca un organ să fie calificat drept „tribunal”, în sensul art.6, este de ajuns ca un organism să aibă un rol jurisdicțional.

„El trebuie să hotărască, în baza normelor de drept şi la finalul unei proceduri organizate, orice chestiune din competența sa”.[16]

În general, de fiecare dată când un organ susceptibil să pronunțe o sancțiune are autoritate de a se autosesiza, trebuie să ne punem întrebarea unei eventuale aplicări a art.6.[17]

b) ***Originea legală***

Primul criteriu care trebuie reținut în definiția tribunalului este originea legală a jurisdicției. Accesul la judecător, de fapt, nu este garantat decât în măsura în care „tribunalul” este „instituit de lege”. De altfel, sintagma „trebuie să aibă” aici, ca şi în alte domenii ale Convenției, trebuie considerată o noțiune autonomă. Totuşi, o jurisdicție trebuie, în principiu, să emane de la o putere legislativă, chiar dacă nu este necesar ca regulile de procedură ce urmează a fi respectate în cadrul ei să emane de la acelaşi organ de putere.

c) ***Funcția jurisdicțională***

Curtea, în cauza *Sramek contra Austriei*, s-a expus în acest sens „Lui (organului jurisdicțional – *n.n.*) îi revine să soluționeze, în baza unei norme de drept şi la finalul unei proceduri organizate, orice chestiune ce ține de competența sa”.[18]

Denumirea de „tribunal” presupune un organ care se bucură de deplinătatea jurisdicției şi care răspunde la o serie de cerințe, ca: independența față de executiv, precum şi față de părțile în cauză, ceea ce exclude autoritățile, chiar şi cele chemate să efectueze acte de administrare judiciară (spre exemplu, în cauza *C.R. contra Franței*, situația în care preşedintele tribunalului de înaltă instanță autorizează citarea la o dată fixă).

d) ***Aplicarea unei reguli de drept***

Organul în cauză ar trebui, de asemenea, atunci când aplică jurisprudența elaborată, să aplice o normă de drept stabilită, fie scrisă sau nescrisă.

e) ***Aplicarea unei proceduri legale***

Organul jurisdicțional care e înțeles sub titlul de „tribunal” trebuie să respecte nişte reguli procedurale organizate, urmând principiile de echitate, de celeritate şi de publicitate enunțate de art.6.

De asemenea, „tribunalul ” ar trebui să aibă un control de plină jurisdicție, adică posibilitatea persoanei de a folosi căile ordinare şi cele extraordinare în privința actelor tribunalului.

f) ***Decizii având forță executorie***

Decizile „tribunalului” ar trebui să aibă o autoritate garantată de lege, pentru a putea fi calificat drept ***jurisdicție*** (exemplu ar constitui cauza *Benthem versus Pays-Bas*, Curtea declarând că „tribunalul trebuie să dispună de puterea de a da o decizie obligatorie pe care o autoritate nejudiciară nu ar avea puterea să o modifice”).

g) ***Interpretare prejudicială***

Judecătorul trebuie să beneficieze de deplinătatea jurisdicției şi să nu se încreadă într-o altă autoritate, în special dacă aceasta nu este judiciară (exemplu ar servi cauza *Beaumartin contra Franței*, când judecătorul administrativ a apelat la Ministrul de Afaceri Interne pentru interpretarea unui tratat internațional cu conținut neclar şi ambiguu).[19]

B. Independența judecătorului

Dreptul de a fi judecat nu poate fi conceput decât în măsură în care judecătorul prezintă un anumit număr de garanții, cea mai importantă fiind independența.

De obicei, imparțialitatea înseamnă absența parțialității sau a prejudecății, iar existența acesteia poate fi verificată prin diferite mijloace.

În determinarea imparțialității unui judecător, CtEDO distinge două criterii: *subiectiv* şi *obiectiv.*

✓Criteriul subiectiv – pentru a determina dacă un judecător este parțial față de acuzat, Curtea examinează conduita efectivă a judecătorului şi convingerile sale personale într-o anumită cauză. Totuşi, este aplicată prezumția în favoarea imparțialității personale a judecătorului, prezumție care e greu de înlăturat.

✓Criteriul obiectiv – Curtea determină dacă un judecător a oferit suficiente garanții pentru a exclude orice dubiu legitim referitor la imparțialitatea sa. Astfel, indiferent de conduita personală a judecătorului, dacă există fapte care pot fi stabilite, care ar crea aparența că lui îi lipsea imparțialitatea, atunci există o violare a art.6, contrar situației în care judecătorul s-ar fi abținut la timp de la judecarea cauzei.[20]

În cauza *Tocono versus Moldova,* „Curtea a reamintit că art.6(1) impune fiecărei instanțe judecătorești naționale o obligație de a verifica imparțialitatea unui judecător și a constatat că imparțialitatea judecătorului putea fi pusă la îndoială și, prin urmare, temeiurile acuzatului au fost justificate obiectiv".

Judecătorul trebuie, deci, să fie independent față de părțile în proces, precum și față de alte autorități publice, putere executivă sau legislativă.

Deci, principiul de independență se roteşte, în opinia lui Jean-Loup Charrier şi a lui Andrei Chiriac, în jurul a două axe principale – ***independența personală*** şi ***independența funcțională.***[21]

1) Independența personală

Un organ nu este considerat ca independent într-o societate democratică, dacă este susceptibil de a fi supus presiunii de orice natură. Legea care impune o anumită jurisdicție trebuie să garanteze această independență.

Conform prevederilor Constituției Republicii Moldova (art.114-116), *„justiția se înfăptuieşte în numele legii numai de instanțele judecătoreşti, judecătorii fiind independenți, inamovibili şi imparțiali",* iar *„funcția de judecător este incompatibilă cu exercitarea oricărei alte funcții retribuite, cu excepția activității didactice şi ştiințifice".*

Prin urmare, principiul independenței judecătorului nu este un privilegiu al lui ca cetățean, dar o caracteristică specifică a funcției şi a statutului acestei funcții.[22]

Astfel, Codul de procedură civilă al Republicii Moldova prevede la art.20 alin.(1) că „puterea judecătorească este separată de puterea legislativă şi de cea executivă în conformitate cu Constituția Republicii Moldova, cu prezentul cod şi cu alte legi".

Acelaşi articol la alin.(2) prevede că „la înfăptuirea justiției, în pricini civile, judecătorii sunt independenți şi se supun numai legii. Orice imixtiune în activitatea de judecată este inadmisibilă şi *atrage răspunderea prevăzută de lege*".[23]

Legea cu privire la organizarea judecătorească (nr.514) prevede că imixtiunea în înfăptuirea justiției este interzisă.[24]

Art.17 al Legii cu privire la organizarea judecătorească prevede:

„Independența judecătorului este asigurată prin:

a) procedura de înfătuire a justiției;

b) procedura de numire, suspendare, demisie şi eliberare;

c) declararea inviolabilității lui;

d) secretul deliberărilor şi interzicerea de a cere divulgarea lui;

e) stabilirea răspunderii pentru lipsa de stimă față de judecată, judecători şi pentru imixtiune în judecarea cauzei;

f) alocarea resurselor adecvate pentru funcționarea sistemului judiciar, cererea de condiții organizatorice şi tehnice favorabile activității instanțelor judecătoreşti;

g) asigurarea materială şi socială a judecătorului;

h) alte măsuri, prevăzute de lege".

Codul de etică profesională a judecătorului, la regula nr.3 prevede: „Judecătorul, examinând cauzele civile, administrative şi penale, este dator să nu se lase influențat de careva instituții ale puterii sau administrației, de opinia publică, organele de informație în masă sau de careva alte persoane".[25]

2) Independența funcțională

• *Indepența reală şi efectivă*

Independența unui tribunal trebuie de asemenea să fie reală şi efectivă în raport cu executivul: astfel, se poate lua în considerație „modul de desemnare şi durata mandatului membrilor săi, existența unei protecții împotriva unei presiuni exterioare" (*cauza Landborger contra Suediei*, privitor la componența tribunalului pentru chirii).

Acest criteriu al independenței efective nu exclude de altfel ca organele administrative, ai căror membri nu au calitatea de „magistrat", să corespundă totuşi definiției de tribunal, fiind suficient ca statutul organului şi al membrilor săi să le permită să judece aplicând o regulă de drept, fără a fi obligați să aplice vreo instrucție a puterii politice, fie ea executivă sau legislativă **(***Stran et Stratis Andreadis contra Greciei***).**

C. Imparțialitatea judecătorului

„Imparțialitatea a fost apreciată de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului ca noțiune autonomă, independent de noțiunea de independență. Astfel, acest principiu interzice unui magistrat al unei jurisdicții de judecată să ia cunoştință în prealabil, într-o calitate sau alta, de elemente din dosar, şi aceasta pentru ca el să nu se simtă legat de prima apreciere pe care ar fi putut-o da dosarului. Efectiv, are importanță ca judecătorul să nu poată fi bănuit că ar avea deja o opinie asupra dosarului înainte de a decide pe fondul acestuia. Suspiciunea în privința unui judecător este de fapt o negare a judecătorului, deoarece ea îl atinge atât pe judecător, cât şi decizia pronunțată de el **(***Cauza Piersack contra Belgia)*.

Imparțialitatea unui judecător este într-atât de fundamentală, încât ea se prezumă.[26]

1) Imparțialitatea funcțională

• *Separarea funcțiilor*

Curtea a scos în evidență o jurisprudență bazată în principal pe natura funcțiilor magistraților.

Astfel, a fost formulat principiul separării funcțiilor de urmărire penală şi de judecată şi condamnat cumulul funcțiilor de instrucție şi de judecată, Curtea interzicând, ca şi legislația internă, judecarea de către acelaşi judecător a cauzei în primă instanță şi în apel.

2) Incompatibilitatea funcțiilor de instrucție şi de judecată

În cauza *de Cubber contra Belgiei*, Curtea a statuat că „nu este imparțial un tribunal care, deşi este competent a judeca pe fondul unei cauze, îl are în componența sa pe magistratul însărcinat cu instrucția".

„Cel care judecă trebuie să descopere faptele cauzei fără a avea despre ele o idee preconcepută: or, rolul unui judecător de instrucție este anume de a-şi forma o opinie asupra faptelor, în special în țările în care domneşte intima convingere".[27]

• *Incompatibilitatea pe verticală a funcției de judecător*

Apropiindu-se de principiul imparțialității personale, un magistrat nu poate fi competent a judeca un dosar asupra căruia a statuat deja la un nivel inferior şi având aceleaşi fapte.

Astfel, acelaşi magistrat nu are competență a judeca, la acelaşi nivel de jurisdicție, o cauză bazată pe fapte identice sau suficient de conexe celor pe care le-a apreciat în cauza precedentă (spre exemplu, când magistratul se expune referitor la comportamentul persoanei sau face o apreciere a unei fapte în care este implicată persoana dată etc.)

• *Incompatibilitatea transversală a funcției de judecător*

Acest principiu priveşte cazurile în care un magistrat a judecat la două niveluri de jurisdicție fapte conexe în cadrul unor acțiuni diferite. În acest caz, pentru existența încălcării acestui principiu, trebuie ca, la nivelul inferior, magistratul să fi făcut o apreciere a faptelor care stau la originea acțiunii examinate la nivelul superior (în cazul în care faptele sunt de natură diferită – o faptă cu caracter penal urmată de o încălcare disciplinară – nu va exista o încălcare a acestui principiu).

Astfel, Codul de etică profesională a judecătorului mai prevede regula nr.5, cu următorul conținut: „Orice influență asupra judecătorilor la soluționarea cauzelor concrete sau darea unor indicații din partea preşedintelui instanței, a locțiitorului său ori a judecătorilor din alte instanțe, la adoptarea hotărârilor constituie un amestec grav în înfăptuirea justiției".[28]

3) Imparțialitatea personală

Acest principiu presupune că imparțialitatea nu este ataşată funcției, ci persoanei judecătorului.

Ea interzice unui judecător să soluționeze un litigiu din moment ce, oricare ar fi fost motivul, el a avut deja cunoştință, direct sau indirect, personal sau prin intermediul unui terț, despre părți, elemente sau circumstanțe ale cauzei sau a exprimat, obiectiv sau nu, o opinie personală despre aceasta.[29]

Acestea ar fi şi situațiile în care între magistrații chemați să judece cauzele există relații familiale sau aceştia sunt în relații personale.

În cauza *Remli contra Franței*, Curtea a constatat că nu este imparțial un judecător, care îl judecă pe un nord-african şi în timpul unei suspendări de şedință face unele remarce rasiste în discuția cu jurnaliştii.

Legea cu privire la statutul judecătorului (Legea nr.544 din 1995) stipulează la art.19 că „persoana judecătorului este inviovabilă; inviolabilitatea se extinde asupra locuinței şi localului lui de serviciu, vehiculelor şi mijloacelor de telecomunicație folosite de el, asupra corespondenței, bunurilor şi documentelor lui personale".[30]

Deci, judecătorul nu este un garant al dreptului acuzatului la un proces echitabil, dar este responsabil pentru asigurarea faptului că acest drept, atunci când este invocat, să fie protejat cel puțin la nivelul impus de CtEDO.

Fiecare judecător ar trebui să poarte responsabilitatea deciziei sale, deoarece adeseori pe marginea aceluiaşi dosar se dau soluții opuse şi adeseori controversate.

Astfel, se pune problema: este oare independent fiecare judecător în soluții, în a interpreta şi a aplica legea aşa cum doreşte?

Răspunsul l-a dat Vitalie Pîrlog: „Practica neuniformă nu este o dovadă de independență; dimpotrivă, ei nu întotdeauna conştietizează că sunt într-un serviciu public şi că, pentru ca populația să aibă încredere în justiție, trebuie să ştie la ce să se aştepte de la justiție. Adică, să existe soluții unitare".[31]

La moment, justiția din Moldova are un număr prea mic de proceduri disciplinare angajate împotriva judecătorilor pentru greşeli deontologice sau insuficiență profesională, față de multiplele condamnări la Curtea Europeană pentru deficiența justiției.

Legea nr.544 din 1995 prevede germenele unui mecanism de răspundere patrimonială a statului pentru prejudiciile cauzate prin erori judiciare drepturilor şi libertăților fundamentale ale omului, garantate de Constituție şi tratatele internaționale.

Art.4 susține că „după ce a descoperit prejudiciul în temeiul hotărârii judecătoreşti irevocabile (*faptul că judecătorul, spre exemplu: a fost condamnat pentru pronunțarea unei sentințe, decizii, încheieri sau hotărâri ilegale – n.n.*), statul poate înainta, în condițiile legii, o acțiune în regres împotriva judecătorului care,

cu rea-credință sau din neglijență gravă, a săvârşit o eroare prejuciabilă cauzatoare de prejudicii” .

Constatăm, cu regret, că un mecanism viabil şi funcțional, în privința răspunderii patrimoniale a judecătorului pentru ***pronunțarea unei sentințe, decizii, încheieri sau hotărîri ilegale***, precum şi pentru erorile grave de aplicare şi interpretare a legii, lipseşte.

O prevedere în acest sens conține Legea cu privire la Agentul guvernamental, nr.353 din 2004, la articolul 17 alin.(4): „Acțiunea în regres privind restituirea sumelor specificate la alin.(1) se depune, în condițiile legii, de către Procurorul General, în termen de 1 an de la data la care a expirat termenul de plată, stabilit de Curte sau prin acordul de soluționare pe cale amiabilă a cauzei”.[32]

Răspunerea patrimonială a judecătorului pentru hotărârea dată intenționat contrar prevederilor legii, precum şi în cazurile în care se comit grave erori judiciare, intenționat sau din culpă gravă, nu este un amestec în activitatea judecătorului, care i-ar aduce o atingere independenței şi imparțialității.

Răspunederea patrimonială a judecătorilor ar da un plus de responsabilitate celor care, conform prevederilor Legii Supreme, sunt chemați să înfăptuiască în numele Legii justiția.

Note:

[1] *A se vedea:* Г.Костаки. *Понятия и особенности правового государства //* Закон и жизнь, 2002, nr.11, p.9.

[2] *A se vedea:* V.Șterbeț, M.Poalelungi. *Manualul Judecătorului la examinarea pricinilor civile* / Mihai Poalelungi (coord.). – În: „Organizarea lucrului de către judecător”. – Chişinău: Cartier, 2006, p.10.

[3] Principiile de bază asupra independenței judiciarului, adoptate de către Congresul al 7-lea al ONU cu privire la „prevenirea infracțiunii şi tratamentul infractorilor” din 26 august – 6 septembrie 1985 şi aprobate prin Rezoluțiile Adunării Generale a ONU nr.40/32 din 29 noiembrie 1985 şi din 13 decembrie 1985.

[4] Adoptată de Comitetul de Miniştri al Consiliului Europei la 13 octombrie 1994.

[5] *A se vedea:* A.Негру. *Предпосылки становления правового государства. Теоретическое и практическое значение их определения //* Закон и жизнь, 2002, nr.11, p.15.

[6] *A se vedea:* V.Șterbeț, M.Poalelungi. *Manualul Judecătorului la examinarea pricinilor civile,* p.10.

[7] Exceptie pentru cetățenii străini şi apatrizi ar constitui prevederile art.19 alin.(1), care stabileşte „cu excepțiile stabilite de lege”.

[8] Legea privind organizarea judecătorească, nr.514-XIII din 06.07.1995 // Monitorul Oficial al Republici Moldova, 1995, nr.58/641.

[9] Alin.(2) al aceluiaşi articol stabileşte asociațiile de cetățeni, întreprinderile, instituțiile şi organizațiile ca titulari ai dreptului de acces liber la justiție.

[10] Legea cu privire la instanțele judecătoreşti economice, nr.970 din 24. 07.1996 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1996, nr.77/742.

[11] Alin.(2) prevede că persoanele fizice şi cele juridice străine au dreptul de a sesiza instanțele judecătoreşti economice în aceleaşi condiții ca şi cele din Republica Moldova, dacă acordurile internaționale la care Republica Moldova este parte nu prevăd altfel.

[12] Ractificarea Convenției europene pentru apărarea drepturilor şi libertăților fundamentale ale omului a constituit un argument al maturității politice a Republicii Moldova, deoarece şi-a asumat obligația de a garanta protejarea drepturilor şi libertăților proclamate de CEDO ale tuturor persoanelor aflate sub jurisdicția sa.

[13] D.Sîrcu. *Geneza şi natura Convenției pentru drepturile omului şi libertățile fundamentale*, semnată la Roma la 4 noiembrie 1950 // Revista Națională de Drept, 2003, nr.3 p.40.

[14] Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, nr.17 din 19.06.2000 // Buletinul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, 2003, nr.1, p.8 / Culegere de hotărâri explicative. – Chişinău, 2002, p.18.

[15] Convenția Europeană pentru apărarea drepturilor şi libertăților fundamentale ale omului // Culegere de acte naționale şi internaționale în domeniul penal. Vol.I. – Chişinău: Cartea Juridică, 2007, p.92.

[16] CEDH, 27 aout 1991, , seria A, n 210, aff. *Demicoli versus Malte.*

[17] *Procesul echitabil garantat de Convenția europeană pentru drepturile omului:* Ghid pentru Republica Moldova. – Chişinău: Sirius SRL, 2008, p.230.

[18] CEDH, 22 oct. 1984, req.n 8790/79.

[19] În asemena caz a fost contestată calitatea de „tribunal”, care presupune competența de a decide şi independența față de executiv.

[20] Procesul echitabil garantat de Convenția europeană pentru drepturile omului..., p.63.

[21] *A se vedea:* J.-L. Charrier, A.Chiriac. *Codul Convenției Europene a Drepturilor Omului*. – Paris: „Litec Nexis” SA, p.233.

[22] *A se vedea:* V.Șterbeț, M.Poalelungi. *Manualul Judecătorului la examinarea pricinilor civile,* p.11.

[23] Astfel, Codul penal în art.303 „Amestecul în înfăptuirea justiției şi în urmărirea penală”, art.304 „Calomnierea judecătorului, a persoanei care efectuează urmărirea penală ori contribuie la înfăptuirea justiției”, precum şi în alte articole din Capitolul XIV sancționează faptele de amestec în înfăptuirea justiției.

[24] Alin.3 al acestui articol prevede că *„mitingurile, demonstrațiile şi alte acțiuni desfăşurate la o distanță mai mică de 25 metri de localul în care se înfăptuieşte justiția, dacă se fac cu scopul de a exercita presiuni asupra judecătorilor, se califică drept imixtiune în activitatea lor”.*

[25] Codul de etică profesională a judecătorului // Legea şi Viața, 2000, nr.2, p.7.

[26] *A se vedea:* J.-L. Charrier, A.Chiriac. *Codul Convenției Europene a Drepturilor Omului*, p.234.

[27] *Ibidem*, p.235.

[28] Codul de etică profesională a judecătorului, p.7.

[29] *A se vedea:* J.-L. Charrier, A. Chiriac. *Codul Convenției Europene a Drepturilor Omului*, p.241.

[30] Legea cu privire la statutul judecătorului, nr.544-XIII din 20.07.95 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1995, nr. 59-60/664.

[31] V.Pîrlog. *Eficiența Justiției – premisă indispensabilă a realizării criteriului politic de integrare europeană //* Avocatul Poporului, 2007, nr.1-2, p.12.

[32] Legea cu privire la Agentul guvernamental, nr.353-XV din 28.10.2004 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2004, nr.208-211/932.

CODUL CONTRAVENȚIONAL AL REPUBLICII MOLDOVA (analiză juridică)

Victor GUȚULEAC,
doctor în drept, profesor universitar (ULIM)
Elena COMARNIȚCAIA,
doctorand

SUMMARY

In 2008, October 24, the Contravention Law of Republic of Moldova was adopted, which was promulgated on the 29th of December, 2008, published on the 16th of January 2009 and it will be in force starting with the 31st of May 2009.

The new Contravention Law has many priorities towards the previous one but there is some vagueness, as well. They refer, in particular, to the juridical device of the application of legal proposition. In this article there we carry out a juridical analysis on the new law according to which a number of improving recommendations are suggested.

Pe 24 octombrie 2008 este votat
Codul contravențional al Republicii Moldova,
promulgat la 29 decembrie 2008, publicat la 16 ianuarie 2009, va intra în vigoare începînd cu 31 mai 2009. Din acest moment va fi abrogat Codul cu privire la contravențiile administrative al Republicii Moldova, adoptat la 29 martie 1985.
Salutăm legea nouă! Să-i spunem *Adio* legii care şi-a realizat sarcinile!
Totodată, considerăm că legea nouă nu este lipsită de lacune şi neclarităţi, iar unele din normele juridice contravenţionale necesită, în viziunea noastră, modificare chiar până la data de punere în aplicare a noului Cod.

Apariţia legii contravenţionale noi este binevenită şi multaşteptată, deoarece multe prevederi ale legii contravenţionale precedente erau depăşite. Mecanismul juridic de reglementare a activităţii privind combaterea contravenţionalităţii stipulate în ea nu corespundea cerinţelor actuale. Din momentul adoptării legii precedente (29.03.1985) şi până în prezent Codul cu privire la contravenţiile administrative a suportat aproximativ 200 de modificări şi completări.

Activitatea cu privire la elaborarea legii contravenţionale noi s-a început demult. Este de menţionat că primul proiect al Codului contravenţional (la a cărui elaborare a participat şi unul din autorii prezentei publicaţii) a fost adoptat, în prima lectură, prin Hotărârea Parlamentului Republicii Moldova nr.532-XIV din 22 iulie 1999.

Ca şi orice lege, îndeosebi cea de proporţii, odată cu obţinerea forţei juridice, ea necesită un studiu amplu, multilateral, întru conştientizarea conţinutului ei, elaborarea mecanismului juridic de punere în aplicare.

Autorii acestei publicaţii au efectuat o analiză juridică a legii nou-apărute, consultând doctrina naţională şi doctrinele altor state în domeniul contravenţional, făcând studiu comparat cu legea contravenţională precedentă, cu legislaţia României, Federaţiei Ruse, Ucrainei şi a altor state membre ale CSI, utilizând propria experienţă de elaborare a diverselor acte juridice şi de aplicare a lor (spaţiul alocat nu ne permite să facem trimiteri la sursele consultate) şi vin către cititorii Revistei Naţionale de Drept cu unele concluzii, opinii proprii în ce priveşte desăvârşirea ei.

Considerăm că Codul contravenţional al Republicii Moldova, adoptat la 24 octombrie 2008, are multe priorităţi faţă de legea contravenţională în vigoare, şi anume: odată cu apariţia legii contravenţionale noi este acceptat, *de iure*, „Dreptul contravenţional" – ca ramură distinctă a sistemului de drept; în teoria dreptului contravenţional sunt confirmate prin lege aşa instituţii juridice ale dreptului contravenţional, ca: **contravenţia, răspunderea contravenţională, agentul constatator, procesul contravenţional**, **persoana juridică – ca subiect al răspunderii contravenţionale** etc; Partea Specială a Cărţii I (drept material) a Codului contravenţional al Republicii Moldova este structurată cu mult mai reuşit decât în legea precedentă; au apărut noi participanţi la procesul contravenţional, cum ar fi: **agentul constatator, procurorul, specialistul** etc.

În procesul analizei juridice a Codului contravențional al Republicii Moldova, autorii, în primul rând, au urmărit scopul de a conştientiza mecanismul de reglementare juridică a procesului de combatere a contravenționalității, activitate condiționată de starea reală a contravenționalității în țară (potrivit datelor oficiale, care însă sunt departe de realitate, în Republica Moldova au fost înregistrate: în anul 2004 – 1103000 contravenții, în 2005 – 1098000, în 2006 – 784000, în 2007 – 731000, în 2008 – 744000), de a evidenția şi a cunoaşte mecanismul de punere în aplicare a legii nominalizate. Anume din acest punct de vedere, în opinia noastră (care poate şi să nu fie împărtăşită), legea analizată nu este lipsită de erori, neclarități, momente discutabile, iar uneori chiar şi de careva contradicții juridice inadmisibile. Ne vom referi doar la unele din ele.

Partea Generală a Cărții I (Drept material) a Codului contravențional

Aici ne vom referi la două instituții juridice: *subiectul răspunderii contravenționale* şi *sistemul sancțiunilor contravenționale.*

1. Potrivit art.16 alin.(1) C.contr.RM, este pasibilă de răspunedere contravențională persoana fizică cu capacitate de exercițiu care, în momentul săvârşirii contravenției, **are împlinită vârsta de 18 ani.** Persoana fizică cu vârsta între 16 şi 18 ani este pasibilă de răspundere contravențională pentru săvârşirea faptelor prevăzute la articolele 228-245 şi la art.263-311 (art.16 alin.(2) C.contr. RM). Şi dacă pornim de la faptul că faptele prevăzute la art.228-245 C.contr. RM sunt *contravenții în domeniul circulației rutiere,* iar cele prevăzute la art.263-311 C.contr.RM – *contravenții ce afectează activitatea de întreprinzător, fiscalitatea, activitatea vamală şi valorile mobiliare,* activități la care minorii în vârstă de la 16 la 18 ani nu sunt subiecți activi ai dreptului contravențional – reiese că răspunderea contravențională poate fi aplicată practic numai persoanelor ce au atins vârsta de 18 ani (legea contravențională în vigoare (art.12 C. contr. adrm. RM) prevede că la răspunderea administrativă pot fi trase persoanele care până în momentul comiterii contravenției au atins vârsta de 16 ani).

Considerăm că această decizie a legiuitorului este neîntemeiată, că nu este bazată pe izvoarele materiale ale dreptului contravențional şi că nu va contribui la perfecționarea activității privind combaterea contravenționalității, la asigurarea ordinii de drept şi, în primul rând, la menținerea ordinii publice şi la asigurărea securității publice.

Primo, este cunoscut faptul că izvorul formal al dreptului este fondat pe cel material. Modificările izvoarelor formale trebuie să fie condiționate de ansamblul condițiilor sociale. La diferite etape de dezvoltare a societății, ea decide care relații sociale şi în care domeniu trebuie să fie protejate prin intermediul normelor juridice. Şi atunci, nu este clar de ce, la momentul adoptării legii contravenționale (1985), legiuitorul a considerat că persoana fizică obține capacitatea de exercițiu în domeniul dreptului contravențional la vârsta de 16 ani, iar peste 23 de ani de dezvoltare a societății această capacitate poate fi atinsă numai la vârsta de 18 ani?

Secundo, este imposibil a înțelege poziția legiuitorului în ce priveşte răspunderea contravențională a minorilor cu vârsta între 16 şi 18 ani. Reieşind din doctrina penală, la baza stabilirii vârstei pasibile de răspundere penală stă gradul prejudiciabil (art.16, 21 C.pen. RM). Şi dacă, la stabilirea vârstei persoanei fizice, pasibile de răspundere contravențională, legiutorul s-a condus de asemenea de acest principiu, apoi el a considerat că contravențiile în domeniul circulației rutiere şi cele ce afectează activitatea de întreprinzător, fiscalitatea, activitatea vamală şi valorile mobiliare, comise de către minori, în mai mare măsură afectează ordinea de drept, au un grad prejudiciabil mai mare decât comiterea de către minori a contravențiilor în alte domenii, cum ar fi: vătămarea intenționată uşoară a integrității corporale sau a sănătății care a provocat o dereglare de scurtă durată a sănătății sau o pierdere neînsemnată a capacității de muncă (art.78 C.contr. RM); practicarea prostituției (art.89 C.contr. RM); nesubordonarea cu rea-voință dispoziției sau cererii legitime a colaboratorilor organelor de ocrotire a normelor de drept (art.336 C.contr. RM); ultragierea sau opunerea de rezistență colaboratorului organelor de drept (art.353 C.contr. RM); huliganismul nu prea grav (art.354 C.contr. RM); consumul de băuturi alcoolice în locuri publice şi apariția în astfel de locuri în stare de ebrietate produsă de alcool (art.355 C.contr. RM); tulburarea liniştii (art.357 C.contr. RM) etc. la a căror comitere sancțiunile contravenționale pot fi aplicate numai la atingerea vârstei de 18 ani.

Starea reală a contravenționalității ne demonstrează contrariul. Numai potrivit datelor MAI, în anul 2008 în țară de către minori au fost comise 561 fapte de huliganism nu prea grav şi au avut loc 3037 cazuri de apariție în stare de ebrietate în locuri publice. Mărirea vârstei de la 16 la 18 ani, la a cărei atingere persoana este pasibilă de răspundere contravențională, este greu de înțeles şi din alte considerente. Scopul de bază al legii contravenționale constă în elaborarea unui mecanism juridic de prevenire de contravenții şi de realizare a principiului „inevitabilității răspunderii contravenționale". Sarcina de bază a societății şi, în primul rind, a organelor de ocrotire a normelor de drept constă în neadmiterea încălcărilor normelor materiale ale dreptului contravențional, în stoparea (curmarea) activităților antisociale la etapa inițială întru minimizarea prejudiciului cauzat. Persoana predispusă de a săvârşi fapte contravenționale trebuie să

simte cât se poate mai devreme aprecierea negativă de către societate a comportamentului său ilegal. Cu cât mai devreme față de aceste persoane vor fi întreprinse măsuri de resocializare (reeducare), cu atât mai reală va fi presupunerea că ulterior ele se vor conforma reglementărilor juridice. Începând cu 31 mai 2009 (data intrării în vigoare a Codului contravențional al Republicii Moldova) o bună parte din acest grup de persoane (16-18 ani), care este de proporții, nu va mai fi influențată de către organele de ocrotire a normelor de drept. Numai potrivit datelor statistice ale MAI procesele-verbale intentate față de persoanele cu vârsta cuprinsă între 16 şi 18 ani constituie: în anul 2006 – 4837; în 2007 – 4701; în 2008 – 4353.

Şi încă un argument în defavoarea deciziei de a majora vârsta persoanei pasibile de răspundere contravențională. Vom apela la problema combaterii narcomaniei, care pentru societatea noastră este una de proporții, concluzie care poate fi confirmată prin dinamica depistării şi luării la evidență de către organele de ocrotire a sănătății şi organele de poliție a narcomanilor: la 01.01.2007 în țară se aflau la evidență 8972 de narcomani, dintre care: minori – 134, femei – 721; la 01.01.2008 – 9132, respectiv, 146 şi 768 de persoane; la 01.01.2009 – 9954, respectiv, 137 şi 782 de persoane. Potrivit multiplelor investigații ştiințifice, pentru a cunoaşte pericolul real al acestui fenomen social este necesar de a înmulți aceste date statistice la coeficientul 10-15.

Potrivit legii contravenționale în vigoare, răspunderea contravențională pentru consumul ilegal de substanțe narcotice poate surveni începând cu vîrsta de 16 ani; potrivit prevederelor legii noi, va fi pasibilă de răspundere contravențională pentru asemenea contravenție doar persoana care a atins 18 ani. Deci, persoana fizică, predispusă de a săvârşi contravenții de acest gen, va fi influențată din punct de vedere juridic din partea organelor statale competente numai la atingerea acestei vârste. Dar cum de procedat cu cei 137 de minori, care deja sunt luați la evidență de organele de poliție şi cele de ocrotire a sănătății? Este de menționat şi faptul că, potrivit legii penale (art.215/5 C.pen. RM), consumul illegal public de substanțe narcotice constituie infracțiune şi se pedepseşte începând cu vârsta de 16 ani.

Deci, decizia legiuitorului privind vârsta persoanei pasibile de răspundere contravențională nu este bazată nici pe situația criminogenă din țară, nici pe experiența altor state. Este de menționat că în România e pasibilă de răspundere contravențională persoana care a atins vârsta de 14 ani; în Bielorusia – 16 ani, iar pentru unele contravenții 14 ani; în Federația Rusă, Ucraina, Kazahstan, Armenia – 16 ani. De menționat că în proiectul Codului contravențional al Republicii Moldova, votat în prima lectură la 22 iulie 1999, răspunderea contravențională la fel era prevăzută de la 14 ani. **Considerăm că această decizie a legiuitorului nu va favoriza procesul de combatere a contravenționalității, ci, dimpotrivă, îl va complica.**

2. În opinia noastră, este inoportună neincluderea în sistemul sancțiunilor contravenționale (art.32 C.contr. RM) a „confiscării obiectului, care a constituit instrumentul comiterii sau obiectivul nemijlocit al contravenției" – sancțiune contravențională care există în legea contravențională în vigoare (art.23 C.contr.adm. RM), în legislația contravențională a României, Federației Ruse, Republicii Kazahstan, Bielorusiei etc. Această sancțiune contravențională a fost şi rămâne o modalitate de constrângere statală eficace de contracarare a contravențiilor din domeniul economiei şi comerțului. Astfel, numai de către subdiviziunile poliției economice ale MAI au fost ridicate şi confiscate bunuri materiale care au constituit instrumentul comiterii sau obiectivul nemijlocit al contravenției: în anul 2006 – în sumă de 28680000 lei; în 2007 – în sumă de 20234000 lei; în 9 luni ale anului 2008 – în sumă de 23202000 lei.

Partea Specilă a Cărții I a Codului contravențional

După cum s-a menționat anterior, acest compartiment al Codului contravențional, la general, este, în viziunea noastră, mai reuşit decât în actuala lege contravențională. Totodată, şi ea nu este lipsită de unele neclarități. Vom evidenția doar unele din ele.

1. În legea nouă, spre deosebire de cea în vigoare la moment, lipsesc contravențiile „Consumul de băuturi spirtoase în unitățile de producție" (art.168 C.contr.adm. RM) şi „Neîndeplinirea obligațiilor de întreținere, educație şi instruire a copiilor" (art.170 C.contr.adm. RM). Deci, legiuitorul a considerat că relațiile sociale ce țin de consumul de băuturi spirtoase la locurile de muncă, în încăperile şi pe teritoriile întreprinderilor instituțiilor, organizațiilor etc. sau aflarea la lucru în stare de ebrietate nu mai prezintă pericol pentru societate şi nu este necesar ca ele să fie şi pe viitor protejate prin normele juridice contravenționale. **Nu putem să susținem această poziție a legiuitorului şi considerăm că ea vine în contradicție cu realitatea.**

În ceea ce priveşte neîndeplinirea cu rea-voință sau îndeplinirea necorespunzătoare de către părinți a obligațiilor de întreținere, educație şi instruire a copiilor – ca contravenție, această normă a dreptului contravențional prezintă la moment, probabil, unicul mecanism administrativ-juridic de influență asupra acelor părinți, care cu rea-voință se eschivează de la îndeplinirea obligațiilor părinteşti. Este de menționat că, în total pe republică, pentru comiterea contravenției nominalizate (art.170 C.contr.adm. RM) în anul 2006 au fost sancționați 9244 părinți; în 2007 – 8471 părinți; în 2008 – 6666 părinți.

2. Redacția dispozițiilor unor norme materiale nu va contribui, în viziunea noastră, la aplicarea justă, legitimă şi oportună a normei respective. De exemplu, art.355 alin.(2) C.contr. RM are următorul conținut: „Apariția în locuri publice în stare de ebrietate produsă de alcool sau de alte substanțe, **în cazul în care persoana şi-a pierdut capacitatea de a se mişca de sine stătător** (sublinierea ne aparține)". În acest caz, persoana respectivă nu mai prezintă pericol pentru nimeni, dimpotrivă, ea poate deveni obiectul unui atentat ilegal. Este greu de înțeles ce înseamnă „stare de ebrietate produsă de alcool **sau de alte substanțe**". Care sunt ele? Probabil, se subînțelege substanțele narcotice şi psihotrope. Însă, pentru consumul ilegal public al acestor substanțe, potrivit art.217/5 C.pen. RM, este prevăzută răspunderea penală care se aplică începând cu vârsta de 16 ani. **Suntem convinşi că această normă juridică în redacția actuală nu va favoriza contracararea acestui fenomen negativ şi socialmente destul de periculos.**

Un alt exemplu prezintă dispoziția art.354 „Huliganismul nu prea grav", care are următoarea redacție: „Huliganismul nu prea grav, adică acostarea jignitoare în locurile publice a persoanei fizice, alte acțiuni similare ce încalcă normele morale, tulbură ordinea publică şi liniştea persoanei fizice…". *În primul rând*, care este înțelesul noțiunii „acostare jignitoare"? Ea poate fi înțeleasă de orice persoană în mod diferit. *În al doilea rând*, pentru neonorarea normelor morale nu poate fi aplicată răspunderea juridică. În urma neconformării unei norme morale nu apare raport juridic de conflict. *În al treilea rând*, **cum poate fi tulburată ordinea publică**? Ordinea publică se menține, iar securitatea publică (care nu este menționată în norma nominalizată) – se asigură. *În al patrulea rând*, în ceea ce priveşte tulburarea liniştei persoanei fizice, apoi astfel de acțiuni sunt prevăzute de dispoziția unei alte norme juridice, care şi este intitulată: „Tulburarea liniştei" (art.357 C.contr. RM). **Prezenta redacție a art.354 C.contr. RM, va admite în viziunea noastră, prea mult subiectivism, atât din partea agentului constatator care va constata fapta contravențională respectivă, cât şi din partea judecătorului care va judeca cauza.**

3. **Considerăm nefondată şi inoportună excluderea pedepsei arestului contravențional** din sancțiunile: art.354 „Huliganism nu prea grav", art.363 „Tragerea din arma de foc în locurile publice, în locuri nerezervate pentru tragere sau cu încălcarea modului stabilit", art.85 „Procurarea sau păstrarea ilegală de substanțe narcotice sau alte substanțe psihotrope în cantități mici ori consumarea unor astfel de substanțe fără prescripția medicului", art.336 „Nesubordonarea cu rea-voință dispoziției sau cererii legitime a colaboratorului organelor de ocrotire a normelor de drept" etc. din Codul contravențional. În sancțiunile normelor juridice materiale „arestul contravențional" este substituit cu munca neremunerată în folosul comunității. Însă, dacă luăm în considerație faptul că, potrivit prevederilor art.37 alin. (3) din legea contravențională nouă, ultima sancțiune **„… poate fi aplicată doar persoanelor care acceptă să execute o asemenea sancțiune**", apoi, în cazul comiterii unor astfel de contravenții, instanța de judecată poate să aplice, de regulă, numai sancțiunea amenzii. **Constatăm că numărul total de contravenții de acest gen comise în țară nu s-a micşorat esențial, caracterul lor prejudiciabil nu s-a schimbat, gradul pericolului social al acestora nu s-a redus, deci şi reducerea pedepsei contravenționale pentru asemenea fapte este nefondată.**

4. Rămâne greu de înțeles după care principii au fost formulate (stabilite) sancțiunile la multe norme materiale. Cunoaştem că la stabilirea felului şi asprimei pedepsei ce urmează a fi stabilită se ia în calcul, inclusiv, gradul pericolului social al faptei prevăzute de dispoziția normei materiale. Însăşi legea contravențională analizată stipulează în calitate de criteriu (principiu) general de individualizare a sancțiunii următoarele: „Sancțiunea contravențională se aplică în funcție de caracterul şi gradul prejudiciabil al contravenției, de caracteristica persoanei şi de circumstanțele atenuante şi agravante" (art.41 alin.(1) C.contr. RM). Însă, acest principiu general de individualizare a sancțiunii contravenționale pasibile de aplicare este, în opinia noastră, depăşit (neonorat) din start, adică din momentul adoptării unor norme juridice materiale. **Considerăm că în multe norme materiale din legea analizată există o disproporție dintre gradul prejudiciabil al faptei prevăzute de dispoziția normei juridice, pe de o parte, felul pedepsei şi asprimei ei prevăzute în sancțiunea normei, pe de altă parte.** Vom argumenta această considerație printr-un singur exemplu. Sancțiunea de la art.233 C.contr. RM „Conducerea vehiculului în stare de ebrietate" prevede **privarea de dreptul de a conduce vehicul pe un termen de 3 ani** (alin.(1)). Totodată, eschivarea conducătorului de vehicul de la proba de determinare a stării de ebrietate… (art. 234 alin.(1) C.contr. RM) poate fi sancționată cu **privarea de dreptul de a conduce autovehicule pe un termen de un an sau cu arest contravențional pe un termen de până la 15 zile;** aceeaşi sancțiune poate fi aplicată față de persoana care a părăsit locul în care s-a produs accidentul rutier (art. 243 C.contr. RM). Atunci, care dintre aceste trei contravenții prezintă un pericol mai mare pentru securitatea circulației rutiere: prima, pentru care sancțiunea este mai aspră, sau ultimele două – pentru care sancțiunea este mai blândă?

Suntem convinşi că dacă această neclaritate nu va fi depăşită până la momentul punerii în aplicare

a Codului contravențional, ea va produce un efect negativ în ceea ce privește procedura de combatere a acestui fenomen antisocial și foarte periculos.

5. La stabilirea sancțiunilor la unele din contravenții nu fost luate în considerație dispozițiile comune din Partea Generală a Cărții I a Codului contravențional. Sancțiunea de la art.168 „Încălcarea legislației în zona de protecție a gazoductelor magistrale" prevede: „se sancționaează cu amendă de la 40 la 60 unități convenționale aplicată persoanei fizice, cu amendă de la 70 la 100 de unități convenționale aplicată persoanei cu funcție de răspundere **cu demolarea** construcțiilor și defrișarea arborilor și arbuștilor de către proprietar sau, în mod silit, de către autoritățile administrației publice locale din contul proprietarului". Din conținutul acestei sancțiuni reiese că comisia administrativă la soluționarea cauzei contravenționale în mod obligatoriu trebuie să aplice sancțiunea complementară indicată. Însă, apar întrebările: În baza cărui temei juridic? Care va fi mecanismul de executare a acestei sancțiuni? Doar ea nu este prevăzută de lege nici ca sancțiune (art.32 C.contr. RM) și nici ca măsură procesuală de constrângere (art.432 C.contr. RM). **Considerăm că la moment lipseşte mecanismul juridic de aplicare a acestei norme materiale.**

Cartea a II-a „Dreptul procesual" din Codul contravențional

Această parte a legii contravenționale conține mecanismul juridic de aplicare a normelor materiale stipulate în Cartea I. Anume el determină în mare măsură succesul legii, eficacitatea aplicării prescripțiilor normei materiale. Procesul contravențional este unul deosebit de important și în aceeași măsură complicat. Este și firesc că anume în această parte a Codului contravențional sunt, în viziunea noastră, mai multe neclarități discutabile, iar unele norme juridice chiar intră în contradicție cu dispozițiile comune și principiile de bază ale legii contravenționale. Vom evidenția doar unele din concluzii ale analizei juridice a Cărții a II-a a Codul contravențional al Republicii Moldova.

1. Necesită concretizare sistemul participanților la procesul contravențional (Capitolul II). În acest capitol nici instanța de judecată, nici comisia administrativă nu sunt prevăzute (recunoscute) ca participanți la procesul contravențional. În viziunea noastră, fapt absolut discutabil, deoarece, la soluționarea cauzei, la desfășurarea procesului contravențional, participă, desigur, ambele autorități. Mai mult decât atât, în cazul în care decizia asupra cazului contravențional este atacată, procesul contravențional nu poate fi finisat fără participarea la el a instanței de judecată.

2. Considerăm necesară concretizarea competenței autorităților abilitate cu dreptul de a soluționa cauza contravențională. Vom argumenta această declarație prin analiza competenței procurorului (art.396 C.contr. RM). Atât pentru contravenția prevăzută la art.312 C.contr. RM „Abuzul de putere sau abuzul de serviciu", cât și pentru cea de la art.313 „Excesul de putere sau depășirea atribuțiilor de serviciu", legiutorul prevede: „se sancționează cu amendă de la 50 la 150 de unități convenționale **cu** privarea de dreptul de a deține o anumită funcție sau de dreptul de a desfăşura o anumită activitate pe un termen de la 3 la 1 an". Înseamnă că procurorul, la soluționarea acestor cauze, nu poate să nu aplice în calitate de sancțiune complementară una din cele indicate, însă aplicarea lor, potrivit prevederilor art.395 C.contr. RM, constituie competența exclusivă a instanței de judecată. *Atunci cum poate constitui soluționarea acestor cauze competența procurorului?*

La rândul său, dispoziția de la art.353 alin.(2) C.contr. RM prevede: „Opunerea de rezistență procurorului, ofițerului de urmărire penală etc.". Deci, în multe cazuri procurorul poate avea statut juridic de „parte vătămată", adică parte cointeresată în procesul contravențional. De aceea, considerăm că soluționarea și acestor contravenții nu ar trebui să țină de competența procurorului.

3. În viziunea noastră, este discutabil titlul Capitolului V „Măsurile procesuale de constrângere". Aceasta din următoarele considerente: a) măsurile nominalizate în art.432 din acest capitol se aplică nu ca reacție a statului și a societății la comiterea unei fapte contravenționale, ci în scopul desfășurării corecte, multilaterale și obiective a procesului contravențional, în scopul aflării adevărului în ce privește circumstanțele faptei comise; b) aceste măsuri se aplică nu doar față de autorul unei fapte contravenționale, ci și față de alți participanți la procesul contravențional care se află în raport juridic de conformare normelor materiale ale dreptului contravențional, însă, care nu onorează obligațiile procesuale (de exemplu, „aducerea silită" – ca măsură de constrângere procesuală poate fi aplicată numai față de martor sau față de victimă); c) în cazul în care procedura contravențională va fi clasată în baza lipsei faptei contravenționale sau lipsei vinovăției făptuitorului, măsurile procesuale deja aplicate nu vor avea careva efect juridic, nemaivorbind de caracterul de constrângere statală a măsurilor aplicate.

Pornind de la cele menționate, considerăm că denumirea Capitolului V „Măsurile de asigurare a procesului contravențional" ar fi mai corectă. În acest caz, „constrângerea" – ca metodă de administrare în domeniul combaterii contravenționalității, ar avea o clasificare logică, bine detrminată, structurată în 4 blocuri de măsuri: - de prevenire, aplicate în scopul prevenirii (neadmiterii) faptelor contravenționale; - de curmare (stopare), aplicate în scopul curmării faptelor ilicite la etapa inițială și minimizării consecințelor negative; - de asigurare a procesului contravențional, aplicate în scopul

respectării prevederilor normelor procesuale; - sancțiunile contravenționale, aplicate ca pedeapsă (constrângere) pentru fapta ilicită comisă cu vinovăție.

Considerăm că şi sistemul măsurilor procesuale de constrângere (după noi – sistemul măsurilor de asigurare a procesului contravențional) trebuie să-l constituie nu doar măsurile stipulate la art.432 C.contr. RM: 1) reținerea; 2) aducerea silită; 3) înlăturarea de la conducerea vehiculului; 4) examenul medical pentru constatarea stării de ebrietate produsă de alcool sau de altă substanță; 5) reținerea şi aducerea vehiculului la parcare, *dar şi* 6) cercetarea la fața locului; 7) ridicarea obiectelor, documentelor şi percheziția; 8) percheziția corporală, ridicarea obiectelor şi documentelor.

4. Necesită o concretizare conținutul normelor juridice în ce priveşte reținerea (art.433 C.contr. RM) şi durata reținerii (art.435 C.contr. RM). În viziunea noastră, şi aici nu există claritate. De exemplu, *primul temei juridic* al reținerii prevăzut de art.433 alin.(1) C.contr. RM este comiterea contravențiilor flagrante pentru care se prevede sancțiunea arestului contravențional. Însă, dacă contravenția dată comisă cu vinovăție, pentru care se prevede sancțiunea arestului contravențional, nu este flagrantă, este constatată în procesul soluționării unei petiții, în asemenea caz, există sau nu temei juridic pentru reținere? Mai mult decât atât, legea contravențională nouă, spre deosebire de cea în vigoare, nu prevede aşa măsură de asigurare a procedurii cum ar fi „aducerea contravenientului" (art.245 C.contr.adm. din 1985). Potrivit legii noi, inițială este reținerea (art.433 C.contr. RM), care mai apoi presupune aducerea făptuitorului. *Al doilea temei juridic* al reținerii, prevăzut de aceeaşi normă juridică, este imposibilitatea identificării persoanei în a cărei privință este pornit procesul contravențional, dacă au fost epuizate toate măsurile de identificare. În acest caz, reieşind din conținutul termenului „reținere", apare întrebarea: „Atât timp cât se întreprind măsurile posibile de a stabili persoana făptuitorului, el se consideră reținut sau nu?"

Nu mai puțin importantă este şi problema competenței privind reținerea. Dacă această acțiune procesuală ține numai de competența a trei organe statale: MAI, Serviciul de grăniceri şi Serviciul vamal, apoi ceilalți agenți constatatori (21 la număr) nu dispun de această competență. În acest caz, apare iarăşi întrebarea: „Atât timp cât fiecare din acei 21 de agenți constatatori desfăşoară activitatea de constatare a contravenției concrete, făptuitorul ei se consideră reținut sau nu?"

5. În multe norme procesuale legiuitorul utilizează termenul „contravenient" în cazurile în care decizia/hotărârea privind aplicarea sancțiunii contravenționale încă nu a devenit irevocabilă. **În viziunea noastră, acest fapt este inadmisibil.** Anterior, în lucrarea „Drept contravențional" (Chişinău: ULIM, 2006, p.210-211) a fost expusă opinia noastră cu privire la statutul administrativ-juridic al autorului unei fapte contravenționale. Potrivit acestei opinii, statutul juridic al persoanei care a comis o faptă contravențională se modifică în dependență de faza procedurii contravenționale la care ea se află: - din momentul comiterii faptei contravenționale şi pînă la stabilirea vinovăției (temei juridic pentru întocmirea procesului-verbal cu privire la contravenție) – autorul ei are statut de *făptuitor*; - din momentul întocmirii procesului-verbal cu privire la contravenție şi până la aplicarea sancțiunii contravenționale – statut de *inculpat;* - din momentul emiterii deciziei de aplicare a sancțiunii contravenționale şi până la obținerea forței juridice a acestei decizii (expirarea termenului de atac sau respingerea recursului în urma revizuirii cazului) – statut de *persoană sancționată*; - din momentul în care decizia privind aplicarea sancțiunii contravenționale a devenit irevocabilă şi până la executarea ei – statut de *contravenient*; - din momentul executării deciziei de aplicare a sancțiunii contravenționale – statut de *persoană cu antecedent contravențional* (până la stingerea lui în modul stabilit de lege).

6. Este discutabilă concepția privind prezența participanților la procesul contravențional în şedința de soluționare a cauzei contravenționale. Modalitatea de reglementare a problemei date, care se conține în art.435 C.contr. RM, generează multe întrebări, şi anume:

6.1. Este oportună oare prezența obligatorie a agentului constatator la judecarea fiecărui caz contravențional? Câte resurse umane din partea agenților constatatori vor fi necesare pentru realizarea prevederilor art.455 alin.(2) C.contr. RM? Care vor fi cheltuielile statului legate cu realizarea acestei prevederi?

6.2. Cât de întemeiată şi oportună va fi încetarea procesului contravențional în legătură cu neprezentarea agentului constatator? În acest caz, persoana căreia îi este imputată contravenția, desigur, va fi satisfăcută. Dar drepturile părții vătămate, interesele societății şi ale statului? De ce din vinovăția unui funcționar de stat trebuie să fie încetat procesul contravențional? Cum în cazul de față se va realiza principiul „inevitabilității răspunderii contravenționale pentru fapta comisă cu vinovăție"?

6.3. Este greu de înțeles conținutul art.455 alin.(5) C.contr. RM care stipulează: „În cazul în care se solicită aplicarea sancțiunii arestului contravențional, participarea făptuitorului este oligatorie, cu excepția cazului neprezentării lui **cu rea-voință** (sublinierea noastră)". Dar cum de procedat în cazul eschivării? Mai mult decât atât, persoana, care cu rea-voință a neglijat citarea legitimă, comite suplimentar contravenția prevăzută de art.336 C.contr. RM „Nesubordonarea cu rea-voință dispoziției sau cererii legitime a colaboratorului organelor

de ocrotire a normelor de drept". În acest sens, în legea contravențională în vigoare există o claritate absolută. Art.254 alin.(2) C.contr.adm. din 1985 prevede: „În cazul eschivării (a făptuitorului, a cărui prezență este obligatorie la soluționarea cauzei contravenționale – *V.G.*) de a se înfățișa la chemarea organului afacerilor interne sau a judecătorului, persoana aceasta poate fi supusă de către organul afacerilor interne (poliției) aducerii silite".

7. În unele norme juridice ale legii contravenționale analizate (art.31 alin.(2), art.395 alin.(2), art.462 alin.(5)) este prevăzută aplicarea „măsurilor de siguranță". Însă, din lege nu este clar care sunt aceste măsuri. O claritate relativă asupra conținutului acestui termen reiese din prevederele art.431 „Corpurile delicte", care stipulează: „La judecarea cauzei contravenționale instanța hotărăşte asupra corpurilor delicte potrivit prevederilor art.106 din Codul penal şi ale art.162 din Codul de procedură penală, care se aplică în modul corespunzător în procesul contravențional".

Este de menționat că mecanismul de administrare a corpurilor delicte (precum şi mecanismul de aplicare a altor măsuri de siguranță) în dreptul penal este clar. Codul penal (Drept material) în Capitolul X prevede **măsurile de siguranță**: măsurile de constrângere cu caracter medical (art.99); internarea într-o instituție psihiatrică (art.100); măsurile de constrângere cu caracter medial aplicate alcoolicilor şi narcomanilor sau punerea lor sub curatelă (art.103); măsurile de constrângere cu caracter educativ (art.104); expulzarea (art.105) şi **confiscarea specială** (art.106), la care se face trimitere în art.431 alin.(4) C.contr. RM.

La rîndul său, Codul de procedură penală (Drept procesual) prezintă mecanismul de realizare (de aplicare) a normelor juridice materiale şi în Titlul IV stipulează modul de administrare a probelor şi mijloacelor de probă (inclusiv conținutul hotărârii cu privire la corpurile delicte – art.162 C.proc.pen.), iar în Titlul V sunt stipulate măsurile procesuale de constrângere.

În ceea ce priveşte dreptul contravențional, apoi nici în Cartea I a Codului contravențional (Drept material) şi nici în Cartea a II-a (Drept procesual) măsurile de siguranță **(inclusiv confiscarea specială sau măsurile de constrângere cu caracter educativ aplicate minorilor, nominalizate de art.443 alin.(14) C.contr. RM)** nu sunt prevăzute. Şi numai în Partea Generală a Cărții a II-a a Codului contravențional sunt prevăzute „Măsurile procesuale de constrângere" (Capitolul V), însă „confiscarea specială" nici în acest capitol nu este prevăzută.

În viziunea noastră, răspuns la întrebarea: Care este modul corespunzător de aplicare în procesul contravențional a prevederelor art.106 C.pen. RM şi ale art.162 C.proc.pen. RM? va da practica judiciară sau modificările ulterioare ale legii contravenționale, care sunt, după noi, inevitabile.

8. Necesită o anumită concretizare şi conținutul Capitolului VIII „Calea ordinară de atac. Recursul":

8.1. Art.467 alin.(1) stipulează participanții la procesul contravențional care au dreptul să atace hotărârea judecătorească contravențională. În viziunea noastră, de acest drept trebuie să se bucure suplimentar atât reprezentanții legali ai persoanei sancționate, cât şi reprezentanții persoanei juridice sancționate;

8.2. Art.468 alin.(1) stipulează că recursul împotriva hotărârii judecătoreşti se declară în termen de 15 zile. Însă nu este prevăzut momentul de la care începe a decurge acest termen. În opinia noastră, este indiscutabil că acest termen începe a decurge din momentul aducerii la cunoştință părților cointeresate a hotărârii respective;

8.3. Necesită o concretizare modalitatea de repunere în termen a recursului. Întâi de toate, nu există o claritate care recurs (depus de către cine?) poate fi repus în termen? Legea contravențională în vigoare prevede că poate fi repus în termen numai recursul declarat de către persoana față de care a fost pronunțată decizia (art.275 C.contr.adm. RM). Din analiza art.469 C.contr. RM reiese că poate fi repus în termen recursul declarat de orice persoană abilitată cu acest drept, fapt, considerăm, discutabil;

8.4. Lasă de dorit redacția art.466 „Temeiurile pentru recurs". În primul rând, considerăm că enumerarea temeiurilor juridice pentru depunerea recursului nu trebuie să fie una exhaustivă. Curtea de Apel ar trebui să dispună de dreptul de a recunoaşte şi alte circumstanțe ca temei juridic pentru depunerea recursului. În al doilea rând, şi în această normă juridică (după cum s-a menționat anterior) legiuitorul utilizează termenul „contravenient", ceea ce, în viziunea noastră, nu este corect, deoarece procedura contravențională încă nu s-a finalizat, hotărârea judecătorească privind aplicarea sancțiunii contravenționale încă nu a devenit irevocabilă, din cauza că persoana sancționată încă nu s-a folosit de dreptul său constituțional de a o ataca.

În prezenta publicație am elucidat doar unele din rezultatele analizei juridice a Codului contravențional al Republicii Moldova (rezultatele analizei multilaterale a Codului contravențional sunt reflectate în manualul „Tratat de drept contravențional", care în curând va vedea lumina tiparului). Suntem conştienți de faptul că unele din concluziile noastre pot să nu fie acceptate, în fond, altele – să fie discutabile sau considerate inutile. Invităm cititorul Revistei la o discuție ştiințifico-practică în ce priveşte calitatea acestei legi de o deosebită actualitate. Dacă vom fi citiți şi auziți, vom contribui de comun accord la perfecționarea ei.

PROPUNERE PRIVIND INTRODUCEREA CURSULUI DE INSTRUIRE JURIDICĂ „DREPT CONTRAVENȚIONAL”

Sergiu FURDUI,
doctor în drept, conferenţiar universitar,
vicepreşedinte al Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție

SUMMARY

Following the goal of initial and continuous guarantee of the juridical-contravention knowledge for the students, we propose to apply the course of instruction „Contravention Law” in higher educational institutions in domain of „Jurisprudence”.

We explain the conviction that the application of this didactical discipline constitutes a supreme necessity and a reasonable opportunity for the juridical educational system in Republic of Moldova, the reason we hope that our proposal will be appreciated at its proper value by the decisional factors.

Fiind stimulat de activitatea de magistrat, precum şi de activitatea didactică universitară, am constatat că în cadrul învățământului juridic din Republica Moldova se apreciază la nivel înalt legislația din domeniul contravențional, jurisprudența privind soluționarea cauzelor contravenționale şi ştiința Dreptului contravențional.

Concomitent, se resimte lipsa unui curs de instruire juridică pentru studenții facultăților de drept şi, respectiv, a conceptului privind Curricula instruirii inițiale la cursul „Drept contravențional”.

În atare situație, urmărind scopul asigurării inițiale şi continue a cunoştințelor juridico-contravenționale pentru persoanele care îmbrățişează profesia de jurist, propunem introducerea cursului de instruire „Drept contravențional” în cadrul instituțiilor de învățământ superior universitar la profilul „Jurisprudență”.

Această propunere vine cu o anumită întârziere în raport cu imperativele timpului, unul din motive fiind aşteptările în legătură cu adoptarea şi intrarea în vigoare a Codului contravențional. La 24 octombrie 2008 Parlamentul Republicii Moldova a adoptat în lecătură finală Codul contravențional, care va întra în vigoare la 31 mai 2009.

Astfel, în prezent dreptul contravențional – susținut de o parte, contestat sau privit cu rezerve – de altă parte, se impune în sistemul de drept al Republicii Moldova ca un drept autonom, capabil să răspundă, în plan doctrinar, legislativ şi judiciar, realităților politico-economice şi socioculturale noi şi să contribuie la reglementarea acestor raporturi juridice din societate.

Odată cu constituirea ca ramură de drept, dreptul contravențional îşi va lărgi domeniul de acțiune: realitatea juridică obligă ştiința, precum şi jurisprudența să-şi dezvolte funcțiile de interpretare şi aplicare a normelor contravenționale, dublate de prospectare şi prognoză, astfel, în esență, revenindu-i sarcina şi obligația de a analiza şi a cerceta domeniul extrem de vast şi diversificat al noului regim juridic al contravențiilor în Republica Moldova.

Rezultă, deci, că în prezent dreptul contravențional se impune să se dezvolte şi ca disciplină didactică, care, în raport cu tendințele evolutive ale dreptului contravențional ca ramură de drept şi ca ştiință juridică, va cuprinde subiecte, probleme teoretice în conformitate cu cerințele Programei de instruire în instituțiile cu profil juridic.

Ca disciplină didactică, dreptul contravențional urmează să selecteze o parte din ştiința juridică relevată în sursele de specialitate (manuale, monografii, prelegeri, articole etc.) asigurând, astfel, minimul necesar de cunoştințe teoretice în conformitate cu sarcinile pregătirii cadrelor juridice.

Obiectul dreptului contravențional ca disciplină didactică nu trebuie confundat cu obiectul dreptului contravențional ca ramură de drept, al cărui obiect îl constituie relațiile sociale generate în urma comiterii contravenției. Ca disciplină didactică, dreptul contravențional cercetează normele de drept care constituie însuşi dreptul contravențional ca ramură de drept. Astfel, disciplina în cauză oferă celor ce aplică normele contravenționale cunoştințe necesare privind soluționarea cazurilor contravenționale, asigură înțelegerea justă şi aplicarea uniformă, în strictă concordanță cu voința legiuitorului, a normelor dreptului contravențional, precum şi modul în care aceste norme sunt aplicate de organele competente în varietatea cazurilor concrete oferite de realitate.

Sistemul disciplinei didactice nominalizate este, în fond, determinat de legislația contravențională, dar, totodată, pe lângă expunerea problemelor teoretice conținute în normele juridice contravenționale, include şi alte chestiuni indisolubil legate reciproc, cum ar fi principiile şi izvoarele dreptului contravențional, raportul juridic contravențional etc.

O asemenea cercetare contribuie, alături de ştiința dreptului contravențional, la promovarea unor idei moderne şi progresiste privind statornicia şi perfecționarea principiilor, normelor şi a instituțiilor, a tuturor celorlalte raporturi contravenționale, pentru a le asigura o eficiență sporită în combaterea acestui fenomen în conexiunea sa cu celelalte fenomene criminale atestate în cadrul societății.

Revenind la propunerea propriu-zisă, motivarea respectivă se axează pe trei niveluri comportamentale, cu un grad divers de complexitate:

1) *înțelegerea*, ceea ce presupune acumularea cunoştințelor teoretice şi formarea bazei conceptuale în domeniul Dreptului contravențional;

2) *aplicarea,* ceea ce presupune formarea obligațiilor tipice domeniului de activitate respectiv şi dezvoltarea deprinderilor practice în studierea Dreptului contravențional;

3) *integrarea*, ceea ce presupune formarea capacității de transfer al cunoştințelor teoretice şi a abilităților practice în rezolvarea situațiilor nestandarde cu problematică juridico-contravențională.

Pe această linie de gândire, se evidențiază următoarele obiective curriculare în cadrul disciplinei nominalizate:

1. La nivel de înțelegere –

a) fundamentarea conceptelor, principiilor, sarcinilor şi scopurilor Dreptului contravențional în sistemul de drept, de ştiințe juridice şi de discipline academice;

b) determinarea bazelor teoretice ale noțiunilor fundamentale ale Dreptului contravențional: contravenția, sancțiunea contravențională, răspunderea contravențională şi procesul contravențional;

c) familiarizarea cu baza juridico-normativă națională şi internațională ce reglementează raporturi contravenționale;

d) cunoaşterea diverselor metode de studiere a problemelor teoretice şi practice din domeniul Dreptului contravențional.

2. La nivel de aplicare –

a) explicarea coerentă a noțiunilor şi principiilor fundamentale ale Dreptului contravențional;

b) interpretarea corectă a normelor Dreptului contravențional şi utilizarea justă a actelor normative, rezolvarea spețelor din domeniul respectiv;

c) promovarea diferitelor forme de comunicare, adecvate obiectivelor Dreptului contravențional;

d) formarea metodelor specifice de realizare a cercetărilor ştiințifice în domeniul Dreptului contravențional şi determinarea direcțiilor prioritare de perfecționare a legislației contravenționale.

3. La nivel de integrare –

a) determinarea şi stabilirea locului şi rolului Dreptului contravențional în sistemul de drept al Republicii Moldova;

b) elaborarea proiectelor de cercetare ştiințifică şi propunerea inițiativelor legislative în domeniul Dreptului contravențional;

c) diagnosticarea mediului intern şi a culturii organizaționale în cadrul instituțiilor şi punerea în exercițiu a reglementărilor Dreptului contravențional;

d) monitorizarea şi evaluarea activității organelor competente să soluționeze cauzele contravenționale.

În acest context se impune elaborarea şi promovarea conceptului privind Curricula instruirii inițiale la cursul „Drept contravențional". Acest concept constă în elaborarea unui suport metodologic pentru persoanele participante la procesul de inițiere şi implementare a standardelor educaționale privind formarea şi dezvoltarea profesională a studenților facultăților de drept.

În baza Conceptului propriu-zis, urmează elaborarea Programei analitice la disciplina „Drept contravențional". La rândul său, această Programă va fi elaborată în baza diferitelor surse practico-ştiințifice de instruire juridică ce conțin un sistem de cunoştințe teoretice temeinice, menite să formeze abilități practice utile în viitoarea activitate profesională.

Implementarea şi evaluarea cursului de instruire „Drept contravențional" se va realiza prin studierea disciplinei la orele de prelegeri şi seminare, finalizându-se printr-un examen care va constitui indiciul ce confirmă implicarea disciplinei respective în contextul formării competențelor profesionale. Criteriile de evaluare a disciplinei se vor elabora în baza obiectivelor curriculare menționate mai sus.

În susținerea propunerii, este de menționat că o parte componentă a Programului de învățământ aprobat în cadrul Institutului Național al Justiției o constituie cursul de instruire „Drept contravențional".

În concluzie, ne exprimăm convingerea că introducerea cursului de instruire „Drept contravențional" în cadrul instituțiilor de învățământ superior universitar la profilul „Jurisprudență" constituie o necesitate vitală şi o oportunitate rezonabilă pentru sistemul de învățământ juridic din Republica Moldova, motiv pentru care sperăm ca propunerea noastră să fie apreciată la justa valoare de către factorii decizionali.

EVOLUȚIA ISTORICĂ A INSTITUȚIEI PROTECȚIEI INTERNAȚIONALE A DREPTURILOR COPILULUI

Partea I

Carolina CIUGUREANU-MIHAILUȚĂ,
doctor în drept (USM)

SUMMARY

Some international norms delineation, regulating the co-operation between states in the field of the children's rights protection, have conditioned some international distinct juridical body crystallization: children's rights international protection. Presenting a result of a long and difficult motion of humanity in the meaning of disclosure and child liberation, this body is presented as a totality of norms, bodies and international procedures ensuring protection in the field of children's rights by means of international standards and special protective mechanisms elaboration and these rights guaranteeing.

The childhood history represents a nightmare, from which we only began to weak up. The more we came back into the history, the more reduced was the level of the care offered to the child, the higher was the probability of those to be killed, abandoned, cruelly treated and sexually abused. Only at the beginning of the XX century the children's situation attracted the attention of international community. The declarations regarding children's rights were adopted by the League of Nations (1924) and UNO (1959). The essential topic attached to these declarations was child necessity to receive care and special assistance. It bears a progressive expressed character contributing to a distinct system foundation of international norms: children rights international protection, outlining in essence the first stage, the declaratory one, in this body evolution.

În secolul al XX-lea tema copilului şi a copilăriei a devenit o prezență constantă în discursurile politice, abordările ştiințifice, culturale, educaționale etc., la nivel internațional, regional şi național.

Conştientizarea faptului că copilul este un subiect ce necesită protecție şi ocrotire specială a produs o revoluție în consfințirea drepturilor acestuia prin reglementări internaționale – remediu întârziat la abuzurile flagrante şi persistente împotriva copilului. Caracterul vulnerabil al copilului a determinat necesitatea instituirii şi reglementării unor măsuri speciale de asistență şi protecție a lui, precum şi a unor organe prin intermediul cărora acesta şi-ar putea exercita drepturile fără a fi în vreun fel lezat sau prejudiciat.

Conturarea unor norme internaționale ce reglementează cooperarea dintre state în domeniul protecției drepturilor copilului a condiționat cristalizarea unei instituții juridice internaționale distincte: *protecția internațională a drepturilor copilului*.

Reprezentând rezultatul unui îndelung şi anevoios demers al umanității în sensul descoperirii şi eliberării copilului, această instituție se prezintă ca o totalitate de norme, instituții şi proceduri internaționale ce asigură protecție în domeniul drepturilor copilului prin elaborarea standardelor internaționale şi a mecanismelor speciale de protecție şi garantare a acestor drepturi.

Prin reglementările internaționale copilul este recunoscut ca subiect exclusiv al drepturilor şi protecției internaționale, el dobândeşte statutul de persoană, de ființă umană care prin simplul fapt al naşterii beneficiază de drepturi care trebuie garantate şi respectate.

Reglementarea drepturilor copilului ca instituție distinctă a drepturilor omului a dus la individualizarea copilului în raport cu familia, la recunoaşterea vulnerabilității şi nevoilor speciale de protecție şi ocrotire a copilăriei.

Acest statut al copilului poartă un caracter recent. Acum puțin timp în urmă, locul copilului în societate era incert. Mai mult, contrar imaginii pe care o avem astăzi despre copilărie, despre ocrotire şi grijă, istoria copilăriei reprezintă, de fapt, un coşmar din care abia am început să evadăm. Cu cât mai mult ne întoarcem în istorie, cu atât va mai scăzut se dovedeşte a fi nivelul grijii acordate copilului, cu atât mai mare era probabilitatea ca aceştia să fie ucişi, abandonați, maltratați şi abuzați sexual.[1]

Astfel, în antichitate, copilul nu avea calitatea de individ. El era lipsit de cuvânt şi depindea completamente

de adulți, fiind considerat o continuitate a părinților, fără a deține drepturi *per se.*

În speță, conform *Codex Hammurapi*, copilul, a cărui mamă este liberă, are calitatea de om liber, cel născut dintr-o mamă sclavă şi tată liber capătă calitatea de dezrobit deplin la moartea tatălui său, iar când este procreat din părinți sclavi, are calitatea tot de sclav.[2]

Mai mult, viața copilului nu reprezenta o valoare. El putea fi abandonat sau izgonit din familie fără nici o formalitate.

Grecii, în particular, acordau părinților putere deplină asupra copilului. Tatăl deținea dreptul de viață şi de moarte asupra copilului, dreptul de a recunoaşte sau nu paternitatea, dreptul de a-l dezmoşteni sau de a-l vinde în sclavie.

Aristotel susținea că „sufletul copilului nu diferă de cel al animalelor"[3], căci acesta nu dispune de libertatea de a acționa. Voința sa este completamente subordonată voinței părinților, care dețin o putere nelimitată. Singura virtute care trebuie să-i călăuzească pe părinți şi pe copii în relațiile lor este afecțiunea. Această virtute se naşte din dreptul natural şi nu constituie o obligație. Astfel, copilul nu deține drepturi şi, respectiv, nu poate fi participant la raporturile juridice.

La romani, de asemenea, puterea familiei asupra copilului era absolută. Tatăl, numit *pater familias*, deținea drepturi nelimitate: putea să-l pedepsească, să-l vândă, să-l alunge din casa familială, să-l abandoneze ca pe un lucru nefolositor, să-l căsătorească fără a-l întreba şi chiar să-l omoare. Copiii născuți din concubinaj erau considerați nelegitimi.[4]

Nici în societatea medievală ideea de copilărie nu a existat. Aceasta nu era percepută ca o perioadă distinctă din viața omului, în care el trebuie să se bucure de toate drepturile şi obligațiile specifice acestei vârste, ci ca o trambulină către maturitate, ea neavând o valoare în sine.

De îndată ce copilul depăşea dependența biologică, acesta intra direct în societatea adulților. Copiii nu puteau fi deosebiți de adulți, deoarece erau îmbrăcați la fel, se comportau la fel şi erau integrați în acelaşi tip de activități sociale. Erau într-adevăr adulți în miniatură.[5]

Individualizarea copilăriei ca stadiu distinct se relizează începând cu sec. al XVII-lea, printr-un proces foarte lent, ca expresie a raționalismului şi umanismului epocii moderne, fiind influențat în sens pozitiv de instituționalizarea educației şi a controlului asupra „înclinațiilor naturale imorale ale copilului".

Studiile filosofice semnate de J.Locke „Câteva cugetări asupra educației", J.J. Rousseau „Emil", F.Fenelon „Aventurile lui Telemaque", „Despre educația fetelor" ş.a. au realizat o schimbare fundamentală în concepția copilului: acesta nu mai este privit ca un viitor adult, ci ca un copil cu o structură tipică vârstei sale, cu logică şi lume proprie. Deşi nu formulează drepturi subiective în sensul actual al termenului, aceste demersuri ştiințifice pentru prima dată conturează obligații pentru părinți şi societate.

Un rol deosebit în vederea descoperirii copilului l-au avut *studiile şi cercetările de sociologie şi psihologie* asupra copilăriei şi dezvoltării realizate în sec. XX.

Conform acestora, înțelegerea copilăriei nu poate fi detaşată de contextul concret al societăților şi grupurilor sociale, de practicile şi tradiția creşterii copiilor, de normele şi valorile ataşate acestui proces, de politicile sociale, de cadrul normativ şi instituțiile implicate.[6]

Conform *paradigmei sociologice*[7], copilăria este o construcție socială. Ea este distinctă de imaturitatea biologică, nu este nici o trăsătură naturală, nici universală a grupurilor umane şi apare ca o componentă structurală şi culturală specifică a multor societăți. Copilăria este o variabilă a analizei sociale. Ea nu poate fi niciodată separată integral de alte variabile cum ar fi clasa, sexul sau etnia. *Analiza comparativă transculturală pune mai degrabă în evidență o varietate de copilării, nu un singur fenomen universal.*[8]

Opoziția față de un model universal al inocenței şi vulnerabilității copilăriei, biologic argumentat, ideea de copilărie ca o componentă socială recentă, de variabilă socială dependentă de alte structuri socioculturale locale, reprezintă nucleul perspectivei sociologice de înțelegere a copilăriei. Analiza sociologică implicând identificarea, cartografierea şi evaluarea critică a proceselor, în cadrul cărora copilăria este construită, descoperită sau inventată, a fost tema centrală a dezbaterilor sociologice actuale despre copilărie.[9]

În ultimele decade ale sec. XX, studiile de sociologie a copilăriei s-au concentrat pe analiza construcției copilăriei la nivelul unor comunități local-naționale, pe relația dintre copil, familie şi stat, pe diferențele structurale ale copilăriei şi copilului. Ele au evidențiat dinamica contradictorie a proceselor care au modelat copilăria – tensiunile ideologice şi imperativele grijii şi bunăstării, responsabilitățile familiei şi socializarea copilului etc., elaborând un concept coerent al copilăriei, localizat în familie, ca principală instituție şi prim loc de socializare la determinarea naturii relațiilor dintre copil, familie şi stat, precum şi la naşterea retoricii copilăriei naționale pentru toți copiii.[10]

Trebuie de menționat că *aceste studii au investigat copilăria sau grupul social distinct reprezentat de copii, dar nu şi copilul ca persoană.* În consecință, *nu a fost*

conturată nici ideea de drepturi ale copilului pe care acesta le-ar putea deține.

Naşterea conceptului de copil ca persoană, care nu se identifică nici cu grupul social, nici cu părinții, este rodul unui alt demers disciplinar – al *psihologiei şi psihoneurobiologiei.*

Cercetarea psihologică a pus în evidență caracterul stadial al dezvoltării cognitiv-intelectuale şi morale, al construcției identității personale.[11] În acest sens, se susține:

– structurile cognitive şi de comunicare, emoțional-afective, moral-axiologice ale persoanei au un caracter ierarhic evolutiv;

– dezvoltarea în cadrul ciclurilor ierarhice fixe are un caracter strict personal, individualizat, de aceea *cel mai potrivit ar fi să vorbim de copil şi nu de copii*;

– persoana beneficiază de structuri înnăscute înalt specializate şi specificate, al căror orar de maturizare este genetic codificat, cu ritmuri individualizate; mediul nu intervine, în sens cognitiv, în acest proces, el doar developează şi contribuie la fixare prin utilizarea structurilor puse la dispoziție de organism; programul genetic nu reprezintă decât „un înveliş de rezultate posibile" ce va face individul să depindă de interacțiunea stabilizatoare cu mediul; în acest sens, trebuie subliniat caracterul co-evolutiv al proceselor genetice şi culturale, rolul conex al „tiparelor genetice" şi al „tiparelor culturale"; în limitele unui orar genetic „general, comun ființei omeneşti", ritmurile de maturitate şi actualizare a acestor structuri sunt proprii fiecărui individ;

– interacțiunea dintre „tiparele genetice" şi cele culturale condiționează ascensiunea „*scării personalizării*", formulate de J.Eccles. Potrivit neurobiologului elvețian, tiparul genetic se caracterizează prin propensiuni naturale spre funcții gnostice, limbaj, muzică. „În mod normal, în perioada prepubertală aceste propensiuni sunt actualizate prin utilizare, oferind răspunsuri din ce în ce mai complexe şi rafinate. Ele se dezvoltă în diversitatea lor maximă în relație cu lumea experienței care interacționează cu neo-cortexul printr-un proces trofic de autocreație şi autoorganizare". Mesajul insistent adresat părinților şi educatorilor de J.Eccles este acela de „a proceda cu înțelepciune astfel încât să valorifice perioada crucială, din anii prepubertății".[12]

Actualizarea propensiunilor naturale către lumea valorilor şi culturii sau eşecul înregistrat afectează întreg cursul evoluției ulterioare a copilului. În contextul acestor exigențe firesti ale dezvoltării copilului, actele de abuz asupra copilului, de abandon, de neglijență etc. apar în toată gravitatea şi cu toate efectele lor severe.[13]

Teoriile psihologice şi neurobiologice au contribuit nu doar la „descoperirea copilului", ci şi la argumentarea, pe noi temeiuri, a vulnerabilității şi nevoii sale de ocrotire.[14]

Reglementări explicite cu privire la copil şi la drepturile acestuia încep să apară abia în sec. XIX. Statele introduc în legislațiile lor reglementări referitoare la drepturile şi obligațiile părinteşti față de copiii minori, la obligația pozitivă a statului de a interveni sub diferite forme, în anumite circumstanțe. Astfel, drepturile absolute ale părinților asupra copiilor se relativizează, sunt echilibrate de obligații, a căror îndeplinire poate fi sprijinită sau preluată, în anumite cazuri, de către stat. Un impact pozitiv asupra ocrotirii copilului a avut, de asemenea, reglementarea egalității drepturilor şi obligațiilor ambilor părinți în îngrijirea copilului. Aceste inovații au influențat tratamentul căruia era supus copilul în familie. El nu mai putea fi vândut, omorât, abuzat de cei care *de iure* aveau obligația să-l îngrijească, decât prin încălcarea prevederilor legii.

La începutul sec. XX situația copiilor a atras atenția comunității internaționale.

Declarații privind drepturile copilului au fost adoptate de Liga Națiunilor (1924) şi de ONU (1959). Tema esențială pe care se axează aceste declarații a fost necesitatea copilului de a beneficia de grijă şi asistență specială.

Declarația cu privire la drepturile copilului din 1924, adoptată la Geneva sub auspiciile Ligii Națiunilor, pentru prima dată în plan internațional enunță în cele cinci puncte ale sale necesitatea de a acorda o protecție specială copiilor. Se voia un document care să determine obligațiile adulților față de copii, pe care fiecare stat va trebui să le recunoască, fie prin mijloace de intervenție statală, fie prin acțiune privată.[15]

Semnarea Declarației a marcat *debutul protecției drepturilor copilului la nivel internațional*. Era pentru prima dată când un act internațional în mod particular statua în raport cu situația copilului. La fel, era pentru prima dată când se enunța teza fundamentală privind necesitatea protecției speciale de care trebuie să se bucure copilul, „ținându-se cont de imaturitatea sa fizică şi intelectuală", teză preluată mai târziu de numeroase acte internaționale.

Cu toate acestea, efectul Declarației a fost modest. Deşi consfințea cele mai importante drepturi din acea perioadă, textul acesteia era incomplet. Drepturile copilului erau examinate doar în contextul măsurilor privind combaterea sclaviei, comerțului cu copii şi muncii prestate de copii.

Textul Declarației nu utiliza termenul „drept", ci sintagma „copilul trebuie...", confirmând tendința de a-l trata pe copil mai degrabă ca pe o sursă de

îngrijorare decât ca pe o persoană având propriile ei drepturi.

Totodată, Declarația stabilea îndatoriri doar pentru adulți, nu şi pentru guverne. Ea încuraja statele să acorde copiilor o protecție particulară, însă nu crea pentru acestea obligații nemijlocite.

Ca urmare, adoptarea Declarației nu a fost însoțită de o „explozie" a sistemului de protecție internațională a drepturilor copilului. Şi mai departe dreptul intern domina cooperarea în sfera drepturilor copilului, statele recurgeau la norme internaționale în domeniu doar cazual, lipseau mecanismele de protecție a drepturilor copilului.

Ca instituție distinctă şi modernă a sistemului de protecție internațională a drepturilor omului, protecția internațională a drepturilor copilului s-a conturat abia după cel de-al doilea război mondial.

Crearea ONU[16] a permis redefinirea preocupărilor în domeniul drepturilor omului, în particular ale copilului, şi crearea unui veritabil sistem juridic cu vocație universală – Sistemul Națiunilor Unite de protecție a drepturilor omului.

Sub auspiciile acestei autorități internaționale sunt elaborate standardele internaționale în materia drepturilor copilului prin consfințirea acestora în declarațiile şi convențiile internaționale privind drepturile omului[17], în tratatele internaționale ce reglementează drepturile unor categorii sociale distincte[18] sau relațiile în anumite domenii[19], în actele internaționale cu referire exclusivă la copii.[20]

În acest context, pornind de la considerentul că „omenirea datorează copilului tot ce îi poate oferi mai bun", ONU a adoptat la 20 noiembrie 1959 *Declarația drepturilor copilului.*[21]

Declarația înglobează 10 principii, general acceptate, dar care nu obligă juridic. Drepturile consacrate de această Declarație trebuie garantate tuturor copiilor, fără nici o discriminare, iar statele-părți la ea au obligația să adopte măsuri pentru aplicarea lor, asigurând prioritatea intereselor copilului.

Declarația, în ansamblul său, se axează pe ideea protecției şi bunăstării copilului. Este pentru prima dată când un act internațional utilizează sintagma „copilul are dreptul...".[22] În pofida acestui fapt, Declarația nu recunoaşte copilul ca ființă de sine stătătoare, cu sentimente şi dorințe proprii. *Copilul rămâne mai degrabă un obiect de preocupare decât o persoană care beneficiază de autodeterminare.*[23]

Cu toate acestea, cele două declarații privind drepturile copilului poartă un pronunțat caracter progresiv, contribuind la *instituirea unui sistem distinct de norme internaționale: protecția internațională a drepturilor copilului*, profilând în esență *prima etapă, cea declaratorie*, în evoluția acestei instituții.

Perioada anilor '60-'70 a fost marcată de o confuzie în ceea ce priveşte faptul ce anume presupune drepturile copilului.[24] Drepturile copilului ar trebui tratate în mod diferit de drepturile adultului: presupun ele o subordonare sau o autonomie față de părinți? Pentru conceptul de „drepturi ale copilului" este necesar să se elaboreze o definiție clară.

Există temere că discursul asupra copilului şi drepturilor sale este folosit doar pentru a justifica dependența de adulți şi a marginaliza copilul. În situații convenabile adulților, copilul este considerat încă insuficient de matur intelectual pentru a-şi formula un punct de vedere şi o opțiune calificată, de exemplu, în ce priveşte drepturile politice şi posibilitatea de a participa la alegerile politice. În acelaşi timp, în diferite state, la vârste situate sub 18 ani unii copii se pot căsători, iar alții, chiar sub 10 ani, răspund penal, aplicându-li-se acelaşi tratament penal ca şi adulților.

Unii cercetători susțin că *retorica drepturilor copilului* nu reprezintă altceva decât un limbaj profesional persuasiv, construit pentru a legitima formele de activitate şi intervenție ale diferitelor persoane şi instituții care trăiesc de pe urma copiilor. Este un limbaj cu funcție anestezică, un sistem de control al copilului, folosit nu atât pentru a exprima semnificații, cât pentru a le distruge.[25]

Potrivit altor puncte de vedere, se apreciază că discursul asupra drepturilor copilului adânceşte dependența copilului de adult. Statutul copilului este redus la cel de cetățean potențial, de ființă umană în devenire.[26]

Asemenea puncte de vedere critice repun constant în discuție: temeiul protecției speciale de care trebuie să se bucure copilul; natura relațiilor dintre adult şi copil; legitimitatea „dreptului natural al adulților" asupra copilului; criteriile şi limitele intervenției de asistență pentru a proteja copilul; drepturile de care se bucură copilul; modalitățile efective în care copilul îşi poate exercita drepturile etc.

În acest context, literatura sociojuridică asupra copilăriei reține două curente principale referitoare la tratamentul actual al copiilor în societate.[27]

Primul, cunoscut şi sub numele de „*paternalism*", consideră că societatea este aceea care trebuie să creeze şi să asigure mediul adecvat, să furnizeze setul experiențelor necesare pentru creşterea şi educarea copiilor. Ceea ce este bine pentru copil, trebuie să fie stabilit de societate sau de grupurile sale.[28]

Al doilea curent, cunoscut sub numele de „*autodeterminare*", pledează pentru drepturile copilului,

pentru posibilitatea juridică acordată acestuia de a exercita controlul asupra mediului, de a lua decizii în nume propriu.[29]

Aceste viziuni ilustrează imaginea mecanică, exclusivistă, pe care o au uneori specialiştii în domeniul drepturilor copilului: ori drepturi (autodeterminare), ori dependenţa faţă de decizia altora cu privire la „ceea ce este bine pentru copil" (paternalism). Lipseşte teza conform căreia este posibil să tratezi copilul ca pe o persoană deţinătoare de drepturi şi, în acelaşi timp, să-l ocroteşti, să-l sprijini în valorificarea lor, prin modalităţi corespunzătoare etapei de dezvoltare psihobiologică şi nevoilor particulare ale acestuia.

Note:

[1] *A se vedea:* L.Mause. *Istoria copilăriei*. – London, 1974, p.20-21.

[2] *A se vedea:* L.Cuşmir. *Protecţia drepturilor mamei şi copilului în condiţiile dezvoltării sociale durabile:* Teză de doctor în drept. – Chişinău, 2005, p.31.

[3] *A se vedea:* D.Youf. *Penser les droits de l`enfant.* – Paris: PUF, 2002, p.10-11.

[4] *A se vedea:* L.Cuşmir. *Op. cit.*, p.31.

[5] *A se vedea:* P.Aries. *Centruries of chilhood. Harmonds Worth*. – Penguin, 1962, p.125-130.

[6] *A se vedea:* D.Balahur. *Protecţia drepturilor copilului ca principiu al asistenţei sociale*. – Bucureşti: ALL Beck, 2001, p.9.

[7] Studiile realizate de P.Aries au stat la originea paradigmei sociologice de înţelegere şi explicare a copilăriei, atrăgând atenţia asupra „caracterului de construcţie socioculturală, locală a copilăriei".

[8] *A se vedea:* N.James, A.Prout. *Constructing and Reconstructing Childhood: Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood.* – London: Falmer Press, 1990, p.8.

[9] *A se vedea:* G.Scarre. *Copiii, părinţii şi politicile*. – Cambridge: C.University Press, 1990, p.7.

[10] *A se vedea:* B.Goldston. *Copiii: analiză istorică şi teoretică*. – London: UCZ Press, 1997, p.19; D.Balahur. *Op. cit.*, p.10.

[11] *A se vedea:* D.Balahur. *Op. cit.*, p.13-15.

[12] *A se vedea:* J.Eccles. *The Evolution of the Brain: Creation of the Selt*. – Rout ledge, 1989, p.215.

[13] *A se vedea:* D.Balahur. *Op. cit.*, p.15.

[14] *Ibidem.*

[15] *A se vedea:* J.Adolphe. *Light to the Nations: The Holy See and the Convention on the Rights of the Child.* – Rome, 2001, p.121.

[16] *Carta ONU* din 26.06.1945 // Tratate internaţionale la care Republica Moldova este parte. Vol. XXVI. – Chişinău, 2001, p.5.

[17] *Declaraţia Universală a Drepturilor Omului.* Rezoluţia Adunării Generale a ONU nr.217 A(III) din 10.12.1948; *Pactul Internaţional cu privire la drepturile economice, sociale şi culturale.* Rezoluţia Adunării Generale a ONU nr.2200A (XXI) din 16.12.1966; *Pactul Internaţional cu privire la drepturile civile şi politice.* Rezoluţia Adunării Generale a ONU nr.2200A (XXI) din 16.12.1966.

[18] *Convenţia referitoare la statutul apatrizilor.* Rezoluţia ECOSOC nr.526A (XVII) din 28.09.1954; *Convenţia asupra drepturilor politice ale femeilor.* Rezoluţia Adunării Generale a ONU nr.640 (VII) din 20.12.1952; *Convenţia asupra eliminării tuturor formelor de discriminare faţă de femei.* Rezoluţia Adunării Generale a ONU nr.34/180 din 18.12.1979. *Declaraţia cu privire la protecţia femeilor şi a copiilor, în situaţii de urgenţă şi în conflicte armate.* Rezoluţia Adunării Generale a ONU nr.3318 (XXIX) din 15.07.1974 etc.

[19] *Convenţia OIM privind abolirea muncii forţate* nr.105/1957; *Convenţia privind lupta împotriva discriminării în domeniul învăţământului*, UNESCO, din 15.12.1960; *Convenţia privind consimţământul la căsătorie, vârsta minimă pentru căsătorie şi înregistrarea căsătoriilor.* Rezoluţia Adunării Generale a ONU nr.1763 A(XVII) din 7.11.1962 etc.

[20] *Declaraţia drepturilor copilului.* Rezoluţia Adunării Generale a ONU nr.1386 A(XI) din 20.11.1959; *Convenţia cu privire la drepturile copilului.* Rezoluţia Adunării Generale a ONU nr.44/25 din 29.11.1989 etc.

[21] *Declaraţia drepturilor copilului.* Rezoluţia Adunării Generale a ONU nr.1386 A(XI) din 20.11.1959 // R.Hodgkin, P.Newell. *Ghid de aplicare practică a Convenţiei cu privire la drepturile copilului. UNICEF* – Chişinău: Cartier, 2001, p.621.

[22] „Toţi copiii, fără nici o excepţie, *vor avea aceste drepturi*, fără vreo deosebire sau discriminare întemeiată pe rasă, culoare, sex, limbă, religie, opinie politică sau altfel de opinie, origine naţională sau socială, proprietate, naştere sau altă situaţie personală sau familială" (Principiul 1); „Copilul *va avea dreptul* de la naştere la un nume şi o cetăţenie" (Principiul 3); Copilul „*va avea dreptul* să crească şi să se dezvolte sănătos...". El „*va avea deptul* la nutriţie adecvată, locuinţă, timp liber şi servicii medicale" (Principiul 4); „Copilul *are dreptul* de a primi o educaţie, care va fi gratuită şi obligatorie, cel puţin în stadiile elementare" (Principiul 7).

[23] *A se vedea:* M.Freeman. *Children's Rights. A comparative perspective.* – Aldershot: Dartmouth Publ., 1996, p.3.

[24] *A se vedea:* D.Balahur. *Op. cit.*, p.67.

[25] *A se vedea:* L.Shamgar-Hendelman. *To Whom Does Childhood Belong* // J.Qvortrup. *Childhood Matters: Social Theory, Practice and Politics*. – Aldershot. Avebury, 1994, p.256.

[26] *A se vedea:* J.Qvortrup. *Childhood Matters: Social Theory, Practice and Politics*. – Aldershot. Avebury, 1994, p.4.

[27] *A se vedea:* C.M. Rogers. L.S. Wrightsman. *Attitudes Toward Children s Rights: Nurturance or Self-determination?* // Journal of Social Issue, 1978, nr.34(2), p.59-68.

[28] *Ibidem.*

[29] *Ibidem.*

NATURA JURIDICĂ A RĂSPUNDERII SUBSIDIARE

Dorin CIMIL,
doctor în drept, conferenţiar universitar (USM)
Sorin BRUMĂ,
doctorand

SUMMARY

Subsidiary liability is applied for damage caused by guilt, it's widely practiced in Civil Law and, in particular, in the sphere of legal entities activity (Insolvency Law).

Subsidiary responsibility is treated in its various theoretical aspects, bordered by the determined liability and juridical nature, also being compared to other liabilities, as well as the correlation between them.

In the Civil Code of 1964, as well as that of 2002, are treated different hypostases of subsidiary liability, being analyzed in three cases and four theories that show their legal nature.

Even being present in all Civil Law areas, there are no rules that would determine the concrete juridical nature of subsidiary liability of legal entities.

Subsidiary responsibility having some specific features, there ought to be established its legal basis and terms for being transformed into norms that would facilitate its interpretation.

Dezvoltarea legislaţiei civile naţionale este condiţionată de interesul legiuitorului, precum şi al participanţilor la circuitul civil, în crearea şi aplicarea normelor ce reglementează răspunderea subsidiară. Cauzele ce suscită acest interes sporit sunt diverse.

Prima cauză porneşte chiar de la faptul că Codul civil în redacţia din 2002, spre deosebire de Codul civil în redacţia din 1964, utilizează frecvent mecanismul juridic al angajării răspunderii subsidiare. Legislaţia civilă anterioară prevedea răspunderea subsidiară doar în cazul angajării răspunderii părinţilor pentru prejudiciul cauzat de copiii minori cu vârsta cuprinsă între 15-18 ani, precum şi în cazul garanţiilor contractuale. Art.188-189 stabileau răspunderea garantului în cazul neexecutării sau al executării necorespunzătoare a obligaţiilor contractuale asumate de către debitor în mod solidar, dacă în contractul de cauţiune nu este stipulat altfel. Pentru a eficientiza mecanismul compensării pagubelor produse, părţile contractante aveau dreptul să prevadă, prin stipulări contractuale exprese, nu o răspundere solidară a garantului de rând cu debitorii, ci una subsidiară.

În baza analizei legislaţiei civile anterioare, dr. Andrei Bloşenco menţionează că răspunderea civilă a părinţilor sau a curatorilor, ca răspundere subsidiară, se realizează în funcţie de starea materială a minorului; în hotărâre urmează să se indice doi debitori, chiar şi atunci când minorul-debitor are mijloace suficiente pentru repararea prejudiciului.[1] Ideea autorului se rezumă la faptul că răspunderea subsidiară a părinţilor sau a curatorilor este condiţionată nu doar de starea materială insuficientă pentru acoperirea prejudiciului cauzat de copii, dar şi de alte cauze, care vor fi indicate mai jos, implicând în special: vinovăţia părinţilor, curatorilor şi a instituţiilor de învăţământ în a căror grijă şi educaţie aceştia au fost plasaţi, manifestată prin educaţia, atenţia, grija şi atitudinea din partea lor faţă de minori.

Într-o altă lucrare din domeniul vizat[2], publicată aproximativ în aceeaşi perioadă, autorul pune semnul egalităţii între răspunderea complementară şi cea subsidiară şi menţionează cinci criterii de distincţie dintre răspunderea principală şi cea complementară (subsidiară). Trebuie remarcat faptul că aceste deosebiri nu vizează în nici un caz natura juridică a răspunderii subsidiare, ci doar caracterizează la modul general această formă de răspundere. Nu este absolut clar exemplul adus de prof. E.Cojocari la capitolul răspunderii complementare, în temeiul art.1399 C.civ., deoarece acest articol se referă la aplicarea răspunderii delictuale vis-à-vis de cea contractuală.

Cu părere de rău, o normă sau un mecanism juridic elementar, expres prevăzut de noua codificaţie civilă, ce ar stabili la nivel de norme uniforme condiţiile şi efectele angajării răspunderii subsidiare, nu se conţin în Codul civil. Motiv din care persoanele interesate de problema în cauză apelează la teoriile civilistice ce interpretează geneza şi cazurile de aplicare a acestui institut juridico-civil pentru a găsi soluţii adecvate în soluţionarea litigiilor ce ţin de aplicarea de către instanţele judecătoreşti a răspunderii subsidiare.

A doua cauză, stabilită de noi în cadrul cercetării răspunderii subsidiare, constă în dezvoltarea reglementării activităţii persoanei juridice, care, în baza art.55 C.civ., este organizaţia care are un patrimoniu distinct şi **răspunde pentru obligaţiile sale cu acest patrimoniu**,

poate să dobîndească şi să exercite în nume propriu drepturi patrimoniale şi personale nepatrimoniale, să-şi asume obligații, poate fi reclamant şi pârât în instanța de judecată. În acest context, trebuie de menționat că mecanismul răspunderii subsidiare, aplicat față de persoanele juridice, reprezintă o excepție de la principiul răspunderii patrimoniale de sine stătătoare față de obligațiile asumate. Articolul 68 C.civ. stabileşte că persoana juridică răspunde pentru obligațiile sale cu tot patrimoniul ce îi aparține, iar fondatorul (membrul) persoanei juridice nu răspunde pentru obligațiile persoanei juridice; la rândul său, persoana juridică nu răspunde pentru obligațiile fondatorului (membrului), cu excepțiile stabilite de lege sau de actul de constituire.

Însă, multitudinea de norme prin care se stabilesc anumite excepții (de exemplu, art.104, alin.(3) art.118, art.128, alin.(4) art.145, alin.(3) art.154, alin.(4) art.156, alin.(3) art.174 C.civ. – pentru societățile comerciale şi alin.(4) art.183 C.civ. – pentru organizațiile necomerciale) ne determină să efectuăm o analiză profundă teoretică a acestui fenomen.

În conformitate cu art.27 alin.(1) al Legii insolvabilității, nr.632-XV din 14 noiembrie 2001, în cazul insolvabilității debitorului din culpa fondatorilor şi conducătorilor, ultimii pot fi obligați de instanța de judecată să poarte o răspundere subsidiară.

Temeiuri ale răspunderii subsidiare putem culege din legile speciale. Spre exemplu, acestea sunt prevăzute la: art.3 al Legii monumentelor, nr.1530 din 22.06.1993;[3] alin.(5) art.33 al Legii cu privire la asociațiile obşteşti, nr.837 din 17.05.1996[4]; alin.(5) art.21 al Legii privind cooperativele de întreprinzător, nr.73 din 12.04.2001[5]; alin.(4) art.15 al Legii cu privire la filantropie şi sponsorizare, nr.1420 din 31.10.2002.

A treia cauză – tratarea neomogenă a naturii juridice a răspunderii subsidiare în doctrina civilistică contemporană, atât sub aspectul instituțional de apreciere a acestei noțiuni, cât şi din punctul de vedere al răspunderii pentru acțiunile persoanelor străine, care este improprie ca principiu legislației civile. Regulile sau principiile de bază, stabilite la acest capitol de către Codul civil, constau în prevederile articolul 14 – *persoana lezată într-un drept al ei poate cere repararea integrală a prejudiciului cauzat astfel* şi în mențiunile legale ale articolul 1398:

(1) Cel care acționează față de altul în mod ilicit, cu vinovăție, este obligat să repare prejudiciul patrimonial, iar în cazurile prevăzute de lege – şi prejudiciul moral cauzat prin acțiune sau omisiune.

(2) Prejudiciul cauzat prin fapte licite sau fără vinovăție se repara numai în cazurile expres prevăzute de lege.

(3) O altă persoană decât autorul prejudiciului este obligată să repare prejudiciul numai în cazurile expres prevăzute de lege.

Aceste norme stabilesc condițiile şi temeiurile de fond ale angajării răspunderii civile contractuale şi delictuale, de unde rezultă clar că se face responsabil pentru cauzarea prejudiciului cel ce efectiv îl cauzează prin acțiunile sale proprii vinovate. La prima vedere, răspunderea subsidiară se cataloghează ca o varietate a răspunderii civile în genere, de aceea ea urmează să fie pusă sub acelaşi regim juridic ca şi categoria juridică de bază. Însă, ținând cont de aprecierea legală existentă a răspunderii subsidiare, se creează impresia că persoana care suportă încărcătura răspunderii subsidiare răspunde fără vinovăție, precum şi în afara altor condiții indicate expres de lege pentru acțiunile debitorului de bază.

Considerăm că aprecierea corectă a contradicției menționate mai sus ne va permite să stabilim natura juridică a răspunderii subsidiare şi să orientăm legiuitorul, dar şi instanțele de judecată care formează practica judiciară, în direcția elaborării normelor de drept respective, precum şi a jurisprudenței în domeniu ce le va corespunde.

De obicei, natura juridică a oricărui fenomen se distinge din analiza normelor pozitive ale legislației în vigoare, existente în domeniul cercetat. În cazul nostru, utilizând formula juridico-logică *per a contrario,* ne vom strădui să depăşim această regulă şi, reliefând trăsăturile de bază ale răspunderii subsidiare, să modelăm o rețetă pentru crearea normelor civile.

Analiza literaturii ştiințifice juridice în domeniul consacrat răspunderii subsidiare ne indică patru construcții teoretice ale naturii juridice a răspunderii subsidiare:

✓**teoria obligației** – se fundamentează pe dovezile ştiințifice că răspunderea subsidiară nu reprezintă o răspundere civilă în deplinul sens al cuvântului, ci reprezintă o obligație juridico-civilă ce rezultă din prescripția legii sau prevederile contractului;

✓**teoria pluralității** de persoane în obligația juridico-civilă – priveşte natura juridică a răspunderii subsidiare prin prisma unei varietăți a acesteia;

✓**teoria asigurării** executării obligațiilor civile – recunoaşte răspunderea subsidiară în calitate de modalitate a sa;

✓**teoria actului juridic civil** – tratează răspunderea subsidiară în calitate de act juridic ce stă la baza apariției obligației civile.

Analiza acestor teorii cu referință la argumentele *pro* şi *contra* ale acesteia este efectuată în lucrarea civilistului rus V.A. Pocutnii *Natura răspunderii subsidiare.*

Pornind de la ideea că răspunderea este bazată pe şi condiționată de voința liberă a unui subiect, fenomenul răspunderii subsidiare poate fi studiat anume în această ipostază cu referință la persoana juridică.

Faptul că persoana juridică reprezintă un subiect de drept nu mai trezeşte la nimeni îndoieli. Acest lucru este consacrat în toate actele normative ce reglementează

activitatea lor, dar în nici un act normativ nu se reglementează specificul formării şi exteriorizării voinţei acesteia. Răspândirea totală a normelor ce reglementează statutul juridic al persoanei fizice asupra celei juridice permite soluționarea unor probleme de moment, şi nicidecum unele conceptuale. Concepțiile doctrinare vis-à-vis de geneza şi esenţa persoanei juridice nu au potolit discuțiile ştiinţifice; dimpotrivă, au făcut acestă polemică şi mai aprinsă. Considerăm că pentru lămurirea valenţelor juridice ale răspunderii subsidiare este acceptabilă teoria ficțiunii de creare şi activitate a persoanei juridice.

Întotdeauna, persoana juridică se creează pentru atingerea unui scop propus de fondatorii ei. Persoanele juridice de drept privat pot avea scop lucrativ (comercial) şi scop nelucrativ (necomercial). Persoana juridică cu scop lucrativ poate desfăşura orice activitate neinterzisă de lege, chiar dacă nu este prevăzută în actul de constituire. Persoana juridică cu scop nelucrativ poate desfăşura numai activitatea prevăzută de lege şi de actul de constituire. Persoanele juridice de drept public participă la circuitul civil în măsura în care aceasta este necesar atingerii scopurilor sale. Astfel, capacitatea de folosinţă a persoanei juridice este determinată de legiuitor cu ajutorul scopului urmărit la fondare şi indicat în actele de constituire.

În mod analitic, am depistat natura dublă a persoanei juridice, şi anume: calitatea ei de subiect de drept şi de mijloc de atingere a scopurilor fondatorilor. Comparând aceste calităţi cu cele ale persoanei fizice, putem depista la persoanele juridice o lipsă de libertate, independenţă şi continuitate; asociaţii pot oricând reorganiza sau lichida persoana juridică. Respectiv, fondatorii pot influenţa direct asupra libertăţii exprimării voinţei persoanei juridice, asupra fiinţării ei în genere. Un mijloc juridic de atingere a scopurilor unor subiecţi, bunăoară, persoane fizice, nu poate constitui în sine un alt subiect. Persoana juridică a fost gândită şi recunoscută în calitate de subiect de drept de către legiuitor numai pentru a motiva dezvoltarea circuitului civil. În măsura în care la constituirea persoanei juridice s-a recurs la procedeul de ficțiune, în aceeaşi măsură putem vorbi despre autonomia de voinţă şi despre independenţa exprimării ei de către persoana juridică ca subiect de drept.

Până la urmă, voinţa este un proces psihic şi poate fi realizată doar de o persoană însufleţită, deoarece o construcție juridică artificială nu poate gândi, stabili anumite scopuri sau decide ceva. Deci, procesul de formare şi exteriorizare a voinţei nu se poate produce la persoana juridică nemijlocit, deoarece nu posedă un psihic. Voinţa se creează de om sau de o comunitate de oameni, şi numai sub acest aspect ea poate fi recunoscută în calitate de voinţă ce este emanată de persoana juridică.

La formarea voinţei persoanei juridice poate participa atât o singură persoană, în cazul în care este unicul fondator, cât şi un grup de persoane, care formează un organ de conducere, proprietari, sau chiar statul. De exemplu, acționarii ce deţin un pachet de acțiuni în mărime de 20 la sută din capitalul statutar al unei societăţi pe acțiuni pot uşor influenţa asupra formării voinţei întregii societăţi ca persoană juridică. Tot acele persoane pot forma şi voinţa altei persoane juridice, la care compania, pe care o administrează, deţine pachetul de control. Astfel, prin schema indicată, o singură persoană fizică sau doar câteva persoane pot forma voinţa mai multor persoane juridice cu un capital financiar enorm.

În această ordine de idei, putem concluziona că voinţa persoanei juridice este formată de alte persoane şi doar pentru comoditatea circuitului civil, în formă de ficțiune, se recunoaşte în calitate de voinţă a persoanei juridice.

Un al doilea specific în manifestarea voinţei persoanei juridice constă în faptul că, în temeiul art.61 C.civ., persoana juridică îşi exercită, de la data constituirii, drepturile şi îşi execută obligaţiile prin administrator. Au calitatea de administrator persoanele fizice care, prin lege sau prin actul de constituire, sunt desemnate să acționeze, în raporturile cu terţii, individual sau colectiv, în numele şi pe seama persoanei juridice. Administratorul reprezintă un organ unipersonal al persoanei juridice – persoană fizică, care posedă capacitate juridică aparte faţă de persoana juridică pe care o administrează şi o reprezintă. În limita competenţelor indicate în actele de fondare ale persoanei juridice sau în temeiul competenţelor delegate de către fondatori, acțiunile administratorului reprezintă înseşi acțiunile persoanei juridice. În cele din urmă, putem concluziona, cu referinţă la art.61 C. civ., că acțiunile administratorului sau ale altui organ executiv reprezintă conţinutul capacităţii de exercițiu a persoanei juridice.

Natura dublă a organului de conducere al persoanei juridice, care se manifestă sub două aspecte – ca purtător al capacităţii proprii de exercițiu în calitate de persoană fizică şi ca exponent al capacităţii juridice a persoanei juridice – ne face să constatăm că în procesul de formare şi exteriorizare a voinţei persoanei juridice persistă elemente ce denaturează grav libertatea persoanei juridice.

Dacă răspunderea reprezintă în sine o oglindire a libertăţii voinţei, atunci ar fi logic ca răspunderea să o poarte cei care au format sau au prezentat această voinţă, precum şi cei care folosesc persoana juridică pentru atingerea anumitor scopuri personale. În această formulă logico-juridică ar trebui să fie înţeleasă şi reglementată răspunderea subsidiară. În cazurile în care persoana juridică este capabilă să răspundă, cu propriul capital, pentru obligaţiile asumate în raporturile cu partenerii, ficțiunea persoanei juridice şi a autonomiei voinţei sale îşi păstrează puterea. Când însă persoana juridică este incapabilă patrimonial să răspundă pentru obligaţiile

asumate în raporturile cu terții, legiuitorul, în anumite cazuri, depăşeşte acest procedeu şi stabileşte răspunderea subsidiară a acelor persoane, care au contribuit direct la formarea voinței persoanei juridice şi, prin acest fapt, au cauzat pagube terțelor persoane.

Astfel, răspunderea subsidiară reprezintă o categorie a răspunderii civile şi ea urmează a fi supusă regimului comun de răspundere pentru formarea deficientă a voinței sau pentru insuficiența controlului şi supravegherii.

Fundamentarea teoretică a naturii juridice a răspunderii subsidiare urmează a fi studiată prin prisma răspunsurilor la unele întrebări, şi anume:

1. Ce factori au determinat legiuitorul național să extindă sfera aplicării răspunderii subsidiare?

2. Din care motiv acest institut este utilizat de către legiuitor îndeosebi pentru reglementarea activității persoanelor juridice; este acest mecanism o excepție de la principiul răspunderii patrimoniale de sine stătătoare a acestora?

3. Cum pot fi soluționate divergențele dintre aprecierile doctrinare ale naturii răspunderii subsidiare?

În opinia noastră, lărgirea sferei de aplicare a răspunderii subsidiare este condiționată de modificarea rolului economico-regulativ al statului în activitatea economică a persoanelor juridice, de dezicerea statului de a exercita controlul şi a planifica activitatea economică a persoanelor juridice, fiind stabilită influența lui indirectă asupra acestora prin instituirea, la nivel de lege, a temeiurilor de răspundere subsidiară. Într-un cuvânt, posibilitatea statului de a influența participarea persoanelor juridice la circuitul civil este înlocuită prin pârghile juridico-civile şi juridico-penale.

În genere, se observă o tendință mondială de control al statului asupra activității persoanelor juridice în toate sferele de activitate financiar-bancară, bursieră, transport şi comunicații şi alte prestări de servicii.

Alături de alte sisteme juridice contemporane, Republica Moldova a învestit persoanele juridice cu capacitate juridică civilă deplină, analogică cu cea a persoanelor fizice, renunțând totalmente la capacitatea juridică specială. Articolele 60-61 ale Codului civil stabilesc că: persoana juridică cu scop lucrativ poate desfăşura orice activitate neinterzisă de lege, chiar dacă nu este prevăzută în actul de constituire; persoana juridică poate fi limitată în drepturi doar în cazurile şi în modul prevăzut de lege; persoana juridică îşi exercită, de la data constituirii, drepturile şi îşi execută obligațiile prin administrator. Facultatea juridică a persoanelor juridice de a se alinia la capacitatea juridică civilă a persoanelor fizice este tot mai des accentuată în domeniul reglementării proprietății intelectuale. De exemplu, art.301 C.civ. stabileşte un regim juridic unanim aplicabil atât persoanelor fizice, cât şi celor juridice – *În cazul şi în modul stabilite de lege, se recunoaşte dreptul exclusiv al persoanei fizice şi juridice asupra rezultatelor activității intelectuale şi asupra atributelor de identificare a persoanelor juridice, de individualizare a producției, a lucrărilor executate sau serviciilor prestate (denumire de firmă, emblemă comercială, marcă de deservire etc.).*

Aplicarea de către legiuitor a institutului răspunderii subsidiare în reglementarea activității persoanelor juridice, ceea ce reprezintă o excepție de la principiul răspunderii patrimoniale de sine stătătoare, este o consecință a specificului formării voinței persoanei juridice şi a exteriorizării ei, ca urmare a depăşirii ficțiunii libertății şi autonomiei voinței persoanei juridice. Faptul limitării răspunderii persoanelor juridice sau încadrării acesteia în răspunderea civilă nu este o soluție corectă. Răspunderea persoanei juridice se apreciază, în primul rând, ca răspundere a subiectului pentru propriile acțiuni cauzatoare de prejudiciu. Însă, acest lucru nu înseamnă că persoana juridică poate întotdeauna repara, cu propriul patrimoniu, orice prejudiciu cauzat, de aceea s-au şi prevăzut de lege şi alte forme ale răspunderii.

Trebuie să constatăm că răspunderea subsidiară nu este o răspundere pentru acțiunile unei alte persoane, nu este răspundere fără vinovăție sau răspundere fără proprie încălcare. În calitate de temei juridic al acestei răspunderi figurează răspunderea pentru fapta proprie a persoanei ce poartă răspundere subsidiară, condiționată fie de formarea defectuoasă a voinței persoanei juridice, fie în lipsa sau din insuficiența controlului şi supravegherii pe care este obligată să le efectueze. Fapta prejudiciabilă a debitorului de bază în obligația civilă nu serveşte în calitate de unic temei pentru angajarea răspunderii subsidiare, ea constituie doar un element al faptului juridic complex ce stă la baza survenirii acestei răspunderi.

Ipoteza despre faptul că persoana ce poartă răspunderea subsidiară răspunde în baza aceloraşi reguli şi temeiuri, că ar putea opune aceleaşi excepții ca şi debitorul de bază, poate fi reținută doar parțial, deoarece primul este în drept să beneficieze de cele indicate mai sus, cu excepția vinovăției. În cele mai dese cazuri, pentru a demonstra nevinovăția sa în săvârşirea faptei prejudiciabile, debitorul de bază apelează la acțiunile nediligente şi cu rea-credință ale persoanei ce poartă răspunderea subsidiară. În acest context, ultimul nu poate opune excepțiile propriei nediligențe pentru a fi exonerat de răspundere.

(Va urma)

Note:

[1] A.Bloşenco. *Răspunderea civilă delictuală.* – Chişinău, 2002, p.150.

[2] E.Cojocari. *Drept civil. Răspunderea juridică civilă* (studiu teoretic, legislativ şi comparativ de drept). – Chişinău, 2002, p.37-38.

[3] Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1994, nr.1/3.

[4] Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1996, nr.6/54.

[5] Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2001, nr.49-50/237.

LATURA SUBIECTIVĂ A INFRACȚIUNII PREVĂZUTE LA art.286 C.pen. RM

Vladislav MANEA,
doctorand

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

SUMMARY

As follows from the art.286 PC RM – the intention of accomplishing (in some manner) the offence prevented by this article, is a direct one – because it is an intention characterized by a special purpose. The special action purpose, the one which disorganizes the main activity of the prisons, is multi necessary depending on the situation, in the delimitation of this offence from the adjoining offences or in its delimitation from the adjoining non-penal acts. The special purpose of the offence prevented by the art.286 PC RM, is that it can not be correlated to an aggravated circumstantial sign or maybe an attenuating sign of this offence. It is an obligatory sign, comprising an alternative character of the offence subjective side; an alternative one, because it has an obligatory character only for two of those four methods presented in the art.286 PC RM – the arrangement of criminal groups and the active participation in them. Among the reasons in state to impulse toward accomplishing actions in order to disorganize the prisons activity, may be enumerated: the vengeance incited by the daily customary connections; the annoyance; the anger; the cowardice; the longing to get rid faster as possible from the victim's presence; personal hostility; the sadistic reasons or those of sexual tint, etc.

Ca orice activitate umană, şi infracţiunea prevăzută la art.286 C.pen. RM apare întâi de toate în mintea persoanei care o va săvârşi, aceasta reflectând asupra ei. Şi dacă chiar se săvârşeşte acţiunea prejudiciabilă, descrisă la art.286 C.pen. RM, nu este suficient ca aceasta să fie caracterizată drept infracţiune prevăzută la acest articol. Mai este necesar ca ea să fie imputabilă unei persoane, deoarece infracţiunea nu este o simplă eliberare de energie fizică.

În literatura de specialitate, prin „latura subiectivă a infracţiunii" se înţelege atitudinea psihică a făptuitorului faţă de fapta săvârşită şi urmările ei, motivul şi scopul infracţiunii.[1] Reprezentând aspectul psihologic al faptei prejudiciabile, latura subiectivă a infracţiunii este latura intrinsecă a infracţiunii (în comparaţie cu latura obiectivă a infracţiunii, care este latura extrinsecă a acesteia).

Din art.17 şi 18 C.pen. RM se desprinde că legea penală raportează la conţinutul vinovăţiei – adică a intenţiei sau imprudenţei – numai atitudinea psihică – conştiinţa şi voinţa. Însă, nu lasă loc nici în cadrul elementului intelectiv al intenţiei şi imprudenţei, nici în cadrul elementului volitiv al acestora, loc pentru motivul şi scopul infracţiunii. Ceea ce demonstrează că vinovăţia nu se identifică cu întreaga latură subiectivă a infracţiunii. Ea este doar semnul principal şi obligatoriu al laturii subiective a infracţiunii.

Aşadar, în general, vinovăţia constă în atitudinea psihică a făptuitorului, în momentul săvârşirii faptei prejudiciabile, faţă de aceasta şi urmările ei prejudiciabile. În particular, în raport cu infracţiunea prevăzută la art.286 C.pen. RM, **vinovăţia** constă în atitudinea psihică a persoanei care îşi execută pedeapsa cu închisoare, în momentul săvârşirii acţiunii prejudiciabile, faţă de terorizarea condamnaţilor porniţi pe calea corectării, sau săvârşirea atacurilor asupra administraţiei, sau organizarea în aceste scopuri de grupuri criminale, sau, în sfârşit, participarea activă la asemenea grupuri.

Vinovăţia implică prezenţa a două elemente inseparabile: *elementul intelectiv*, adică cunoaşterea semnificaţiei sociale şi a urmărilor eventuale ale faptei; *elementul volitiv*, adică libertatea de deliberare şi de decizie din partea făptuitorului. Numai existenţa cumulativă a acestor două elemente conduce la stabilirea vinovăţiei ca o condiţie a răspunderii penale.

Variatele combinaţii, prevăzute de legea penală, ale elementului intelectiv şi elementului volitiv ale vinovăţiei constituie variaţii ale vinovăţiei. În acest plan, A.I. Rarog afirmă, pe bună dreptate: „Forma vinovăţiei este condiţionată de corelaţia, fixată în legea penală, a elementelor psihologice (conştiinţa şi voinţa), care formează conţinutul vinovăţiei. Adică e condiţionată de diferenţele de intensitate şi determinism ale pro-

ceselor intelectuale şi volitive, care decurg în psihicul făptuitorului. Forma vinovăției indică asupra modului de interacțiune intelectuală şi volitivă a făptuitorului cu circumstanțele de natură obiectivă, reprezentând caracteristica juridică a unei sau altei infracțiuni".[2]

Vinovăția se poate prezenta sub două forme principale: intenția şi imprudența. Deoarece acțiunile care dezorganizează activitatea penitenciarelor sunt o infracțiune săvârşită cu intenție, în cele ce urmează vom acorda atenție acestei forme a vinovăției. Este de neconceput ca infracțiunea prevăzută la art.286 C.pen. RM să fie săvârşită din imprudență. Din semantismul noțiunilor „terorizare", „atacare", „organizare" şi „participare" reiese că acțiunile care le desemnează pot fi săvârşite numai cu intenție. Corespunzător, în oricare din cele patru modalități ale sale, acțiunile care dezorganizează activitatea penitenciarelor nu pot fi săvârşite din imprudență.

În conformitate cu art.17 C.pen. RM, se consideră că infracțiunea a fost săvârşită cu intenție, dacă persoana care a săvârşit-o îşi dădea seama de caracterul prejudiciabil al acțiunii sau inacțiunii sale, a prevăzut urmările ei prejudiciabile, le-a dorit sau admitea, în mod conştient, survenirea acestor urmări. Implicit, din această prevedere legală, rezultă că, în funcție de conținutul psihologic, intenția poate fi de două tipuri: intenția directă sau intenția indirectă. Intenția directă este prezentă, dacă făptuitorul îşi dă seama de caracterul prejudiciabil al acțiunii sau inacțiunii sale, prevede urmările ei prejudiciabile şi doreşte survenirea acestor urmări. Intenția indirectă este prezentă, dacă făptuitorul îşi dă seama de caracterul prejudiciabil al acțiunii sau inacțiunii sale, prevede urmările ei prejudiciabile şi admite, în mod conştient, survenirea acestor urmări.

În legătură cu aceasta, menționăm că, în trecut, în doctrina penală s-au dus polemici cu privire la tipul intenției care se atestă în cazul acțiunilor care dezorganizează activitatea penitenciarelor. Astfel, V.Samsonov şi A.Safonov[3], precum şi V.I. Kurleandski[4], nu au fost de acord cu G.Cernâşov[5], care susținea că acțiunile care dezorganizează activitatea penitenciarelor pot fi săvârşite doar cu intenție directă.

În acelaşi context, vom consemna că în doctrina penală actuală se susține că intenția directă este tipul de intenție atestat în ipoteza acțiunilor care dezorganizează activitatea penitenciarelor.[6] V.S. Işigheev explică şi cauza unei asemenea stări de lucruri: pentru consumarea acțiunilor care dezorganizează activitatea penitenciarelor nu se cere survenirea unei urmări sub formă de dezorganizare a activității penitenciarelor; deci, nu este relevantă atitudinea psihică a făptuitorului față de o asemenea urmare.[7]

Această opinie este în consonanță cu poziția acelor autori care consideră că infracțiunile formale (din rândul cărora face parte şi infracțiunea prevăzută la art.286 C.pen. RM) pot fi săvârşite doar cu intenție directă, sugerând următoarea formulă de stabilire a vinovăției: făptuitorul îşi dă seama că săvârşeşte o acțiune (inacțiune) prejudiciabilă şi doreşte să o săvârşească.[8] Cu această poziție nu este de acord S.V. Sklearov, care consideră că infracțiunile formale pot fi săvârşite atât cu intenție directă, cât şi cu intenție indirectă. Însă, atenție, în opinia acestui autor, urmări prejudiciabile produc şi infracțiunile formale. Numai că aceste urmări nu sunt vizibile, pentru că se exprimă în atingerea adusă unor anume relații şi valori sociale.[9] De aceea, avem multe rezerve față de punctul de vedere al lui S.V. Sklearov, din moment ce sprijinim concepția, conform căreia infracțiuni formale sunt infracțiunile „a căror latură obiectivă nu include în sine urmările prejudiciabile".[10] Prezintă interes faptul că acelaşi autor susține că o persoană sănătoasă psihic, săvârşind fapte volitive, întotdeauna doreşte să le săvârşească; dacă făptuitorul nu doreşte să le săvârşească, dar totuşi le săvârşeşte, aceasta mărturiseşte despre iresponsabilitatea acestuia.[11] Această afirmație a lui S.V. Sklearov nu vine decât să susțină poziția noastră: că infracțiunile formale sunt comise doar cu intenție directă. De asemenea, această afirmație denotă inconsistența acelor opinii, care pun în prim-plan faptul că în definiția legislativă a noțiunii de vinovăție dorința sau admiterea conştientă se referă la survenirea urmărilor prejudiciabile, nu la săvârşirea acțiunii (inacțiunii) prejudiciabile.[12] Pe autorii care încearcă să adapteze realitatea juridică la textul legii i-ar susprinde, de exemplu, faptul că în art.24 din Codul penal al Bielorusiei se stabileşte că, în cazul infracțiunilor pentru a căror consumare nu este necesară survenirea urmărilor prejudiciabile, vinovăția se stabileşte în baza atitudinii psihice a făptuitorului față de acțiunea (inacțiunea) prejudiciabilă; infracțiunea se consideră săvârşită intenționat, dacă făptuitorul îşi dă seama de caracterul prejudiciabil al acțiunii (inacțiunii) sale şi doreşte să o săvârşească.

Faptul că o astfel de prevedere nu e stabilită expres în art.17 C.pen. RM nu înseamnă că nu rezultă din spiritul acestei norme. Dacă nu ar rezulta, atunci ar rămâne în permanentă suspensie problema tipului de intenție atestat în cazul infracțiunilor formale.

În contextul analizei, este necesar a menționa că, aşa cum rezultă din art.286 C.pen. RM, intenția de a săvârşi (în unele modalități) infracțiunea prevăzută de acest articol, este directă – pentru că este o intenție calificată de un scop special. În această ordine de idei, deloc întâmplător, în doctrina penală, se menționează că, deoarece făptuitorul urmăreşte finalitatea propusă şi, implicit, rezultatul prin care se poate realiza această finalitate, scopul infracțiunii este ataşat exclusiv intenției directe, care devine astfel intenție calificată ca scop.[13]

Înainte de a începe analiza **scopului** infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM, să vedem care este locul

scopului infracțiunii în rândul semnelor secundare ale laturii subiective a infracțiunii, în particular, şi în cadrul laturii subiective a infracțiunii, în general.

Din această perspectivă, este util a reproduce următorul punct de vedere al lui A.I. Rarog: „Conținutul laturii subiective a infracțiunii îl epuizează trei semne: vinovăția, motivul şi scopul, care sunt organic legate între ele, interdependente şi intercondiționate. Între vinovăție şi alte semne ale laturii subiective există o conexiune strânsă, care, însă, nu exclude semnificația juridică de sine stătătoare a fiecărui semn al laturii subiective. Spre deosebire de vinovăție, ce caracterizează oricare infracțiune, motivul şi scopul caracterizează doar unele infracțiuni, evoluând ca semne constitutive sau circumstanțiale atenuante ori agravante”.[14]

Ca semn secundar al laturii subiective a infracțiunii, scopul infracțiunii reprezintă finalitatea situată în afara infracțiunii, obiectivul propus şi reprezentat de făptuitor ca rezultat al acțiunii sau inacțiunii sale prejudiciabile.

În teoria dreptului penal se menționează că scopului infracțiunii îi sunt caracteristice următoarele funcții:

1) imprimă faptei relevanță penală şi ajută la delimitarea infracțiunilor de faptele nepenale (de exemplu, pseudoactivitatea de întreprinzător (art.242 C.pen. RM) este susceptibilă de răspundere penală numai dacă are drept scop acoperirea genurilor activității de întreprinzător ilicite);

2) ajută la delimitarea unei infracțiuni de alta (de exemplu, circulația ilegală a substanțelor narcotice, psihotrope sau a analoagelor lor fără scop de înstrăinare se califică conform art.217 C.pen. RM; circulația ilegală a substanțelor narcotice, psihotrope sau a analoagelor lor în scop de înstrăinare se califică potrivit art.217[1] C.pen. RM);

3) includerea scopului infracțiunii în dispoziția normei de incriminare poate determina agravarea răspunderii penale (de exemplu, răspunderea pentru omorul intenționat se agravează dacă scopul urmărit constă în ascunderea altei infracțiuni sau înlesnirea săvârşirii ei ori în prelevarea şi/sau utilizarea, ori comercializarea organelor sau țesuturilor victimei).[15]

Care este funcția scopului indicat în art.286 C.pen. RM, urmează să stabilim în cele ce urmează.

În general, trebuie de menționat că scopul special al infracțiunii este circumstanțiat nu doar în art.286 C.pen. RM. Îl putem remarca în multe alte norme penale: scopul de a nimici în totalitate sau în parte un grup național, etnic, rasial sau religios (art.135 C.pen. RM); scopul declanşării unui război (art.140 C.pen. RM); scopul provocării războiului sau complicațiilor internaționale (art.142 C.pen. RM); scopul transplantării sau alte scopuri (art.158 C.pen. RM); scopul de exploatare sexuală comercială sau necomercială, prin muncă sau servicii forțate, în sclavie sau în condiții similare sclaviei, de folosire în conflicte armate sau în activități criminale, de prelevare a organelor sau țesuturilor pentru transplantare (art.165 C.pen. RM); scopul punerii în circulație a banilor, cardurilor etc. (art.236, 237 C.pen. RM); scopul obținerii unui credit, al majorării proporției acestuia, al obținerii unui credit în condiții avantajoase (art.238 C.pen. RM) etc.

Observăm, că, în fiecare caz, caracteristicile scopului infracțiunii sunt influențate de specificul respectivei infracțiuni. Aceasta deoarece „caracterul activ al comportamentului infracțional este reflectat în orientarea precisă a acțiunilor (inacțiunilor), determinând mecanismul de săvârşire a infracțiunii prin atitudinea subiectivă față de evenimentul infracțiunii, precum şi față de condițiile şi circumstanțele interacțiunii interpersonale în situația concretă. Orientarea precisă a acțiunilor (inacțiunilor) infractorului este transpusă în procedeele aplicate de acesta, exprimând calitățile şi particularitățile individuale ale infractorului. În alți termeni, mecanismul activității infracționale este condiționat de condițiile şi circumstanțele de constituire a scopului, care sunt influențate de interacțiunea personalității infractorului cu mediul social”.[16]

În teoria dreptului penal se duc discuții cu privire la conținutul scopului acțiunilor care dezorganizează activitatea penitenciarelor.

De exemplu, I.V. Kernadjuk, atunci când se referă la acțiunile care dezorganizează activitatea penitenciarelor, îndreptate împotriva condamnaților, menționează despre scopul împiedicării corijării condamnaților, adică al neadmiterii, sistării, preîntâmpinării realizării procesului educativ-corecțional în raport cu condamnații.[17] La rândul său, D.B. Valiano este de părere că scopul acțiunilor care dezorganizează activitatea penitenciarelor se exprimă în: influențarea victimei, astfel încât ea să renunțe la atitudinea onestă față de muncă şi față de respectarea regimului de deținere, ori intimidarea victimei şi împiedicarea reeducării acesteia (în ipoteza în care victima este condamnatul pornit pe calea corectării); atenuarea rigorilor regimului de deținere (în ipoteza în care victima reprezintă administrația instituției penitenciare).[18] Privitor la scopul aceleiaşi infracțiuni, X.Ulianovschi susține că, în cazul terorizării condamnaților porniți pe calea corectării, este necesară existența scopului special: de a împiedica corectarea condamnaților.[19] După A.Borodac, scopul infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM este de a teroriza condamnații porniți pe calea corectării sau de a comite atacuri asupra administrației.[20] În consonanță cu opinia lui A.Borodac este punctul de vedere al lui V.Țaulean.[21]

În urma analizei tuturor acestor puncte de vedere, putem face următoarea concluzie: din dispoziția

art.286 C.pen. RM rezultă că, în cazul modalităților de organizare a grupurilor criminale şi de participare activă la asemenea grupuri, scopul infracțiunii constă în terorizarea condamnaților porniți pe calea corectării ori în săvârşirea atacurilor asupra administrației. Dar nicicum nu rezultă că acelaşi scop este prezent în cazul celorlalte două modalități specificate în dispoziția art.286 C.pen. RM: terorizarea condamnaților porniți pe calea corectării; săvârşirea atacurilor asupra administrației. Spre exemplu, ce ar însemna că terorizarea condamnaților, porniți pe calea corectării, se comite în scopul terorizării condamnaților porniți pe calea corectării? Un nonsens, pentru că acțiunea însăşi nu poate fi una şi aceeaşi cu rezultatul (reprezentat în psihicul făptuitorului) aceleiaşi infracțiuni. Ar însemna cam aceeaşi cu a spune că omorul este săvârşit în scopul omorului.

Şi mai inacceptabil ar fi să afirmăm că, de exemplu, terorizarea condamnaților porniți pe calea corectării este săvârşită în scopul săvârşirii atacurilor asupra administrației. Sau viceversa: săvârşirea atacurilor asupra administrației are drept scop terorizarea condamnaților porniți pe calea corectării. Or, şi astfel de concluzii s-ar putea desprinde din opiniile exprimate de A.Borodac şi V.Țaulean.

Desigur, terorizând condamnații porniți pe calea corectării sau săvârşind atacuri asupra administrației, făptuitorul urmăreşte, de asemenea, anumite scopuri. În ce priveşte conținutul acestor scopuri, ne raliem părerilor exprimate mai sus, aparținând lui I.V. Kernadjuk, D.B. Valiano şi X.Ulianovschi. Însă, aici se impune o importantă precizare: în cazul modalităților de terorizare a condamnaților porniți pe calea corectării şi de săvârşire a atacurilor asupra administrației, scopul infracțiunii nu este un semn obligatoriu al laturii subiective a infracțiunii. Este un semn facultativ al laturii subiective a infracțiunii, un semn care nu poate influența asupra calificării infracțiunii. De aceea, nu este neapărat ca terorizarea condamnaților porniți pe calea corectării sau săvârşirea atacurilor asupra administrației să urmărească anume scopurile nominalizate mai sus de către I.V. Kernadjuk, D.B. Valiano şi X.Ulianovschi. Poate fi oricare alt scop relevant în ipoteza celor două modalități prevăzute la art.286 C.pen. RM. Oricum, calificarea se va face conform art.286 C.pen. RM. De exemplu, nu numaidecât terorizarea condamnaților porniți pe calea corectării se va comite în scopul împiedicării corectării condamnaților. O atare acțiune poate avea ca scop, de exemplu, impunerea victimei să practice relații homosexuale cu făptuitorul. Într-o asemenea ipoteză, este puțin probabil că făptuitorul este în vreun fel preocupat de problema dacă se va corecta sau nu victima.

În contrast, în cazul modalităților de organizare a grupurilor criminale şi de participare activă la asemenea grupuri, scopul infracțiunii – terorizarea condamnaților porniți pe calea corectării sau săvârşirea atacurilor asupra administrației – îşi merită calitatea de scop special al infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM. Scop special, deoarece este obligatoriu pentru calificarea acestei infracțiuni. Scop special, pentru că, în prezența oricărui alt scop, organizarea de grupuri criminale sau participarea la asemenea grupuri se vor califica nu conform art.286 C.pen. RM. Se vor califica potrivit altor norme penale sau vor fi considerate abateri disciplinare, în funcție de gradul prejudiciabil al acțiunii.

În concluzie, răspunzând la întrebarea pe care am formulat-o anterior, cu privire la funcția scopului indicat în art.286 C.pen. RM, vom menționa: scopul special al acțiunilor care dezorganizează activitatea penitenciarelor este necesar, după caz, la delimitarea acestei infracțiuni de infracțiunile adiacente ori la delimitarea ei de faptele nepenale adiacente. Scopul special al infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM nu este un semn circumstanțial agravant sau atenuant al infracțiunii date. Este un semn obligatoriu cu caracter alternativ al laturii subiective a infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM; alternativ, deoarece are un caracter obligatoriu numai pentru două din cele patru modalități descrise în art.286 C.pen. RM – organizarea de grupuri criminale şi participarea activă la asemenea grupuri.

În continuare, atenției va fi supus un alt semn secundar al laturii subiective a infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM, şi anume **motivul** acestei infracțiuni.

În doctrina penală, prin „motivul infracțiunii" se înțelege imboldul interior, adică acea necesitate, dorință, pasiune, emoție, acel sentiment care determină persoana să săvârşească infracțiunea şi îi dirijează voința în momentul săvârşirii ei.[22]

Din această definiție se poate observa că motivul infracțiunii are trei funcții: funcția de stimulare; funcția de dirijare; funcția de reglare. În primul rând, constituind un imbold, motivul infracțiunii îndeplineşte funcția de stimulare a activității persoanei. În legătură cu aceasta, motivul nu doar stimulează săvârşirea unei acțiuni sau inacțiuni, dar şi reprezintă o sursă de apariție a unor procese psihice determinate, care în ansamblu alcătuiesc motivația. În al doilea rând, funcția de dirijare este cea datorită căreia făptuitorul formulează scopul acțiunii sau inacțiunii sale şi stabileşte căile de atingere a acestuia. În fine, privitor la cea de-a treia funcție pe care o îndeplineşte motivul infracțiunii, este de menționat că motivul reglează într-un anume mod comportamentul făptuitorului: influențează asupra desfăşurării activității psihice.

Motivul infracțiunii apare din anumite necesități şi, într-o măsură anumită, contribuie la formularea scopului infracțiunii. Împreună cu scopul infracțiunii, motivul infracțiunii stimulează năzuința de a atinge un anumit

rezultat prin anumite procedee. Astfel, examinând procesul de formare a dorinței de a comite infracțiunea, A.I. Rarog punctează următoarele etape ale acestui proces:

1) simțirea unei anumite necesități;

2) transformarea necesității în imboldul de a acționa, adică în motivul infracțiunii;

3) formularea scopului infracțiunii, a cărui realizare ar satisface necesitatea resimțită sau ar constitui mijlocul de satisfacere a acestei necesități;

4) dorința de realizare a scopului infracțiunii.[23]

Din cele menționate reiese că motivul infracțiunii şi scopul infracțiunii sunt două fenomene interconditionate şi interdependente. Scopul este întotdeauna mediat de motiv, aşa cum motivul este mediat de scop. Dacă de motiv depinde cum făptuitorul îşi formulează scopul, atunci scopul determină calea prin care se va satisface necesitatea resimțită de a acționa. Unii autori chiar confundă motivul şi scopul.[24] În realitate, aceste două fenomene psihologice caracterizează două semne distincte ale laturii subiective a infracțiunii: dacă motivul răspunde la întrebarea „de ce făptuitorul săvârşeşte infracțiunea?", atunci scopul este cel care canalizează activitatea infracțională în direcția dorită de făptuitor.

După această precizare, vom menționa că în unele norme penale ale Părții Speciale a Codului penal se circumstanțiază motivul special al infracțiunii: interesul material (lit.b) alin.(2) art.145 C.pen. RM); intențiile huliganice (lit.c) alin.(2) art.145 C.pen. RM); motivele sadice (lit.h) alin.(3) art.145 C.pen. RM); motivele de duşmănie sau ură socială, națională, rasială sau religioasă (lit.j) alin.(3) art.145 C.pen. RM); interesul material sau alte interese personale (art.327 C.pen. RM) etc. În art.286 C.pen. RM nu este indicat un motiv special. Aceasta însă nu înseamnă că nu are nici o semnificație juridică stabilirea motivului care determină săvârşirea acțiunilor care dezorganizează activitatea penitenciarelor. Unele motive (de exemplu, duşmănia sau ura socială, națională, rasială sau religioasă, ori interesul material sau alte interese josnice) pot determina agravarea pedepsei pentru infracțiunea prevăzută la art.286 C.pen. RM (aşa cum reiese din prevederile de la lit.d) şi l) alin.(1) art.77 C.pen. RM). Dimpotrivă, nu se exclude ca motivul de alt gen să determine atenuarea pedepsei pentru aceeaşi infracțiune.

Referindu-ne concret la motivul infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM, trebuie de consemnat că, în opinia lui O.V. Starkov, uneori infracțiunile săvârşite în instituțiile penitenciare au la bază un pretext neînsemnat, intrând în contradicție cu regulile nescrise care funcționează în rândul condamnaților; uneori se recurge la identificarea unor cauze artificiale care să justifice comiterea infracțiunii.[25] Astfel, acest autor sugerează, de fapt, că intențiile huliganice se numără printre motivele care condiționează comiterea acțiunilor care dezorganizează activitatea penitenciarelor. Sprijinim această sugestie, deoarece fronda, teribilismul, autoafirmarea, ostilitatea nepersonificată, ca expresii ale intențiilor huliganice, au un „sol fertil" în mediul instituțiilor penitenciare.

În teoria dreptului penal se menționează că trăsăturile intențiilor huliganice sunt următoarele: uşurința cu care făptuitorul se decide să săvârşească infracțiunea; reacția neadecvată a făptuitorului în raport cu conduita victimei; făptuitorului îi aduce satisfacție însuşi faptul comiterii infracțiunii; lipsa unui pretext pentru săvârşirea infracțiunii sau prezența unui pretext nesemnificativ pentru a o săvârşi.[26] Incapacitatea unor condamnați de a se adapta rigorilor regimului de deținere, sentimentul de insatisfacție de statutul în ierarhia condamnaților, frustrările generate de privațiunea de libertate – toate acestea contribuie la săvârşirea de acțiuni aparent iraționale, deseori îndreptate asupra unei persoane anterior necunoscute, acțiuni concretizate în terorizarea condamnaților porniți pe calea corectării sau în săvârşirea atacurilor asupra administrației. Din această perspectivă, suntem de acord cu I.V. Kernadjuk, care afirmă că condamnatul – nimerind într-un nou mediu de existență, în care valorile sociale pe care le-a avut anterior nu mai pot fi realizate, mai ales în prima perioadă – obține un nou statut „social"; drept urmare, condamnatul rămâne adesea nesatisfăcut de postura nou-ocupată, ceea ce, în majoritatea cazurilor, provoacă conflicte cu alți condamnați; una din căile de soluționare a acestor conflicte, este văzută de el în a săvârşi acțiunile care dezorganizează activitatea penitenciarelor.[27] Nu este lipsit de interes nici punctul de vedere exprimat de I.G. Prasolova. Autoarea menționează că printre principalele cauze care generează conflicte între condamnați în instituțiile penitenciare sunt: dorința de menținere a autorității printre condamnați; încercarea de tranşare a unei situații de litigiu ce apare în cadrul discuțiilor duse de condamnați; protestul împotriva sistemului de executare a pedepselor.[28]

În alt context, în opinia lui M.F. Kostiuk[29] şi V.I. Kurleandski[30], unul dintre cele mai frecvente motive de săvârşire a acțiunilor care dezorganizează activitatea penitenciarelor este interesul material.

Prin „interes material" se are în vedere „motivul generat de necesitatea făptuitorului de a-şi spori activul patrimonial (de a obține sau de a reține un câştig material) sau de a-şi micşora pasivul patrimonial (de a se elibera de cheltuieli materiale)".[31] La concret, în contextul infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM, terorizarea condamnaților porniți pe calea corectării sau săvârşirea atacurilor asupra administrației pot avea la bază imboldul de obținere a banilor, altor bunuri, altor foloase sau avantaje materiale. Dar, de asemenea, poate avea la bază năzuința făptuitorului de a nu-i achita

victimei datoria. La fel, nu se exclude prezența interesului material în cazul în care făptuitorul, în schimbul unei remunerații materiale primite de la organizatorul sau instigatorul infracțiunii, terorizează condamnații porniți pe calea corectării sau săvârşeşte atacuri asupra administrației.

Printre alte motive, care pot determina săvârşirea acțiunilor care dezorganizează activitatea penitenciarelor, M.F. Kostiuk specifică: răzbunarea având la bază relațiile uzuale cotidiene; iritarea; supărarea; laşitatea; năzuința de a scăpa de prezența victimei; ostilitatea personală; motivele sadice sau cu tentă sexuală etc.[32]

Un loc aparte printre motivele săvârşirii infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM îl ocupă răzbunarea pentru îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu sau obşteşti. Aparte, pentru că, comparativ cu alte motive, denotă în cel mai pronunțat mod opunerea realizării sarcinilor activității execuționale penale. În cazul dat, condamnatul pornit pe calea corectării sau reprezentantul administrației instituției penitenciare devine victimă pentru faptul că a contribuit, direct sau indirect, la realizarea acestor sarcini, pentru că reprezintă sistemul oficial ostil (în opinia făptuitorului), periclitant pentru interesele sale personale sau de grup.

Referindu-se la răzbunarea pentru îndeplinirea de către victimă a unor obligații, A.A. Kulakova menționează că, săvârşind acțiunile care dezorganizează activitatea penitenciarelor, făptuitorul, determinat de un astfel de motiv, urmăreşte să modifice comportamentul victimei sau să o influențeze să îndeplinească anumite revendicări ilegale. În acelaşi timp, din motive neclare, această autoare, în împrejurările descrise vede ca victimă a infracțiunii respective doar reprezentantul administrației instituției penitenciare. Nu şi condamnatul pornit pe calea corectării.[33]

Între timp, răzbunarea poate avea ca temei nu doar îndeplinirea de către victimă a unor obligații de serviciu, dar şi îndeplinirea de către aceasta a unor obligații obşteşti. De aceea, are mai multă dreptate D.B. Valiano care susține că motivul, ce determină săvârşirea acțiunilor care dezorganizează activitatea penitenciarelor, îl reprezintă: răzbunarea pentru îndeplinirea obligațiilor obşteşti de consolidare a disciplinei şi ordinii în instituția penitenciară (în ipoteza în care victima infracțiunii este condamnatul pornit pe calea corectării); răzbunarea pentru îndeplinirea obligațiilor de serviciu (în ipoteza în care victima infracțiunii reprezintă administrația instituției penitenciare).[34]

În general, răzbunarea, ca motiv al infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM, ar putea fi înțeleasă ca imboldul determinat de necesitatea de a obține satisfacție de pe urma cauzării unui rău făptuitorului în trecut, rău care, în opinia acestuia, îi lezează interesele personale sau interesele persoanelor ce-i sunt apropiate. În ce priveşte motivul răzbunării pentru îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu sau obşteşti, se întrevede un anumit specific: în acest caz, sursa răzbunării este supărarea, a cărei esență o formează nu răul efectiv, dar egoismul bolnăvicios.

De asemenea, răzbunării pentru îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu sau obşteşti îi conferă specific premisa îndeplinirii de către victimă a obligațiilor de serviciu sau obşteşti. Noțiunile „îndeplinirea obligațiilor de serviciu" şi „îndeplinirea obligațiilor obşteşti" sunt definite în pct.12 al Hotărârii Plenului Curții Supreme de Justiție „Cu privire la practica judiciară în cauzele despre omorul premeditat", nr.9 din 15.11.1993: „Sub noțiunea de „îndeplinire a îndatoririlor de serviciu" se subînțeleg acțiunile oricărei persoane, care se referă la funcțiile ei de serviciu, ce reies din contractul de muncă cu întreprinderile şi organizațiile de stat, cooperatiste sau altele, înregistrate în modul stabilit, iar sub noțiunea de „executare a obligațiilor obşteşti" – îndeplinirea de către cetățeni a îndatoririlor obşteşti care le sunt special încredințate, precum şi acțiunile în interesele societății sau ale unor cetățeni aparte (curmarea contravențiilor, informarea organelor puterii despre infracțiunile săvârşite sau care se pregătesc etc.)".[35] Cu unele precizări de rigoare, aceste explicații sunt aplicabile infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM: îndeplinirea obligațiilor de serviciu se exprimă în executarea îndatoririlor de serviciu în cadrul administrației instituției penitenciare. Nu într-un alt cadru, nu în beneficiul unei alte instituții, întreprinderi sau organizații; îndeplinirea obligațiilor obşteşti constă în executarea îndatoririlor publice de către condamnatul pornit pe calea corectării, îndatoriri care au la bază nu un fapt juridic generator de drepturi şi obligații juridice, dar un sentiment de datorie morală de contribuire la realizarea sarcinilor sistemului execuțional penal. În special, îndeplinirea obligațiilor obşteşti de către condamnatul pornit pe calea corectării poate fi legată de implicarea lui – din proprie inițiativă sau din inițiativa serviciului competent al penitenciarului sau al Departamentului Instituțiilor penitenciare – în activitatea operativă de investigații din penitenciare. Adică în activitatea care, în conformitate cu alin.(1) art.241 din Codul de executare, are scopul să asigure securitatea personală a condamnaților, a personalului penitenciarului şi a altor persoane aflate pe teritoriul acestuia, să depisteze, să prevină şi să descopere infracțiunile ce se pregătesc sau se săvârşesc în penitenciar şi încălcările ordinii stabilite de executare a pedepsei, să asigure urmărirea condamnaților care au evadat din penitenciar şi acordarea de ajutor organelor competente la descoperirea infracțiunilor.

Uneori, în contextul infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM pot să apară îndoieli referitor la faptul dacă motivul infracțiunii a constat în răzbunarea pentru înde-

plinirea obligațiilor de serviciu sau obşteşti ori în intenții huliganice. Mai ales, această necesitate de delimitare apare în cazul implicării voite sau nevoite a victimei în conflicte, certe, altercații etc. În astfel de ipoteze, considerăm că motivul infracțiunii va consta în răzbunarea pentru îndeplinirea obligațiilor de serviciu sau obşteşti, dacă victima va da dovadă de conduită activă, încercând a impune efectiv încetarea acțiunilor ilegale ale făptuitorului, a reține făptuitorul sau a se comporta într-o manieră similară. Dimpotrivă, considerăm că motivul infracțiunii îl vor constitui intențiile huliganice, dacă victima se va limita la o simplă observație verbală, indignare sau alte asemenea atitudini pasive față de acțiunile ilegale ale făptuitorului, atitudini care nu pot fi considerate exemple de îndeplinire a obligațiilor de serviciu sau obşteşti.

Relevanța practică a unei delimitări de acest fel dintre motivele infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM este următoarea: conform lit.f) alin.(1) art.77 C.pen. RM, la stabilirea pedepsei, se consideră circumstanță agravantă săvârşirea infracțiunii asupra unei persoane în legătură cu îndeplinirea de către ea a obligațiilor de serviciu sau obşteşti. De aici rezultă că pedeapsa, aplicată pentru infracțiunea prevăzută la art.286 C.pen. RM, ar trebui să fie, în prezența motivului de răzbunare pentru îndeplinirea obligațiilor de serviciu sau obşteşti, comparativ mai severă decât în cazul în care e săvârşită cu intenții huliganice.

În altă ordine de idei, din pct.2 al Hotărârii Plenului nr.10/1985 reiese că numai atunci se poate vorbi despre prezența motivului de răzbunare pentru îndeplinirea obligațiilor de serviciu sau obşteşti, când îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu sau obşteşti are caracter legitim. În doctrina penală această supoziție este confirmată, de exemplu, de V.Samsonov şi A.Safonov.[36] De asemenea, în acord cu opinia unor autori, care nu neapărat se referă la contextul infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM, dar oricum comportă relevanță, nu poate fi reținut motivul răzbunării pentru îndeplinirea obligațiilor de serviciu sau obşteşti decât dacă victima nu şi-a depăşit ori încălcat atribuțiile de serviciu sau obşteşti, deoarece rațiunea relevării unui asemenea motiv a fost determinată de ideea protecției unor persoane, pentru fapte aflate în conexiune cu serviciul sau cu îndatoririle obşteşti.[37] În acelaşi timp, în literatura de specialitate a fost exprimat şi un alt punct de vedere, conform căruia nu contează dacă atitudinea victimei infracțiunii este sau nu corectă în îndeplinirea obligațiilor de serviciu sau obşteşti.[38]

Nu putem fi de acord cu această ultimă opinie. După A.N. Popov, legitimitatea îndeplinirii obligațiilor de serviciu sau obşteşti înseamnă că victima „nu a săvârşit nici o infracțiune, nici o altă ilegalitate, dar a acționat în strictă corespundere cu exigențele serviciului sau cu normele etice”.[39] Considerăm că tocmai această idee se desprinde din noțiunea „îndeplinirea obligațiilor de serviciu sau obşteşti”. În genere, pare a fi pleonastică expresia „îndeplinirea legitimă a obligațiilor de serviciu sau obşteşti”. Este oare posibil să îndeplineşti nelegitim aceste obligații? O obligație e statuată de o normă de drept sau de o normă etică. Ea nu poate să aibă origine extranormativă. Corect este să se vorbească despre depăşirea atribuțiilor de serviciu sau obşteşti, nu despre îndeplinirea nelegitimă a obligațiilor de serviciu sau obşteşti. Nu putem folosi standarde duble afirmând că, atunci când spunem „îndeplinirea obligațiilor de serviciu sau obşteşti”, avem în vedere şi reversul nelegitim „îndeplinirea nelegitimă a obligațiilor de serviciu sau obşteşti”. Pentru că, atunci, dând dovadă de consecvență, va trebui să aplicăm această concepție şi în alte situații: de exemplu, să susținem că dreptul la legitimă apărare include dreptul la depăşirea limitelor legitimei apărări.

În conformitate cu lit.i) art.76 C.pen. RM, acțiunile ilegale sau imorale ale victimei, dacă ele au provocat infracțiunea, se iau în considerație la stabilirea pedepsei ca circumstanță atenuantă. Deci, ideea este că nu poate avea un grad de pericol social comparativ mai sporit răzbunarea pentru depăşirea de către victimă a atribuțiilor obşteşti, în raport cu răzbunarea pentru îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu sau obşteşti. Această abordare diferențiată de către legiuitor a celor două situații nu poate fi ignorată şi urmează a fi promovată şi atunci când ne referim la răzbunarea pentru îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu sau obşteşti, ca motiv al infracțiunii prevăzute la art.286 C.pen. RM. În concluzie, nu putem fi de acord cu opinia că nu contează dacă atitudinea victimei este sau nu corectă în îndeplinirea obligațiilor de serviciu sau obşteşti, atunci când analizăm natura juridică a motivului menționat.

În rezultatul cercetării efectuate asupra motivului de răzbunare pentru îndeplinirea obligațiilor de serviciu sau obşteşti, s-ar cere ca, în art.286 C.pen. RM, acest motiv să fi specificat ca motiv special al infracțiunii. Această idee este corectă, numai că necesită dezvoltare: în art.286 C.pen. RM trebuie să se menționeze că acțiunile care dezorganizează activitatea penitenciarelor sunt săvârşite în legătură cu îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu sau obşteşti. Avantajul unei astfel de completări ar fi următorul:

1) sintagma „în legătură cu îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu sau obşteşti” are un suport normativ, fiind utilizată la lit.f) alin.(1) art.77, lit.d) alin.(2) art.145, lit.c) alin.(2) art.151, lit.d) alin.(2) art.152 etc. din Codul penal;

2) în pct.2 al Hotărârii Plenului nr.10/1985 se stabileşte că săvârşirea atacurilor asupra administrației se consideră numai atunci acțiuni care dezorganizează activitatea penitenciarelor, când are loc în legătură cu activitatea de serviciu a reprezentanților administrației instituției penitenciare;

3) sintagma „în legătură cu îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu sau obșteşti” ori sintagme similare se utilizează în reglementările corespunzătoare în mai multe țări (de exemplu, în: art.321 C.pen. al Federației Ruse, art.361 C.pen. al Kazahstanului, art.345 C.pen. al Kirghiziei, art.317 C.pen. al Azerbaidjanului etc.);

4) utilizarea în art.286 C.pen. RM a sintagmei „în legătură cu îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu sau obșteşti” este preferabilă în comparație cu utilizarea în acelaşi articol a sintagmei „din răzbunare pentru îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu sau obșteşti”. Or, utilizarea primei sintagme, în comparație cu a doua, ar permite nu pur şi simplu extinderea sferei de aplicare a art.286 C.pen. RM. Ea ar permite luarea în considerație a unor ipoteze care, după gradul de pericol social, nu se deosebeşte cu nimic de ipoteza care presupune prezența motivului răzbunării pentru îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu sau obșteşti. Aceasta pentru că sintagma „în legătură cu îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu sau obșteşti” ar opera în ipotezele în care acțiunile care dezorganizează activitatea penitenciarelor sunt săvârşite: 1) anterior îndeplinirii obligațiilor de serviciu sau obșteşti (în scopul neadmiterii îndeplinirii acestora); 2) în momentul îndeplinirii obligațiilor de serviciu sau obșteşti (în scopul reprimării pentru îndeplinirea acestora); 3) ulterior îndeplinirii obligațiilor de serviciu sau obșteşti (din răzbunare pentru îndeplinirea acestora).

Note:

[1] S.Botnaru, A.Şavga, V.Grosu, M.Grama. *Drept penal. Partea Generală.* – Chişinău: Cartier, 2005, p.137.

[2] А.И. Рарог. *Квалификация преступлений по субъективным признакам.* – Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2003, p.67.

[3] В.Самсонов, А.Сафонов. *Правильно исполнять закон об уголовной ответственности за действия, дезорганизующие работу исправительно-трудовых учреждений* // Социалистическая законность, 1963, nr.2, p.26-31.

[4] *Ответственность за государственные преступления.* Часть вторая. *Иные государственные преступления* / Под общ. ред. В.И. Курляндского и М.П. Карпушина. – Москва: Юридическая литература, 1965, p.92-93.

[5] Г.Чернышев. *Из практики рассмотрения дел о дезорганизации работы исправительно-трудовых учреждений* // Советская юстиция, 1962, nr.10, p.22-24.

[6] М.Ф. Костюк. *Уголовно-правовые и криминологические проблемы борьбы с преступностью в исправительных учреждениях:* Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. – Москва, 2000, p.144; Д.Б. Вальяно. *Предупреждение преступлений, дезорганизующих деятельность исправительных учреждений, совершаемых организованными преступными группами:* Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – Москва, 2001, p.49; S.Brînză, X.Ulianovschi, V.Stati şi alții. *Drept penal. Partea Specială.* – Chişinău: Cartier, 2005, p.553; A.Borodac. *Manual de drept penal. Partea Specială.* – Chişinău: Tipografia Centrală, 2004, p.418-419; *Codul penal al Republicii Moldova. Comentariu* / Sub red. lui A.Barbăneagră. – Chişinău: ARC, 2003, p.620; A.Barbăneagră, V.Berliba, C.Gurschi şi al. *Codul penal comentat şi adnotat*. – Chişinău: Cartier, 2005, p.474.

[7] В.С. Ишигеев. *Пенитенциарные преступления. Характеристика, предупреждение, ответственность:* Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук. – Красноярск, 2004, p.30.

[8] В.В. Лунеев. *Субъективное вменение.* – Москва, 2000, p.39.

[9] С.В. Скляров. *Вина и мотивы преступного поведения.* – Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2004, p.32-33.

[10] S.Botnaru, A.Şavga, V.Grosu, M.Grama. *Op. cit.,* p.272.

[11] С.В. Скляров. *Op. cit.,* p15-16.

[12] Н. Иванов. *Умысел в уголовном праве России* // Российская юстиция, 1995, nr.12, p.17-19.

[13] V.Dongoroz, S.Kahane, I.Oancea şi alții. *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea Specială.* Vol.III. – Bucureşti: ALL Beck, 2003, p.7; D.Bărcănescu. *Conținutul infracțiunii şi principiul legalității.* – Bucureşti: ALL Beck, 2005, p.112.

[14] *Энциклопедия уголовного права.* Том 4. *Состав преступления.* – Санкт-Петербург: СПб ГКА, 2005, p.641.

[15] S.Brînză. *Scopul infracțiunii ca factor psihologic în mecanismul activității infracționale* // Revista de studii şi cercetări juridice, 2007, nr.1-2, p.43-49.

[16] *Ibidem*.

[17] И.В. Кернаджук. *Уголовно-правовая и криминологическая характеристика дезорганизации деятельности учреждений, обеспечивающих изоляцию от общества:* Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – Иркутск, 2005, p.17.

[18] Д.Б. Вальяно. *Op. cit.,* p.54.

[19] S.Brînză, X.Ulianovschi, V.Stati şi alții. *Op. cit.*, p.553.

[20] A.Borodac. *Op. cit.,* p.419.

[21] *Codul penal al Republicii Moldova. Comentariu,* p.620.

[22] S.Botnaru, A.Şavga, V.Grosu, M.Grama. *Op. cit.,* p.219.

[23] *Энциклопедия уголовного права*. Том 4. *Состав преступления,* p.734.

[24] А.Спиркин. *Происхождение сознания.* – Москва, 1960, p.447-448.

[25] О.В. Старков. *Бытовые насильственные преступления.* – Рязань, 1992, p.115.

[26] S.Brînză, V.Stati. *O nouă viziune asupra noțiunii „intenții huliganice”* // Revista Națională de Drept, 2007, nr.10, p.20-25.

[27] И.В. Кернаджук. *Op. cit.,* p.12.

[28] И.Г. Прасолова. *Уголовная ответственность за дезорганизацию деятельности учреждений, обеспечивающих изоляцию от общества:* Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – Ростов-на-Дону, 2007, p.20.

[29] М.Ф. Костюк. *Op. cit.,* p.46.

[30] *Ответственность за государственные преступления.* Часть вторая. *Иные государственные преступления,* p.92.

[31] S.Brînză, X.Ulianovschi, V.Stati şi alții. *Op. cit.*, p.56.

[32] М.Ф. Костюк. *Op. cit.,* p.46.

[33] А.А. Кулакова. *Виктимологический аспект пенитенциарной преступности и ее предупреждение (в отношении сотрудников уголовно-исправительной системы):* Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – Нижний-Новгород, 2007, p.8.

[34] Д.В. Вальяно. *Op. cit.,* p.54.

[35] Culegere de hotărâri ale Plenului Curții Supreme de Justiție (mai 1974-oilie 2002). – Chişinău, 2002, p.304-312.

[36] В. Самсонов, А.Сафонов. *Op. cit.,* p.26-31.

[37] V.Dobrinoiu. *Drept penal. Partea Specială.* Vol.I. – Bucureşti: Lumina LEX, 2000, p.89; C.Bulai, A.Filipaş, C.Mitrache. *Instituții de drept penal.* – Bucureşti: Trei, 2006, p.292-294.

[38] V.Dongoroz, S.Kahane, I.Oancea şi alții. *Op. cit.,* p.182; A.Boroi. *Infracțiuni contra vieții.* – Bucureşti: ALL Beck, 1999, p.130.

[39] А.Н. Попов. *Убийства при отягчающих обстоятельствах.* – Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2003, p.157.

RECUNOAŞTEREA CALITĂȚII DE PERSOANĂ CU FUNCȚIE DE RĂSPUNDERE PENTRU UNII SUBIECȚI SPECIALI AI RAPORTURILOR DE DREPT PENAL

Ion NASTAS,
magistru în drept, doctorand

Recenzent: ***Igor CIOBANU,*** *doctor în drept, conferențiar universitar (USM)*

SUMMARY

Corruption is the abuse of public or private power for personal interests. There are different kinds of corruption: The corruption of poverty (petty corruption) has its roots in poverty. The corruption of power (grand corruption) is rooted in the greed to more power, influence and wealth or in safeguarding of the existing power and economic position. The corruption of procurement and the corruption of acceleration serve the purpose to obtain goods and services that otherwise would not be available or delivered on time, or only with much greater administrative expenses. The grey corruption is the grey zone between corruption, nepotism, favoritism and collusion.

Oricât de dezvoltată ar fi legislația penală, în mod iminent apar situații care pun semnul întrebării față de justețea încadrării juridice a faptei făptuitorului, aceasta fiind condiționată de evoluția continuă a relațiilor sociale şi, respectiv, de apariția noilor raporturi juridice. Nici infracțiunile de corupție nu fac excepție de la cele menționate mai sus, grație sferei vaste de cuprindere şi a subiecților care pot fi implicați.

În acest context, de o importanță deosebită ni se prezintă sarcina de a analiza încadrarea juridică a faptelor persoanelor care, prin specificul activității lor, se află la periferia conceptului de persoană cu funcție de răspundere.

Plenul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova indică asupra faptului că nu sunt subiecți ai infracțiunilor săvârşite de persoane cu funcție de răspundere lucrătorii întreprinderilor, instituțiilor, organizațiilor (de stat) care exercită numai funcții pur profesionale sau tehnice[1].

Dacă, însă, concomitent cu îndeplinirea funcției, ei sunt învestiți cu funcții de ordin administrativ de dispoziție sau organizatorico-economice, atunci, în cazul încălcării lor, vor purta răspundere pentru comiterea infracțiunii de corupție.

Prin urmare, persoană cu funcție de răspundere trebuie să fie recunoscut acel subiect care are dreptul să emită, în numele unui organ sau al unei instituții a puterii publice centrale sau locale, acte oficiale care confirmă un fapt juridic şi, prin aceasta, să organizeze sau să orienteze comportamentul altor persoane, față de care acest act are putere juridică. Specialiştii din cadrul organelor sau instituțiilor puterii publice centrale sau locale, care îndeplinesc obligații pur tehnice sau profesionale, nu sunt persoane cu funcție de răspundere. Totuşi, în legătură cu îndeplinirea acestor obligații sau, pe lângă acestea, unii dintre ei sunt însărcinați să îndeplinească şi funcții ce poartă caracter administrativ. În aceste cazuri ei vor putea fi traşi la răspundere penală în calitate de persoane cu funcție de răspundere.[2]

Caracterul atribuțiilor de serviciu al acestor subiecți presupune îndeplinirea nu doar a funcțiilor administrative, ci şi a funcțiilor exclusiv profesionale. Subiectul poate, în limite de timp distanțate, să se prezinte în una dintre sferele sale de activitate drept persoană cu funcție de răspundere, iar altădată să îndeplinească funcții pur profesionale, care nu au nici o legătură cu drepturile şi obligațiile sale ca persoană cu funcție de răspundere.[3]

În confirmarea celor expuse prezentăm analiza efectuată de către D.Ciuncan pe marginea unui caz din practică: „În motivarea recursului s-a făcut o distincție între actele medicale propriu-zise care sunt „dominate de sensul lor umanitar" şi actele de administrare, funcționareşti, pe care un medic le poate desfăşura într-o funcție administrativă care nu are nici o tangență cu actul medical în sine. În raport cu această distincție, se susține că în primul caz, având în vedere natura activității pe care o desfăşoară, medicul nu este funcționar, deci nu poate avea calitatea de subiect activ al infracțiunii de luare de mită, pe când, în cel de-al doilea caz, medicul îndeplinind atribuții funcționareşti poate răspunde pentru săvârşirea acestei infracțiuni".[4]

Posedarea de către medici şi profesori a calității de persoană cu funcție de răspundere este una dintre cele mai controversate în doctrina juridică.

În acest context, M.Lâsov menționează: „Medicul, dacă, exercitând atribuțiile sale profesionale, în timpul

examinării pacientului, primeşte de la acesta un folos oarecare, nu trebuie să fie considerat ca persoană corruptă (în sensul art.324 Cod penal al Republicii Moldova[5]), fiindcă el activa nu în calitate de persoană cu funcție de răspundere. Acțiunile sale nu comportau elementul administrativ de dispoziție ori organizatorico-economic şi nu au urmat careva consecințe juridice. Însă, dacă acelaşi medic, primind de la pacienți un folos, ilegal le eliberează un certificat ce ține de atribuțiile sale de serviciu, atunci el va purta răspundere, deoarece acțiunile sale au efecte juridice".[6]

O opinie diametral opusă expune A.Kviținia, care consideră că orice medic urmează a fi considerat drept persoană cu funcție de răspundere: „Una şi aceeaşi persoană medic nu poate fi concomitent şi persoană cu funcție de răspundere şi să nu fie în această calitate. Orice medic care lucrează într-o instituție medicală este persoană cu funcție de răspundere, deoarece el, în procesul activității sale, întotdeauna poate să îndeplinească careva funcții administrative de dispoziție ori organizatorico-economice cu urmări juridice (eliberarea certificatului de boală, a altor certificate)".[7]

Doctrina românească este de părere că medicul din instituțiile medico-sanitare este funcționar public (persoană cu funcție de răspundere conform Codului penal al Republicii Moldova). Desprinderea medicului de calitatea de funcționar public vizează doar raporturile dintre acesta şi pacient pentru asigurarea libertății şi responsabilității actului medical. Medicul trebuie să fie stăpânul, liber de orice subordonare, al deciziei şi al acțiunii sale medicale. Această libertate nu poate fi opusă, însă, răspunderii penale ce poate reveni medicului în baza statutului său de persoană care exercită o îndatorire de serviciu, ca reprezentant al unei instituții medicale.[8]

Tribunalul Municipal Bucureşti indică în dosarul nr.129/1993 că „fapta inculpatei, medic la dispensarul medical pendinte de la o întreprindere, de a fi primit de la unii salariați ai unității diferite sume de bani pentru a le elibera certificate de concediu medical constituie infracțiunea de luare de mită (corupere pasivă)".[9]

Totodată, într-o sentință a Curții Supreme de Justiție a României, secția penală, decretul nr.1467/1992, se menționează: „Nu se poate susține că un medic poate fi considerat sau asimilat unui simplu funcționar ce exercită o însărcinare în serviciul unei instituții a statului, pentru că, în caz contrar, s-ar ignora conținutul şi caracteristicile profesiunii medicale. Profesiunea medicală prin caracteristicile sale specifice se realizează în cadrul spitalelor, clinicilor sau cabinetelor medicale, medicul bucurându-se de toată independența profesională, decizia lui neputând fi supusă nici unei constrângeri administrative sau de altă natură, ceea ce nu caracterizează pe funcționarul public, subordonat administrativ şi supus deciziilor ierarhice superioare".[10]

O categorie distinctă a medicilor, care au calitatea de persoane cu funcție de răspundere, o constituie aceia care, exercitându-şi profesia, îndeplinesc o funcție ce implică exercițiul autorității de stat. Printre aceştia putem evidenția medicii care funcționează în cadrul unor inspecții de sănătate publică, ca organe de specialitate, cărora legea le conferă atribuții de constatare a unor încălcări de lege şi de sancționare a acestora. Aceste organe de specialitate controlează modul de aplicare a normelor de igienă şi sanitaro-antiepidemice în mediul de trai al populației şi la locul de muncă.[11]

Atribuțiile de constatare şi sancționare a încălcărilor de lege privind igiena şi sănătatea publică sunt atribuții ce implică exercițiul autorității de stat. Sănătatea publică constituie o valoare socială de mare însemnătate, astfel că garantarea acesteia este o funcție internă a statului, pe care acesta o realizează prin organele sale, valoare socială ce este ocrotită prin toate mijloacele juridice, inclusiv cele de drept penal.

De remarcat că unele legislații penale în mod expres atribuie medicii la categoria persoanelor cu funcție de răspundere, în cazul efectuării de către aceştia a anumitor acțiuni care țin de atribuțiile sale de serviciu.

Astfel, în Codul penal al Republicii Islamice Mauritania este prevăzută, la art.156, 171, răspunderea penală pentru corupere pasivă – fapta oricărui medic, chirurg, de a primi careva avantaje necuvenite pentru a-l favoriza pe cineva, a confirma sau infirma existența unei anumite maladii, incapacitatea temporară sau permanentă de muncă, cauzele decesului.[12]

Astfel, concluzionăm că personalul medical, fiind constituit din angajați ai instituțiilor publice ce dețin o anumită funcție (medic-şef al spitalului, conducător de secție, soră medicală superioară etc.), poate îndeplini acțiuni care au un caracter administrativ de dispoziție sau organizatorico-economice şi, prin urmare, se prezintă drept persoane cu funcție de răspundere.

Însă, în cazul în care medicul, indiferent de funcția pe care o ocupă, acordă consultații medicale sau efectuează operații, această activitate fiind strict profesională, el nu va poseda calitatea de persoană cu funcție de răspundere şi, respectiv, nu va fi tras la răspundere pentru corupere pasivă. Aceasta nu înseamnă însă că primirea de foloase necuvenite pentru înfăptuirea acțiunilor pur profesionale de către medic sunt în afara legii penale.

N.Cadnikov consideră că, deşi Judecătoria Supremă a Federației Ruse a recunoscut în calitate de persoane cu funcție de răspundere care exercită atribuții organiza-

torico-economice profesorul universitar, care primeşte o remunerație necuvenită pentru a favoriza studenții la examen, sau medicul-chirurg, care contra aceleiaşi remunerații necuvenite eliberează certificate medicale, totuşi aceştia urmează a fi recunoscuți drept funcționari şi nu persoane cu funcție de răspundere.[13]

Ne raliem opiniei expuse de V.Zubco, care afirmă că în asemenea cazuri medicul urmează a fi considerat drept funcționar, în sensul art.330 C.pen., şi, respectiv, pedepsit în conformitate cu sancțiunile prevăzute la acest articol.[14]

În mod similar este efectuată calificarea juridică a acțiunilor medicilor de către practica judiciară. Plenul CSJ a Republicii Moldova, examinând recursul în anulare al inculpatului G.N., a ajuns la concluzia că fapta lui G.N., medic chirurg la Spitalul Clinic Municipal de Urgență, de a pretinde şi a primi o remunerație necuvenită pentru efectuarea unei intervenții chirurgicale urmează a fi calificată conform prevederilor art.330 C.pen.[15]

Atât Plenul CSJ a Republicii Moldova, cât şi cel al Judecătoriei Supreme a Bielorusiei, explică că „dacă, concomitent cu exercitarea funcțiilor pur profesionale sau tehnice, persoanele sunt învestite şi cu funcții de ordin administrativ de dispoziție sau organizatorico-economic, în caz de primire a unui avantaj necuvenit ele pot fi trase la răspundere penală pentru infracțiunea prevăzută la art.187 C.pen.[16] (redacția anului 1961), de exemplu: medicul pentru luare de mită în legătură cu eliberarea certificatului de concediu medical sau pentru luare de mită atunci când participă în calitate de membru al Consiliului de expertiză medicală a vitalității; profesorii instituțiilor de învățământ pentru luare de mită la exercitarea funcțiilor ca membri ai comisiilor de examinare sau calificare”.[17]

Referindu-se la calificarea acțiunilor profesorilor, Ion Țurcan susține: „Îndeplinirea în timpul exercitării obligațiunilor a unor acțiuni, care pot aduce la unele consecințe cu caracter juridic, nu serveşte drept temei de recunoaştere a acesteia în calitate de persoană cu funcție de răspundere. În cazul de față, dacă vom stabili o legătură directă dependentă între nota cu care s-au apreciat cunoştințele elevului, studentului şi consecințele acestei aprecieri, care practic sunt în afara serviciului profesional al profesorului, vom lărgi neîntemeiat cercul de persoane care trebuie atribuite la categoria de persoane cu funcție de răspundere”.[18]

Adițional la care un şir de autori[19] remarcă că, la primirea examenelor, profesorii apreciază cunoştințele elevilor cu stabilirea unei note. Primirea examenelor, colocviilor intră în planul de învățământ, este o sarcină a profesorului, deci aceste acțiuni țin de atribuțiile lor profesionale. Recunoaşterea profesorilor care sunt membri ai consiliilor de examinare drept persoane cu funcție de răspundere când primesc examenele de admitere sau de absolvire a instituției de învățământ este o greşeală, deoarece profesorii care sunt membri ai comisiilor de examinare, adică cei care nemijlocit apreciază cunoştințele candidaților, nu fac altceva decât îşi realizează doar împuternicirile lor profesionale.[20]

Nu putem accepta aceste afirmații, din simplul considerent că, în pofida faptului că primirea examenelor şi colocviilor intră în atribuțiile de serviciu (profesionale), de decizia care va fi luată depinde producerea unor efecte juridice; astfel precum medicul, apreciind starea pacientului, eliberează în mod ilegal, contra plată, un certificat şi, respectiv, este tras la răspundere pentru corupere pasivă, în mod similar trebuie calificată şi fapta profesorului care apreciază cunoştințele studentului sau elevului sub influența unor foloase necuvenite.

Calitatea de persoană cu funcție de răspundere este mai evidentă în cazul în care profesorului îi sunt încredințate prin ordin în mod expres anumite atribuții de ordin administrativ de dispoziție sau organizatorico-economice. Plenul CSJ a Republicii Moldova, examinând recursul în anulare pe cauza nr.1r/a-13/2003 din 04.02.2003, l-a recunoscut pe P.G. ca fiind persoană cu funcție de răspundere, urmare a faptului că, în baza ordinului nr.101 al Direcției Generale de Învățământ, Tineret şi Sport Orhei din 02.06.2000, a fost numit în calitate de preşedinte al comisiei de examinare de la Centrul de bacalaureat al Liceului teoretic M.[21]

Însă, în cazul în care plata nedatorată este primită pentru înfăptuirea altor acțiuni ce nu produc efecte juridice, fapta urmează a fi calificată conform art.330 C.pen.

Judecătoria Supremă a Federației Ruse, examinând recursul profesorului universitar M., care a fost condamnat pentru luare de mită, a concluzionat că cet. M. în calitatea sa de profesor a fost abilitat cu dreptul de a primi examenele de la studenți. Nesusținerea de către student a examenului, adică primirea unei note negative atrage anumite consecințe juridice: studentul nu a fost admis la sesiunea următoare şi, drept consecință, a fost exmatriculat din universitate. Astfel, urmare a faptului că cet. M activa într-o instituție de învățămînt de stat, acesta a fost împuternicit cu atribuții administrative de dispoziție şi, respectiv, urmează a fi recunoscut în calitate de persoană cu funcție de răspundere.[22]

În această ordine de idei, N.Egorova consideră că activitatea profesorilor şi a medicilor, ar comporta *de facto* un caracter subfuncțional administrativ de dispoziție (субуправленческий), care în anumite si-

tuații poate să se transforme în funcții administrative de dispoziție, exprimate, spre exemplu, prin eliberarea ilegală a unui certificat medial, aceste acțiuni având incidență juridică asupra altei persoane.[23]

În ceea ce privește statutul juridic al avocaților, considerăm că aceștia nu sunt persoane cu funcție de răspundere, întrucât profesia de avocat este liberă și independentă, avocații exercitându-și profesia în nume propriu.

În conformitate cu prevederile alin.(1) art.1 al Legii Republicii Moldova „Cu privire la avocatură", nr.1260-XV din 19.07.2002[24], avocatura este o **instituție de drept independentă** a societății civile, menită să asigure, pe bază profesională, acordarea de asistență juridică calificată persoanelor fizice și juridice, în scopul apărării drepturilor, libertăților și intereselor lor legitime, precum și al asigurării accesului la înfăptuirea justiției.

Avocatul are statutul juridic de liber profesionist, care cuprinde drepturile și obligațiile stabilite de lege, acestea fiind destinate asigurării unei apărări libere a justițiabililor, fără vreo subordonare față de autoritatea publică. Angajarea avocatului se face de către justițiabili și, respectiv, în cadrul procesului îndeplinește funcția de mandatar al persoanelor care l-au angajat, având împuternicirea de a le reprezenta sau asista înaintea instanțelor de judecată.

Totodată, reieșind din prevederile alin.(2) art.335 C.pen., care prevede în calitate de agravantă abuzul de putere săvârșit de către „un notar, auditor sau avocat", concluzionăm că avocații au fost recunoscuți drept persoane care gestionează o organizație comercială, obștească sau altă organizație nestatală.

Un interes deosebit prezintă, de asemenea, elucidarea statutului juridic al notarilor, și în acest caz doctrina fiind pe poziții diferite față de calitatea lor.

În conformitate cu alin.(1) art.2 al Legii Republicii Moldova „Cu privire la notariat", nr.1453-XV din 08.11.2002[25] „notariatul este o **instituție publică de drept** abilitată să asigure, în condițiile legii, ocrotirea drepturilor și intereselor legale ale persoanelor și statului prin îndeplinirea de acte notariale în numele Republicii Moldova", iar în conformitate cu alin.(2) art.3, „actul notarial, purtând sigiliul și semnătura persoanei care desfășoară activitate notarială, este de autoritate publică, se prezumă legal și veridic și are forță probantă".

Anume pornind de la caracterul atribuțiilor pe care le înfăptuiește notarul și, respectiv statutul juridic al acestuia conferit de lege, în doctrina juridică până la moment nu s-a ajuns la un consens privind calitatea juridică a notarului. A.Basarab subliniază că în România se atestă o tendință de recunoaștere a subordonării de serviciu a notarului Ministerului de Justiție, iar ulterior – de a-l pune pe aceeași treaptă cu funcționarii publici.[26]

Recunoscând că notarul efectuează controlul asupra respectării legislației la înregistrarea actelor notariale, S.Bezusov menționează, însă, că aceste acțiuni sunt îndreptate spre protejarea intereselor legitime ale unei persoane concrete. Și anume în fața acestei persoane, nu însă a autorității publice, notarul poartă răspundere materială deplină. Notarului nu-i este caracteristică funcția controlului de stat pentru legalitate în interesele aparatului de stat, interesul lui îl constituie interesul patrimonial al multiplelor subiecte din circuitul civil, printre care se află și aparatul de stat, numai că fără careva avantaje ale reprezentanților aparatului în fața altor clienți.[27] Adițional la care I.Leș subliniază că notarul nu este o persoană cu funcție de răspundere, ci un subiect juridic specific, care se află în raporturi contractuale cu clienții săi și poartă răspundere materială contractuală în cazul neîndeplinirii obligațiilor sale.[28]

Pe aceeași poziție s-a situat și legiuitorul moldav. El a inclus notarii în categoria persoanelor care gestionează o organizație comercială, obștească sau altă organizație nestatală, indicând la alin.(2) art.335 C.pen., în calitate de agravantă, abuzul de putere săvârșit de către „un notar, auditor sau avocat".

Consemnând argumentele menționate, pornind, totuși, de la conținutul normativ al activității notariale și sarcinile puse în fața acestuia, susținem poziția conform căreia notarul are statut de persoană cu funcție de răspundere, fiind benefică operarea de către legiuitor a modificărilor corespunzătoare în Codul penal.

Iu.Filimonov remarcă: „Activitatea notarială poartă caracterul autorității de stat, iar subiectele ei principale, notarii, indiferent de tipul lor din punctul de vedere al legii penale, sunt obiectiv persoane cu funcție de răspundere...Activitatea particulară desfășurată de notar în anumită măsură prezintă o formă transformată a serviciului de stat".[29]

Având în vedere că legislația nu conferă notarului, în mod expres, calitatea de persoană cu funcție de răspundere, E.Constantinescu consideră că legiuitorul trebuie să introducă modificările corespunzătoare privind statutul juridic al notarului, ca persoană cu funcție de răspundere, în argumentarea celor invocate servind caracteristicile definitorii ale notarului:

1) notarul – purtător al funcției autorității publice;

2) notarul – persoană care desfășoară importante acțiuni juridice conform unei competențe speciale;

3) pregătirea profesională obligatorie a notarului.[30]

Generalizând cele expuse, concluzionăm că legislația noastră penală nu acoperă pe deplin cercul de persoane implicate în faptele de corupție, o soluție fiind completarea art.123 C.pen. cu un nou alineat care ar prevederea că sunt asimilați cu persoanele cu funcție de răspundere notarii, medicii şi profesorii.

Note:

[1] Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova „Cu privire la judecarea de către instanțele judecătoreşti a plângerilor declarate împotriva actelor nelegitime ale organelor administrației publice şi ale persoanelor cu funcții de răspundere ce lezează drepturile cetățenilor", nr.6 din 23.02.1998 // Culegere de hotărâri explicative, 2000, p.192.

[2] *A se vedea:* А.Светлов. *Ответственность за должностные преступления.* – Киев: Наукова Думка, 1978, p.116.

[3] *A se vedea:* Б.Здравомыслов. *Должностные преступления. Понятие и квалификация.* – Москва: Юридическая литература, 1975, p.34-35.

[4] *A se vedea:* D.Ciuncan. *Jurisprudență şi doctrină penală în materia corupției.* – Bucureşti: Lumina LEX, 2004, p.463.

[5] Codul penal al Republicii Moldova, adoptat prin Legea nr.985-XV din 18.04.2002 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2002, nr.128-129.

[6] *A se vedea:* М.Лысов. *Ответственность должностных лиц по советскому уголовному праву.* – Казань, 1972, p.130.

[7] *A se vedea:* А.Квициния. *Взяточничество и борьба с ним.* – Сухуми: Алатара, 1980, p.56-57.

[8] *A se vedea:* T.Mreju. *Infracțiuni de corupție.* – Bucureşti: ALL Beck, 2000, p.11.

[9] *A se vedea:* C.Sima. *Codul penal adnotat.* – Bucureşti: Lumina LEX, 2001, p.679.

[10] *Ibidem,* p.680.

[11] V.Nicolcescu. *Ultraj. Medic, subiect al infracțiunii* // Dreptul, 2003, nr.3, p.162.

[12] Codul penal al Republicii Islamice Mauritania din 09.07.1983 // Jurnalul Oficial al Republicii Islamice Mauritania, 1984, nr. 608-609.

[13] *A se vedea:* Н.Кадников. *Квалификация преступлений и вопросы судебного толкования.* – Москва: Норма, 2003, p.136.

[14] *A se vedea:* V.Zubco. *Jurisprudența privind infracțiunile de corupție.* – Chişinău: Ulysse, 2003, p.17.

[15] Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova pe cauza nr.4-1re-222/2006 din 27.11.2006.

[16] Codul penal al RSSM adoptat prin Legea din 24.03.1961 // Veştile RSSM, 1961, nr.10.

[17] Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.6 din 23.02.1998; Постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь «О судебной практике по делам о злоупотреблении властью или служебным положением», №4 от 04.06.1993 // Судовы Вестник, 1993, nr.3.

[18] I.Țurcanu. *Cu privire la conținutul noțiunii „persoană cu funcție de răspundere"* // Analele Ştiințifice ale USM: Facultatea de Drept, 1999, nr.2, p.83.

[19] *A se vedea:* M.Avram, V.Gurin. *Depistarea, cercetarea şi calificarea infracțiunilor de corupție.* – Chişinău: ARC, 2005, p.161.

[20] *Ibidem*.

[21] Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova pe cauza nr.1r/a-13/2003 din 04.02.2003.

[22] Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ по делу М. // Бюллетень Верховного Суда РФ, 1999, nr.7.

[23] Н.Егорова. *Служащий как специальный субъект преступления в уголовном праве России* // Уголовное право, 2004, nr.2, p.26.

[24] Legea Republicii Moldova cu privire la avocatură, nr.1260-XV din 19.07.2002 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2002, nr.126-127/1001.

[25] Legea Republicii Moldova cu privire la notariat, nr.1453-XV din 08.11.2002 // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2002, nr.154-157/1209.

[26] A.Basarab. *Discuții în legătură cu interpretarea şi aplicarea în practică a unor prevederi din Legea nr.36/1993 privitoare la notarii publici şi activitatea notarială* // Dreptul, 1996, nr.9, p.65.

[27] С.Безусов. *Частный нотариус – не должностное лицо* // Российская юстиция, 1997, nr.5, p.32.

[28] I.Leş. *Răspunderea juridică a notarilor publici* // Dreptul, 1997, nr.9, p.45.

[29] Ю.Филимонов. *Нотариус – лицо должностное* // Российская юстиция, 1996, nr.9, p.31.

[30] E.Constantinescu, O.Xenzova. *Notarul – persoană cu funcție de răspundere?* // Legea şi Viață, 1998, nr.5, p.31.

CARACTERELE JURIDICE ALE TRANSMITERII MOŞTENIRII: PROBLEME ŞI SUGESTII

Oxana ROBU,
doctorand

Recenzent: ***Cheorghe CHIBAC,***
doctor în drept, profesor universitar (USM)

SUMMARY

The actuality of the problems of inheritance is determined by the process of positive changes in all domains of social and economic life, by the denial of socialist concepts and dogmas, which determined the way of life of Moldavian citizens for a period that lasted more than half a century.

This article analyzes profoundly the legal characteristics of inheritance, identifies the problems regarding inheritance and gives solutions to these problems.

Actualitatea problemelor succesorale este condiționată de procesul transformărilor pozitive din toate domeniile vieții sociale şi economice, de renunțul la dogmele concepțiilor socialiste, care au determinat modul de viață al cetățenilor Republicii Moldova pe o perioadă cuprinzând mai mult de jumătate de secol. Moştenirea, izvorâtă dintr-o necesitate obiectivă, fiind în dependență directă de formele de proprietate, de relațiile de producție ale sistemului economic al statului şi abordând interesele unor păturI largi ale populației, a fost şi rămâne cea mai importantă verigă a vieții sociale.

Până la adoptarea noului Cod civil al Republicii Moldova noțiunea de moştenire nu a fost definită. Astfel, în tăcerea legii, în literatura de specialitate moştenirea a fost definită ca fiind transmisiunea patrimoniului unei persoane fizice decedate către una sau mai multe persoane în viață.[1]

Succesiunea este trecerea gratuită în proprietatea unei persoane fizice, juridice sau în proprietatea statului a unor bunuri care nu au fost dobândite prin muncă, tranzacții sau alte mijloace, ci numai în baza drepturilor de succesori. La alin.(1) art.1432 C.civ. RM moştenirea este definită ca fiind transmisiunea patrimoniului unei persoane fizice decedate (cel ce a lăsat moştenirea) către succesorii săi.

După cum rezultă din definiția dată moştenirii, transmiterea patrimoniului unei persoane fizice decedate către una sau mai multe persoane în ființă are anumite particularități, care o deosebesc de celelalte moduri de transmitere a drepturilor şi obligațiilor cunoscute dreptului civil.

Transmiterea patrimoniului prin moştenire, reglementată de lege, este un efect al raporturilor de familie. În cazul în care statul culege patrimoniul „*de cujusului*", această transmitere nu se produce în puterea unui drept de moştenire propriu-zis, ci în puterea dreptului inerent puterilor statului de a absorbi în imperiul său o moştenire, ci dezerență, adică lipsă de moştenire.[2]

Patrimoniul unei persoane nu pierde prin moarte caracterul său de universalitate juridică, ci se transmite ca atare sub denumire de moştenire sau de succesiune (universală) către acel sau acei care, fie în puterea legii, fie prin voința titularului, sunt chemați a-l culege. Când sînt mai mulți chemați, transmiterea patrimoniului se operează în stare de indiviziune şi această stare subzistă până la împărțeala intervenită între succesori, afară de cazul când, prin o aşa-numită împărțeală de ascendent, „*de cujusul"* făcuse prin anticipație, prin donație sau prin testament, împărțeala bunurilor sale. Prin excepție de la principiul transmisiei patrimoniului în stare de indiviziune, creanțele şi obligațiunile defunctului, întrucât vizează raporturile dintre succesori şi creditori sau debitorii „*de cujusului*", sînt privite ca de drept împărțite între succesori din ziua deschiderii moştenirii.

Cu deosebire de dreptul roman, în care predomină ideea individualistă de transmitere a patrimoniului în puterea voinței titularului şi în care legea nu intervenea decât în cazurile în care această voință nu era exprimată în chip valabil, în sistemul legii noastre actuale a predominat ideea de coproprietate familială luată din obiceiurile germane, după care transmiterea patrimoniului, în scop de conservare a bunurilor în familie, se operează în principal în puterea legii. În înțelesul că moştenirea „*ab intestat*" are precădere înaintea succesiunii testamentare, în aşa chip încît testamentele şi donațiile sînt privite şi reglementate de legiutor ca o derogație, supusă unor reguli restrictive de la principiul transmisiei bunurilor în ordinea succesorală determinată de lege. În acest sistem, moştenitorii, în înțelesul de continuatori ai personalității juridice a autorului din punct de vedere patrimonial, sunt propriu-zis numai moştenitorii „*ab intestat*" legitimi, adică aceia chemați prin voia legii în calitatea lor de rude ale defunctului. Ceilalți, fie succesori „*ab intestat*" neregulați, fie succesori testamentari, deşi succed la patrimoniul privit ca universalitate, nu sunt totuşi decât succesori la bunuri, în înțelesul că

personalitatea autorului din punct de vedere patrimonial nu se confundă cu personalitatea succesorului şi nu se absoarbe în ea. Această distincție, ce prezintă interes, mai cu seamă prin faptul că priveşte transmiterea pasivului moştenirii care se operează nelimitat (*ultra vires bonorum*) numai în persoana moştenitorilor „*ab intestat*" legitimi, e mai mult doctrinară decât reală, deoarece prin aşa-numitul beneficiu de inventar şi moştenitorii au putința de a împiedica absorbțiunea patrimoniului autorului în patrimoniile lor proprii, întrucât priveşte obligația la plata datoriilor.[3]

Transmiterea unui patrimoniu, fie în întregime către unicul succesor chemat, fie în fracțiuni când sunt mai mulți chemați – transmitere în ambele ipoteze propriuzise universală, pentru că în mod direct şi imediat ea are drept obiect nu bunuri specific determinate, ci o universalitate de drepturi şi obligații privite din punctul de vedere al valorii lor economice, – o asemenea transmitere dă neapărat loc la două întrebări, care nu corespund cu două drepturi deosebite, dar care sunt două fețe ale unui şi aceluiaşi drept succesoral.

Prima întrebare contă în a şti care este situația celui chemat sau a celor chemați față de universalitatea transmisă; în alți termeni – cum şi când se operează transmiterea patrimoniului defunctului în patrimoniul succesoral şi în ce fel se poate manifesta cu privire la această transmitere voința celui chemat.

A doua întrebare constă în a şti care este efectul acestei transmiteri, întrucât priveşte exercițiul drepturilor şi acțiunilor cuprinse în patrimoniul transmis şi corespunde cu raporturile pe care „*de cujusul*" le avea cu alte persoane, şi de când şi sub ce condiții chematul, în persoana căruia transmiterea patrimoniului s-a produs, va avea exercițiul de fapt al acelor drepturi şi acțiuni.

Din definiția dată moştenirii mai sus şi din conținutul prevederilor art.1432 alin.(2) C.civ. RM rezultă caracterele juridice ale transmisiunii succesorale, şi anume:

✓transmiterea moştenirii este o transmisiune pentru cauză de moarte;

✓transmiterea moştenirii este o transmisiune universală;

✓transmiterea moştenirii este o transmisiune unitară;

✓transmiterea moştenirii este o transmisiune indivizibilă.

1. Transmiterea moştenirii este o transmisiune pentru cauză de moarte (mortis cauza). Articolul 1440 C.civ. RM prevede că succesiunea se deschide în urma decesului persoanei fizice sau declarării morții ei de către instanța de judecată. Transmiterea pentru cauză de moarte se deosebeşte de transmisiunea prin acte între vii, prin însuşi faptul morții. Încetarea din viață a unei persoane poate fi fizic constatată ori judecătoreşte declarată[4], avându-se în vedere faptul că moartea declarată produce aceleaşi efecte ca şi moartea fizic constatată (art.52 alin.(4) C.civ. RM – declararea decesului produce efecte juridice ca şi decesul fizic constatat). Deci, transmiterea patrimoniului în ansamblul său nu poate avea loc decât la decesul lui „ *de cujus*".

Faptul morții unei persoane fizice determină dispariția acesteia ca subiect de drept, dar patrimoniul ei, care continuă să ființeze, se transmite, după anumite reguli, fie unor alte persoane fizice, fie unor persoane juridice, fie statului. O persoană juridică sau statul poate avea calitatea de moştenitor testamentar al unei persoane fizice, dobândind universalitatea sau o fracțiune dintr-un patrimoniu ori bunuri determinate. În acest sens, succesiunea este o transmisiune specifică, ea se delimitează net de toate celelalte transmisiuni patrimoniale, care nu se pot realiza decât între persoane în ființă la data când survin.

Prin urmare, normele dreptului succesoral sunt aplicabile doar în cazul decesului persoanei fizice, nu şi în cazul dizolvării persoanelor juridice. Normele care reglementează transmisiunea succesorală sunt, în principiu, aplicabile şi persoanelor juridice sau statului, în cazurile şi în măsura în care ei se prezintă în calitate de dobânditori ai patrimoniului sau ai unor bunuri din patrimoniul persoanei fizice decedate.

2. Transmisiunea moştenirii este o transmisiune universală, deoarece are ca obiect patrimoniul defunctului privit ca o universalitate juridică (adică totalitatea drepturilor şi obligațiilor cu valoare economică şi care au aparținut defunctului).[5] Deosebirile față de transmisiunile între vii sunt evidente. Astfel, „în timp ce transmisiunea pentru cauză de moarte are în vedere întregul patrimoniu sau o fracțiune din acesta, transmisiunea între vii are ca obiect doar bunuri singulare". O persoană fizică în viață nu-şi poate transmite integral patrimoniul său către o altă persoană; o asemenea transmisiune va putea avea loc numai prin efectul morții.

După cum am menționat, obiectul transmiterii moştenirii îl formează patrimoniul celui decedat în totalitate sau o fracțiune a acestuia, ca universalitate juridică, adică totalitatea drepturilor şi obligațiilor care au valoare economică şi care au aparținut persoanei decedate (art.1444 C.civ. RM). Astfel spus, transmiterea moştenirii poartă asupra unei universalități de bunuri sau asupra unei cote-părți din această universalitate şi nu asupra unui bun specific determinat, ca în cazul transmisiunii prin acte juridice între vii. La transmisiunea „*mortis cauza*" şi universală, odată cu activul se transmite şi pasivul moştenirii, adică patrimoniul în integritatea lui.[6]

Drepturile şi obligaţiile nepatrimoniale, în principiu, nu se transmit prin moştenire. Spunem în principiu, deoarece moştenitorii vor dobândi dreptul de protecţie a inviolabilităţii operei, de a autoriza publicarea ei, precum şi dreptul de a obţine brevet asupra invenţiei (alin. (9) pct.69) al Hotărârii Plenului CSJ „Cu privire la practica aplicării de către instanţele judecătoreşti a legislaţiei la examinarea cauzelor despre succesiune" nr.13 din 03.10.2005).[7]

Tot astfel, nu se transmit prin moştenire (art.1446 C.civ. RM):

– drepturile patrimoniale, care se sting la moartea titularului, întrucât au caracter viager sau sunt contractate ori născute (de exemplu, dreptul la pensie);

– obligaţiile patrimoniale legate de o calitate personală a defunctului (de exemplu, dreptul de uz sau de abitaţie, creanţa de întreţinere prevăzută de lege în consideraţia calităţii personale a defunctului) şi cele născute din contracte încheiate (de exemplu, obligaţiile antreprenorului).

Deşi legislaţia noastră admite transmiterea patrimoniului atât prin acte între vii (art.673 C.civ. RM), cât şi prin acte pentru cauză de moarte, considerăm că unicul domeniu de aplicare a contractului de transmitere a patrimoniului actual este cel al înstrăinării unei moşteniri sau a unei porţiuni din ea.

La acest capitol trebuie de precizat că, aşa cum susţin unii autori[8], la care ne raliem, atunci când un moştenitor vinde moştenirea, contractul va avea ca obiect dreptul de moştenire privit izolat, deşi acest drept priveşte o universalitate sau o cotă indiviză din aceasta.

Pe de altă parte, în dreptul nostru, transmisiunea prin acte între vii nu poate avea ca obiect un patrimoniu. Din acest motiv, cât timp titularul trăieşte, patrimoniul lui nu poate fi transmis altei persoane, actele încheiate de titular putând avea ca obiect numai drepturi privite izolat. După moarte, încetînd personalitatea titularului, devine posibilă transmiterea patrimoniului defunctului asupra unei sau a unor persoane în viaţă.[9]

Principiul universalităţii transmiterii succesorale operează nu doar atunci când moştenitorul sau moştenitorii au vocaţie universală, dar şi atunci când au o vocaţie cu titlu universal. În situaţia în care nu sunt moştenitori legali rezervatari, este posibil ca întreaga moştenire să fie culeasă de moştenitorii testamentari cu titlu universal. De exemplu, doi moştenitori testamantari au vocaţie la câte o doime din moştenire, deci cu titlu universal. Bineînţeles, şi în acest caz transmisiunea este universală, în sensul că moştenirea lăsată de defunct se transmite la succesori ca universalitate juridică şi, în ultima instanţă, ea trebuie să fie în integritate dobândită de moştenitori. Faptul că prin testament se pot institui moştenitori testamentari cătora li se transmit bunuri singulare, sau legatari cărora li se transmit bunuri privite „*ut singuli*" nu este în măsură să contrazică universalitatea transmisiunii succesorale, deoarece chiar în prezenţa unor astfel de legate sau dispoziţii testamentare, chiar dacă ele epuizează activul succesoral, cineva (moştenitori legali, moştenitori testamentari universali sau cu titlu universal) are totuşi vocaţie la universalitatea succesorală.

3. Moştenirea este o transmisiune unitară, întrucât patrimoniul este privit ca un tot unitar, adică nefracţionat. Transmisiunea acestuia prin succesiune se realizează de asemenea în mod unitar, adică după aceleaşi reguli, fără a se face vreo distincţie între bunurile succesorale după natura ori provenienţa acestora.[10]

Caracterul unitar al transmiterii moştenirii subzistă şi în cazul în care cel despre a cărui moştenire este vorba a dispus prin testament de o parte din bunurile sale pentru timpul când nu va mai fi în viaţă, restul bunurilor deferindu-se potrivit regulilor devoluţiunii succesorale legale.

Succesiunea legală poate coexista cu succesiunea testamentară, fără a se putea vorbi despre o derogare de la caracterul unitar al transmisiunii succesorale.

De la regula unităţii transmisiunii succesorale există unele excepţii, când transmiterea unor bunuri şi drepturi este dirijată de alte reguli speciale. Astfel de excepţii sunt întâlnite în următoarele cazuri:

✓în cazul când „*de cujusul*" este cetăţean al Republicii Moldova având bunuri situate în străinătate, sau un străin având bunuri situate în Republica Moldova. În ce priveşte imobilele, succesiunea va fi reglementată de legea locului unde sunt situate acestea, iar în ce priveşte bunurile mobile – de legea naţională a lui „*de cujus*"[11];

✓prin voinţa lui „*de cujus*", este posibil ca moştenirea să fie împărţită în mai multe mase de bunuri, după natura lor. Cel despre a cărui moştenire este vorba poate dispune ca bunurile mobile să fie atribuite unor succesori, iar imobilele – altor succesori;

✓în cazul transmiterii succesorale a drepturilor patrimoniale de autor nu se vor aplica normele de drept comun privind moştenirea, ci se vor aplica normele speciale privitoare la dreptul de autor.

Principiul potrivit căruia moştenirea alcătuieşte o singură masă succesorală a fost creat de juriştii romani. Feudalismul a negat acest principiu pentru raţiuni de ordin economic şi politic. Astfel, în orânduirea feudală bunurile succesorale erau atribuite în funcţie de natura şi originea lor. Practic, existau trei moşteniri:

a) bunurile dobândite altfel decât prin succesiune. Acestea erau atribuite celor mai apropiate rude;

b) bunurile dobândite prin succesiune (bunuri proprii sau de baştină). Acestea erau atribuite rudelor aparţinând liniei din care bunurile proveneau – *paterna paternis, materna maternis;*

c) bunurile nobiliare. Acestea se atribuiau primului născut de sex bărbătesc, potrivit privilegiului de masculinitate şi de primogenitură.

Principiul unității transmisiunii succesorale a fost restabilit de către legiuitorul burghez[12] şi în prezent guvernează dreptul succesoral al României.

În ce priveşte dreptul Republicii Moldova, bunurile succesorale sunt atribuite, în mare parte, în funcție de natura lor. În acest sens, putem afirma că legiuitorul sovietic pentru rațiuni de ordin economic şi politic a reînviat modul de atribuire a patrimoniului succesoral, cunoscut în feudalism.

Litigiul apărut între moştenitori referitor la bunurile ce urmează a fi incluse în componența obiectelor de uz casnic şi consum personal se soluționează de către instanța de judecată ținându-se cont de circumstanțele cauzei, precum şi de obiceiurile locale. Totodată, este necesar a se ține cont de faptul că obiectele de anticariat, precum şi cele ce prezintă o valoare artistică, istorică ori de altă natură nu pot fi recunoscute obiecte de uz casnic şi consum personal, indiferent de desitinația lor. Pentru clarificarea valorii artistice, istorice sau de altă natură a obiectelor în privința cărora s-a iscat conflictul instanța de judecată poate dispune o expertiză respectivă.

Concepția ce domină dreptul modern şi vizează caracterul unitar al transmisiunii succesiunii este opusă concepției dreptului medieval, care, în ideea conservării bunurilor în aceeaşi familie, făcea distincție între bunurile proprii, pe de o parte, şi bunurile achizite, pe de altă parte. Bunurile proprii erau imobilele primite de defunct de la antecesorii săi (considerate elementul de bază al averii familiei), iar bunurile achizite erau bunurile dobândite de defunct în timpul vieții sale, cărora le erau asimilate mobilele, considerate bunuri fără importanță.[13]

Reprezentând un element stabil al patrimoniului şi permițând menținerea prestigiului numelui, bunurile proprii erau rezervate familiei. În lipsă de descendenți, în funcție de provenienția lor, bunurile proprii reveneau liniei materne sau liniei parene.[14]

Din cele relatate mai sus constatăm că moştenirea este o transmisiune unitară, deoarece transmiterea patrimoniului prin succesiune se face după aceleaşi reguli, fără careva distincție după natura şi provenienția bunurilor succesorale.

4. Transmiterea moştenirii este o transmisiune indivizibilă. Datorită anume acestui caracter al transmisiunii succesorale, în cazul existenței mai multor moştenitori şi dacă unul sau unii dintre ei renunță la moştenire, sau este nedemn, sau în cazul ineficacității unor legate, aceasta va profita celorlalți succesibili în virtutea dreptului de acrescământ.

Ca o consecință a caracterului indivizibil al patrimoniului, şi transmisiunea succesorală este indivizibilă, în sensul că nu poate avea loc o acceptare sau o renunțare parțială la o moştenire. Prin excepție de la acest caracter, moştenitorul chemat la moştenirea mai multor cote succesorale în temeiuri diferite poate accepta o cotă şi poate renunța la alta (alin.(1) art.1528 C.civ. RM).

Dacă moştenitorul renunță la moştenire, dar nu declară în favoarea cui renunță, cota lui majorează cota moştenitorilor chemați la succesiune legală (acrescământ).

Acest caracter explică de ce, în cazul renunțării la moştenire de către unul sau mai mulți moştenitori, precum şi în cazul nedemnității ori ineficacității testamentelor, partea din moştenire care li se cuvenea va reveni moştenitorilor acceptanți în temeiul dreptului de acrescământ.

Note:

[1] *A se vedea:* M.Eliescu. *Moştenirea şi devoluțiunea ei în dreptul RSR.* – Bucureşti: Editura Academiei, 1966, p.5.

[2] *A se vedea:* M.Cantacuzino. *Elementele dreptului civil /* Ediție îngrijită de Gabriela Bucur, Marian Florescu. – Timişoara: ALL Educațional, 1998, p.205.

[3] *Ibidem,* p.217.

[4] *A se vedea:* T.Pop. *Drept civil român, persoanele fizice şi juridice*. – Bucureşti: Lumina LEX, 1994, p.36.

[5] *A se vedea:* D.Lupulescu. *Drept civil. Drepturile reale principale*. – Bucureşti: Lumina LEX, 2002, p.4; I.Micescu. *Curs de drept civil*. – Bucureşti: Editura Ştiințifică şi Enciclopedică, 2000, p.196; C.Bîrsan. *Drept civil. Drepturile reale principale*. – Bucureşti: Editura Ştiințifică, 2001, p.6; C.Hamangiu, I.Rosseti-Bălănescu, Al.Băiconeanu. *Tratat de drept civil român.* Vol.III, reeditat. – Bucureşti: Chemarea, 1996, p.522; I.Filipescu. *Drept civil. Dreptul de proprietate şi alte drepturi reale*. – Bucureşti: All, 1999, p.9.

[6] *A se vedea:* D.Chirică. *Drept civil. Succesiuni şi testamente.* – Bucureşti: Rosetii, 2003, p.6.

[7] Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republici Moldova „Cu privire la practica aplicării de către instanțele judecătoreşti a legislației la examinarea cauzelor despre succesiune" nr.13 din 03.10.2005 // Buletinul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, 2006, nr.5, p.5.

[8] *A se vedea:* F.Deak. *Tratat de drept succesoral.* – Bucureşti: Actami, 1999, p.15.

[9] *Ibidem,* p.12.

[10] *A se vedea:* D.Chirică. *Drept civil. Succesiuni şi testamente.* – Bucureşti: Rosetii, 2003, p.7.

[11] Hotarârea Curții Constituționale nr.29 din 27 octombrie 1997 privind controlul constituționalității articolului 4 alineatul 4 şi articolului 12 alineatul 4 Cod Funciar al Republicii Moldova // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1997, nr.76.

[12] *A se vedea:* M.Eliescu. *Moştenirea şi devoluțiunea ei în dreptul RSR,* p.51.

[13] *A se vedea:* D.Chirică. *Drept civil. Succesiuni şi testamente,* p.31.

[14] *A se vedea:* F.Terre, Y.Lequette. *Droit civil. Les succesions. Les liberalites*. – Paris, 1997, p.11.

NATURA JURIDICĂ A ACCEPTĂRII OFERTEI

Ion BÎTCĂ,
doctorand

SUMMARY

In the doctrine of specialty there have been outlined three theories concerning the juridical nature of accepting an offer. In a bonus theory the acceptance represents a juridical action. It has been reasoned that this declaration of will is not subject of notification. Only in this way one can explain why the tacit acceptance, or in some cases, the implementation of the offer produces juridical effects. Another proposed criterion is to determine the efficiency character of the acceptance – juridical or practical. The supporters of this theory declare that the acceptance is subordinated to an efficiency practice, the one to be known to the offerer, and not juridical on which the concluding of the contract depends. The contract can be implemented only if the offerer gets to know of the acceptance. According to another theory acceptance is a subjective right, part of the category of subjective rights and would be considered to come into the accepter's patrimony by virtue of an accord carried out by emission of the offer. A critisizable solution, both by the hypothetic character of the realized accord and due to the fact that the offerer cannot a passive subject in a potestative law. The third theory, I appropriate, is a unilateral act. The effects produced by acceptance are identical with those of the civil juridical act – birth, modification and extinction of juridical relations – respectively acts by which rights and obligations are transferred, acts of renunciation of rights and those of acceptance of rights and obligations. As well, being a declaration of will it can be vitiated, resulting in the nullity or anullability of the agreement, specific sanctions of juridical acts.

În doctrina de specialitate, efectele juridice ale acceptării ofertei au fost analizate diferențiat, acestea find determinate de teoriile îmbrățișate cu privire la natura juridică a acceptării. În prezent am identificat trei astfel de teorii: *acceptarea – fapt juridic; acceptarea – drept subiectiv; acceptarea – act juridic unilateral.*

1. Acceptarea – fapt juridic

Conform unor autori[1], în special celor care şi-au exprimat opiniile în legătură cu acest subiect în literatura de specialitate mai veche, acceptarea îmbracă forma faptului juridic. Potrivit lor, încheierea contractului reprezintă o tehnică legală, a cărei utilizare este lăsată la latitudinea voinței părților, nedeterminând prin ea însăşi efectele manifestării lor de voință. În susținerea acestei teorii, s-a afirmat că efectele unei astfel de manifestări de voință nu sunt în mod special dorite de autorul ei, ci sunt impuse de lege.[2]

Aşa cum se menționează în literatura de specialitate, acceptarea reprezintă cel de-al doilea element constitutiv al convenției. Analiza noțiunii de element al convenției este importantă prin consecințele pe care le antrenează asupra planului juridic al acceptării. În susținerea acestei teorii a fost invocată analiza uneia din condițiile de eficacitate a acceptării – notificarea ei.

S-a afirmat că accepterea ofertei reprezintă o voință dirijată[3], în sensul că aceasta îl va avea ca destinatar pe autorul ofertei declarate. Ea va stabili o relație interpersonală, de fapt, între autorul său şi destinatar.[4] Întrebarea este dacă această destinație a acceptării va reprezenta o condiție de valabilitate a ei sau va avea un caracter formal. Altfel spus: acceptarea va trebui notificată ofertantului sau va fi suficient ca ofertantul să ia cunoştință într-un mod sau altul de acceptare?

Potrivit unor autori, acceptarea este un act receptiv, în sensul că ea nu va fi eficace decât în măsura în care va fi adusă la cunoştința destinatarului său[5], fiind supusă notificării. Este necesar ca ofertantul să perceapă sau să sesizeze agrementul ofertei sale.[6] Susținătorii teoriei „acceptarea – fapt juridic" contrazic însă o astfel de analiză. Admiterea ei ar duce la refuzul a numeroase manifestări tacite ale acceptării, unele chiar reglementate legal, de exemplu mandatul tacit (art.35 alin.(2) C.fam.) sau orice altă manifestare tacită indirectă a voinței. Aceasta cu atât mai mult cu cât unul din autorii care susține notificarea acceptării recunoaşte că dacă acceptarea este tacită, ea va produce efecte fără necesitatea ca să fie notificată.[7] Aceeaşi situație se va impune şi în cazul în care destinatarul procedase la executarea ofertei.

În analiza acestei teorii, s-a propus o distincție asupra eficacității acceptării, identificându-se o eficacitate juridică şi una practică.[8] Eficacitatea juridică va fi cea care depinde de însăşi perfectarea actului (convenției), iar eficacitatea practică – cea care va fi condiționată de cunoaşterea faptului de acceptare. De exemplu, condițiile de eficacitate (juridică) a testamentului, în

caz de deces al testatorului, se vor aprecia din ziua încheierii lui, însă eficacitatea practică se subordonează cunoaşterii de către moştenitori a actului juridic. Până în acest moment punerea în execuție a dispozițiilor testamentare va fi imposibilă.

În cazul acceptării, eficacitatea ei juridică nu va fi condiționată de cunoaşterea acesteia de către destinatar, fiind suficient ca acceptarea să fie doar exprimată. Cunoaşterea acceptării de către ofertant nu reprezintă o condiție de valabilitate a ei.[9] Dimpotrivă, eficacitatea practică este subordonată cunoaşterii, în sensul că acest contract nu va putea fi executat de ofertant decât dacă aceptarea i-a fost comunicată.

Ca exepție, notificarea va fi obligatorie în cazul în care ofertantul stabileşte un termen pentru acceptare, manifestându-şi astfel voința de a fi informat asupra acceptării, în cazul ofertei *intuitu persoane,* care implică o apreciere subiectivă din partea ofertantului, sau în cazul ofertei făcute unor persoane nedeterminate, prin incertitudinea pe care o creează asupra relațiilor interpersonale realizate prin emiterea ofertei.[10]

În concluzie, aceşti autori sugerează, prin prisma neobligativității notificării acceptării şi a recunoaşterii doar a eficacității ei practice, natura juridică a acceptării – fapt juridic.

2. Acceptarea – drept potestativ

Nu există nici o îndoială că acceptarea destinatarului transformă situația juridică a ofertantului, devenind parte într-un raport contractual. Acest efect al acceptării a determinat mulți autori să introducă dreptul de a accepta în categoria drepturilor potestative.[11] În opinia lor, având în vedere că drepturile potestative sunt drepturi subiective, va trebui să recunoaştem că acceptarea are natura juridică a dreptului subiectiv. Cum poate fi explicată prezența dreptului subiectiv în patrimoniul acceptantului? Soluția ar fi să admitem că emiterea ofertei are ca efect naşterea dreptului subiectiv în patrimoniul acceptantului, sursa potestativității aflându-se direct în oferta emisă de ofertant. Astfel, va trebui să admitem că între ofertă şi acceptare s-a realizat un raport juridic prin încheierea unui contract tacit.[12] Deci, am putea susține că dreptul potestativ de acceptare este transmis în patrimoniul acceptantului prin intermediul acestui acord. O astfel de construcție nu va putea fi acceptată. Realizarea acordului de voință presupune existența a cel puțin două părți. În cazul ofertei suntem în prezența unei singure părți, chiar dacă cealaltă parte este nedeterminată; încheierea acordului între ele este numai ipotetică.

Problema naturii juridice a acceptării rămâne în definitiv la distingerea dintre dreptul subiectiv şi libertate. Astfel, acceptarea va fi analizată ca exercițiul unei libertăți – de a contracta – neputând să decurgă dintr-un drept subiectiv.[13] Agreând oferta, acceptantul va căuta mai puțin să-şi satisfacă un interes legitim decât să acceadă în mod liber la o sferă contractuală.[14] Facultatea de a forma un contract prin acceptarea unei oferte este recunoscută şi atribuită în mod egal tuturor, fără restricții de ordin public, ceea ce este incompatibil cu dreptul subiectiv.[15] De asemenea, şi situația ofertantului se distinge de cea a subiectului pasiv dintr-un drept potestativ, deoarece acesta îşi găseşte fundamentul său nu într-un raport de drept potestativ, ci în expresia unei libertăți.[16] Emiterea unei oferte de a contracta lasă intactă sfera juridică a destinatarului, ea influențând doar situația juridică a autorului său. El se expune să devină parte într-un raport juridic contractual dacă destinatarul acceptă oferta. Astfel, el se implică într-un raport contractual în mod voluntar, distinct de cel al subiectului pasiv dintr-un drept potestativ, însă suficient pentru a face din acceptare un act potestativ.[17]

3. Acceptarea – act juridic unilateral

Dacă este imposibil să vedem în acceptare un fapt juridic sau un drept potestativ, punerea sa în acțiune influențează incontestabil sfera juridică a ofertantului, având drept consecințe stabilirea unui raport juridic contractual.

Din analiza conținutului acceptării reiese că aceasta este o manifestare de voință, manifestare făcută cu intenția de a produce efecte juridice (constând în drepturi şi obligații pe care le va avea atât înainte ca acceptarea să ajungă la ofertant, cât şi după acest moment), care reprezintă naşterea, modificarea sau stingerea raportului juridic contractual. Regulile privind condițiile de validitate a acceptării, cele privitoare la elementele esențiale, precum şi efectele generale pe care aceasta le poate produce*, sugerează ideea că acceptarea îmbracă forma actului juridic unilateral.

În primul rând, acceptarea reprezintă o manifestare de voință a acceptantului constând în aducerea la cunoştința ofertantului sau a reprezentantului lui, dacă este cazul, a acordului de a încheia contratul. Aducerea la cunoştință poate fi realizată sub orice formă, expresă sau tacită, dacă din conținutul ofertei nu reiese altfel. În caz contrar, forma şi modalitatea cerută va trebui să fie corespunzătoare cerințelor. În al doilea rând, manifestarea acceptării se va face întotdeauna cu intenția de a produce efecte juridice. Lipsa intenției sau vicierea ei va atrage anularea sau nulitatea raportuli juridic format, iar în unele cazuri (atunci când lipseşte angajamentul juridic) – imposibilitatea formării lui, efecte ce sunt specifice actului juridic.

* În Codul civil român acestea sunt stabilite numai în legătură cu forma bilaterală a actului.

În final, acceptarea este făcută în scopul producerii unor efecte juridice. Din punctul de vedere al efectelor pe care le produce, actele acceptării pot fi grupate în:

1. *Acte prin care se transferă drepturi şi obligaţii*. În cazul unei oferte de cumpărare dreptul real asupra bunului se transmite ofertantului prin acceptarea destinatarului, sau în cazul unei oferte de vânzare – asupra unei sume de bani livrate de acceptant. În cazul transmiterii obligaţiilor, cele mai reprezentative sunt obligaţiile *proptem rem* şi *scriptem rem*. În primul caz, prin acceptarea unei oferte de cumpărare a unui imobil închiriat acceptantul transmite şi obligaţia pe care el o avea noului proprietar (cumpărător) – de a menţine contractul de închiriere încheiat între chiriaşi şi acceptant până la expirarea lui, cu excepţia cazului în care în contractul iniţial nu a fost prevăzută o clauză contractuală. În cazul obligaţiilor *scriptem rem*, de asemenea, în prezenţa unei oferte de cumpărare, acceptantul transmite obligaţia de a face toate cele necesare pentru folosirea în condiţii normale a fondului aservit ofertantului.

2. *Acte prin care se renunţă la anumite drepturi*. Acceptarea renunţării la anumite drepturi are deseori ca urmare stingerea de raporturi civile (de exemplu, acceptarea de a renunţa la un drept de uzufruct, servitute, renunţarea la moştenire). Dacă renunţarea nu se referă la însuşi dreptul ce formează conţinitul unui raport juridic, actul unilateral de renunţare va avea ca efect nu stingerea raportului juridic, ci, dimpotrivă, confirmarea sau consolidarea lui, de exemplu: manifestarea de voinţă a moştenitorului de a refuza, facultatea de a renunţa la succesiune sau de a o accepta sub beneficiu de inventar.*

Acceptarea renunţării la un drept poate rezulta dintr-un act de voinţă unilateral doar dacă renunţarea este un act pur abdicativ. Ceea ce înseamnă că el trebue să dorească scoaterea acelui drept din sfera sa juridică, fără a voi prin această renunţare să modifice situaţia patrimonială a unei alte persoane, creându-i avantaje sau dezavantaje acesteia din urmă. Dacă cel ce acceptă să renunţe la un drept doreşte ca de actul său să profite o altă persoană, renunţarea nu mai este pur abdicativă, ci un act translativ.[18]

3. *Acte prin care se acceptă drepturi şi obligaţii*. Sunt acceptări prin care autorul aderă voluntar la un raport juridic deja format, fie în temeiul unei dispoziţii legale, fie ca urmare a unui fapt sau act juridic. Efectul unei astfel de acceptări constă în modificarea unui raport juridic deja format, de exemplu: ratificarea actului încheiat în numele unei persoane fără împuternicire din partea acesteia.

* Aceasta deoarece în sistemul românesc succesoral patrimoniul defunctului trece asupra succesorilor (moştenitori sau legatari unversali sau cu titlu universal) chiar din momentul deschiderii succesiunii, fără a fi necesară o manifestare expresă a succesorilor, dar cu posibilitatea de a renunţa sau de a accepta moştenirea sub beneficiu de inventar; S.Brădeanu. *Voinţa unilaterală ca izvor de obligaţii civile //* RRD, 1972, nr.5, p.35.

Note:

[1] *A se vedea:* J.-L. Aubert. *Notions et roles de l'ofre et de l'acceptation dans la formation du contrat.* – Paris, 1970, p.301-307; M.Durma. *La notification de la volonté. Rôle de la notification dans la formation des actes juridicues:* Theses. – Paris, 1930, nr.90, p.113-114 şi nr.101, p.124; C.Demolombe. *Cours de Code Napoléon.* T.XXIV, 2 –em éd. – Paris, 1980, p.127-136; J.Chabas. *De la declaration de volonté en droit civil français.* – Paris, 1931, p.171-185.

[2] *A se vedea:* J.-L. Aubert. *Op. cit.,* pn. 328, p.304.

[3] *Ibidem,* pn.304, p.280.

[4] *Ibidem,* pn.329, p.304.

[5] *A se vedea:* R.Demogue. *Traité des obligations en général. Sources des obligations.* Tome II. – Paris, 1923, nr.554, p.172; M.Durma. *Op. cit.,* nr.90, p.113; J.Chabas. *Op. cit.,* p.61; J.-L. Aubert. *Op. cit.,* pn.330, p.305.

[6] *A se vedea:* J.-L. Aubert. *Op. cit.,* pn.330, p.305.

[7] *A se vedea:* R. Demogue. *Op. cit.,* nr.554, p.172.

[8] *A se vedea:* M. de la Moutte. *L'acte juridique unilatéral.* – Paris, 1951, nr.194, p.186-187.

[9] *A se vedea:* J.-L. Aubert. *Op. cit.,* pn.331, p.306.

[10] *Ibidem,* p.306-307.

[11] *A se vedea:* F.K. Comparato. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé.* – Paris: Dalloz, 1964, nr.11, reprodus de S.Valory. *La potestativit dans les relations contractuelles.* – Presses universitaires d'aix-Marseille, 1999, pn.207, p.124; C.Paulin. *Promesse et préférence //* R.T.D. com.., 1998, nr.3, p.511, nota 22.

[12] *A se vedea:* S.Valory. *Op. cit.,* pn.207, p.124.

[13] *Ibidem,* pn.208, p.125.

[14] *Ibidem.*

[15] *Ibidem.*

[16] *Ibidem.*

[17] *Ibidem.*

[18] *A se vedea:* S.Brădianu. *Op. cit.*, p.35-36.

МЕХАНИЗМЫ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ КОРРУПЦИИ В МОЛДОВЕ

Андрей БОРШЕВСКИЙ,
доктор наук, старший преподаватель юридического факультета Комратского госуниверситета, научный сотрудник Института культурного наследия Академии наук Молдовы
Ярмилия КАСЫМ,
эксперт проекта Института демократии по борьбе с коррупцией (имплементируется при поддержке Фонда партнерства для открытости)

Рецензент: ***Борис СОСНА,***
доктор наук, и.о. профессора Университета Европейских знаний Молдовы

SUMMARY

Corruption has a negative political, economic and social impact. The Final Report of Transparency International on the period of the year 2007 reads that Moldova, as a whole, takes the 113th place in the level of corruption. All countries undertake measures to combat corruption using different methods, but only those which are aware of the danger and maintain a certain political will in combating this phenomenon are successful. If the state does not interfere with rigorous measures to combat corruption in the educational sector, in 15 - 20 years the economy of the country will become uncompetitive on the world market and, thus, leading to an economic fiasco. This article was prepared at the Institute for Democracy for the project „Fighting Academic Corruption", sponsored by the Partnership for Transparency Fund.

Одним из актуальных приоритетов экономических, политических и социальных реформ в Республике Молдова является предупреждение коррупции и борьба с ней.[1] Масштабы и важность сфер, пораженных коррупцией, требуют стратегического подхода к этому явлению.

На заседании Высшего совета безопасности Республики Молдова было отмечено, что коррупция тормозит социально-экономическое развитие государства, подрывает любые реформы, угрожая безопасности страны, деформирует качество и эффективность управления, дискредитирует государственные органы и в итоге может привести к экономическому, политическому и социальному коллапсу государства. Было указано, что коррупция в Молдове приобрела такие размеры, что ущерб, ежегодно наносимый ею государству, оценивается в несколько консолидированных бюджетов. Согласно данным Transparency International-Moldova, оценочный общий объем всех взяток составил 406,844 млн. леев (таможня и другие приграничные службы – 120,058 млн. леев; налоговая инспекция – 69,262 млн. леев; полиция – 44,804 млн. леев).

Для эффективной борьбы с коррупцией необходимо разработать и запустить комплексную антикоррупционную программу, которая должна перерасти в постоянно действующую систему ограничения коррупции. Разработка и реализация такой программы должна базироваться на точном понимании природы коррупции, на анализе причин неудач борьбы с ней, осознании существующих предпосылок и ограничений, на ясных и продуктивных принципах.

Исходя из реального состояния коррупции, эффективности контроля над ней и борьбы с ней, общими условиями противодействия коррупции являются: максимальное ограничение полновластия чиновников, сведение в идеале их функций к формально-регистрационным; обеспечение прозрачности их деятельности; существенное повышение оплаты труда чиновников при одновременном повышении их ответственности; жесткое ограничение прав бюрократии по «регулированию» экономики, образования, здравоохранения, науки, культуры; сокращение бюрократического аппарата на всех уровнях; усиление независимости бизнеса и личности; повышение независимости и престижа суда; формирование гражданского общества; наличие реальной политической воли по сокращению коррупции.

Бóльшая часть усилий должна быть сосредоточена в области законотворческой деятельности, где особым направлением должна стать работа по ревизии действующего законодательства: устранению противоречий в законодательстве, поскольку все это создает возможность для произвола и коррупции; ликвидация многочисленных отсылочных норм в действующих законах; ужесточение контроля над ведомственным нормотворчеством; осуществление постоянной экспертизы проектов законодательных и иных правовых актов в целях недопущения в них положений (пробелов, исключений и иных недостатков), прямо или косвенно способствующих совершению преступлений, особенно экономических и коррупционных.

Противодействие коррупции является долгосрочным процессом. Это явление невозможно искоренить полностью, однако посредством строгого контроля оно может и должно быть уменьшено как путем осуществления предупредительных мер, направленных на криминогенные факторы и устранение способствующих коррупции условий, так и путем непосредственного выявления фактов коррупции с привлечением виновных к юридической ответственности на основании законодательства. Действия по предупреждению коррупции и борьбе с ней необходимо дополнять мерами по воспитанию населения в духе нетерпимости к коррупции, а также мерами, направленными на получение поддержки граждан в проводимой органами публичной власти антикоррупционной кампании.

Закон Республики Молдова о предупреждении коррупции и борьбе с ней определяет, что гарантиями предупреждения коррупции служат политика и практика в соответствующей области, представляющие собой комплекс законодательных, институциональных, экономических, социальных и нравственных мер, реализуемых путем регламентирования.

Постановлением Парламента Республики Молдова от 16 декабря 2004 года принята Национальная стратегия по предупреждению коррупции и борьбе с ней. Своевременность Стратегии обусловлена осознанием того факта, что искоренить коррупцию только путем применения уголовно наказуемых мер невозможно. В этой связи необходим новый подход к данному явлению, включая сочетание мер по предупреждению коррупции с мерами по ее выявлению, официальному протоколированию и наказанию за нее, с одновременной поддержкой механизмов рыночной экономики.

Важная роль в борьбе с коррупцией в законодательстве Молдовы отводится *Центру по борьбе с экономическими преступлениями и коррупцией*, который является специализированным органом, наделенным полномочиями по предупреждению коррупции и борьбе с актами коррупции или с фактами коррупционного поведения.[2]

В функции Центра входит:

a) принятие мер по предупреждению, выявлению и пресечению коррупции, осуществление оперативно-розыскных мероприятий и уголовного преследования актов коррупции;

b) сбор и анализ информации о фактах коррупционного поведения или об актах коррупции, сотрудничество и обмен информацией с органами публичного управления, уведомление компетентных органов о причинах и условиях, способствующих совершению незаконных действий;

c) осуществление деятельности по предупреждению коррупции, антикоррупционное воспитание граждан, активное сотрудничество с гражданским обществом в целях массовой пропаганды антикоррупционной культуры;

d) обеспечение подготовки, усовершенствования и переподготовки кадров;

e) обеспечение защиты и сохранения информации, составляющей государственную, коммерческую и банковскую тайну, другие тайны, охраняемые законом, которые стали известны при исполнении обязанностей;

f) развитие отношений с аналогичными зарубежными службами;

g) выработка предложений по приведению нормативных актов в соответствие с международными положениями в данной области.

В 2006 году Центр выявил 687 преступлений, из них 308 по фактам коррупции. 65% преступлений коррупционного характера, выявленных Центром, были совершены лицами, занимавшими руководящие должности в органах публичного управления. В области просвещения и науки выявлено 44 преступления, из которых 41 преступление коррупции в разных учебных заведениях страны. Деятельность по пресечению коррупции в медико-санитарной сфере привела к выявлению 31 случая, в которые были вовлечены как рядовые врачи, так и руководящие лица.[3]

В 2007 году Центру по борьбе с экономическими преступлениями и коррупцией удалось выявить 312 преступлений, связанных с коррупцией.[4]

Существенная роль в деле предотвращения коррупции и борьбе с ней принадлежит партнерству между Центром по борьбе с экономическими преступлениями и коррупцией и Антикоррупционным альянсом.

Важным антикоррупционным механизмом является *развитое гражданское общество*, так как слабое гражданское общество не до конца осознает вред коррупции и не в состоянии противостоять меньшинству, заинтересованному в наличии коррупции.

Безразличное отношение к коррупции в обществе порождается слабым выражением у людей чувства собственного достоинства, терпимостью к неравенству; люди свыкаются с привилегированностью коррупционеров и тех, кто занимается подкупом. Отчуждение большей части населения от власти рассматривается как главный политический фактор коррупционной преступности.

Неразвитое гражданское общество безвольно и пассивно, вскрытие фактов коррупции не вызывает бурной общественной реакции, мнение населения может игнорироваться государственным аппаратом, так как оно не подкрепляется активными массовыми действиями протеста (митингами, демонстрациями), требованиями отставки коррумпированных чиновников. Более того, при неразвитом гражданском обществе люди уверены, что борьба с коррупцией – это дело только правоохранительных органов.

Слабое гражданское общество не может воспроизвести достаточное количество элит, которые составили бы конкуренцию действующим коррумпированным управленцам, то есть создается ситуация, когда коррупционеров некем заменить. Партии и политические движения в таком обществе слабо связаны с населением, не обладают достаточной поддержкой и не в состоянии выступить в качестве существенной антикоррупционой силы.

Неразвитое гражданское общество не может поддерживать свободу производства и распространения информации. Независимые средства массовой информации не находят достаточной материальной и моральной поддержки в обществе. Государство и коррумпированные чиновники, крупные собственники капитала, осуществляющие подкуп, ставят каналы распространения информации под свой контроль и через них манипулируют общественным сознанием: скрывают масштабы коррупции и тот огромный ущерб, который она наносит общественным интересам, создают в обществе благодушную атмосферу, видимость борьбы с коррупцией.

Слабое гражданское общество не поддерживает представительные органы власти, не настаивает на предоставлении им реальных контрольных полномочий за исполнительными органами. Кардинально решить проблему коррупции можно только путем становления сильного гражданского общества.

Постепенно гражданское общество Молдовы начинает инициировать антикоррупционные действия. Для противодействия коррупции общественная некоммерческая организация Институт демократии, являющаяся членом Антикоррупционного альянса Молдовы, осуществляет проект по борьбе с коррупцией в университетах Молдовы. В рамках проекта предусмотрено проведение серии семинаров, публикация антикоррупционных методических рекомендаций, создание антикоррупционных анонимных ящиков, другие мероприятия.

Важная роль в борьбе с коррупцией принадлежит средствам массовой информации (СМИ). Их задача – не только информировать общественность о конкретных случаях коррупции, но и пропагандировать антикоррупционную программу, сообщать об ее успехах, учить граждан навыкам антикоррупционного поведения, формировать новые нормы гражданской морали. Для этого необходимо поддержать средства массовой информации, защитив их законодательно. Свободе прессы будет способствовать целый ряд мер: соблюдение закона о доступе к информации, открывающего гражданам, в том числе и журналистам, возможность получать информацию от властных структур; отмена или пересмотр законов, касающихся клеветы и оскорбления личности, дабы исключить возможность их использования в целях давления на прессу; ликвидация цензуры в средствах массовой информации; повышение профессионального уровня журналистики; ликвидация дискриминации отдельных средств массовой информации со стороны органов власти (например, ограничений на доступ к информации или на возможность размещения рекламы); обеспечение профессиональной независимости и ответственности журналистов,

работающих в государственных средствах массовой информации.

Говоря о роли СМИ в противостоянии коррупции, отметим две выполняемые ими функции, обозначив их как *обличительную* и *просветительскую*.[5]

Первая функция предполагает публикацию материалов, показ видеосюжетов, уличающих в коррупции представителей органов власти или других лиц, использующих служебное положение в корыстных целях или создающих административные барьеры при решении каких-либо вопросов. Результат таких публикаций – привлечение внимания общественности, отстранение чиновников от должности, возбуждение уголовного дела и т.д.

Просветительская функция в борьбе с коррупцией является более значимой. Ее ценность в том, что именно она формирует гражданскую позицию в обществе по отношению к коррупции. Различного рода статьи, заметки, видеосюжеты, радиопередачи, публикации на сайтах могут рассказать о том, что такое коррупция и каковы ее проявления, какие причины ее возникновения и последствия, могут освещать мероприятия, посвященные выступлению против коррупции, происходящие как в нашей стране, так и за рубежом и т.д. Постоянное присутствие такой информации в СМИ сначала существует в сознании людей просто как пласт информации, однако постепенно она побуждает к размышлению о негативных аспектах коррупции. Таким образом, формируется коллективное сознание по отношению к рассматриваемому явлению, то есть отношение к коррупции выходит за рамки отдельной личности, человек начинает мыслить по-другому, переставая воспринимать коррупцию как нечто его лично не касающееся. Он воспринимает это как проблему своей страны, переживает наличие этой проблемы, пытается что-то изменить, пусть на своем небольшом уровне – в пределах своего предприятия, учреждения, учебного заведения, села, города и т.д. И все это является следствием публикации в СМИ информационных материалов о коррупции.

Таким образом, основная роль СМИ в борьбе с коррупцией – раскрывать обществу факты и тайные механизмы коррупции посредством журналистских расследований, лишая ее благоприятных условий развития, давать обществу надежду, что наказание неотвратимо, содействовать формированию негативного отношения к коррупции. Для полноценной и всесторонней борьбы с коррупцией СМИ должны стать самостоятельной и сильной «четвертой властью». Особая миссия СМИ – обеспечение права каждого на свободу выражения мыслей и права общества на получение полной и достоверной информации.

Важным антикоррупционным механизмом является система образования. В Национальной стратегии Республики Молдова по предупреждению коррупции и борьбе с ней отмечена роль гражданского воспитания молодежи в учебных заведениях: «Гражданское воспитание, в первую очередь молодежи, является важной стороной предупреждения коррупции, что требует введения специальных программ в учебных центрах, в том числе в системе высшего образования».[6] В рамках системы образования происходит становление личности, формируются жизненные ориентиры человека. Роль образования состоит в том, что оно способно подрубить устои, нанести удар по природе и социальной основе коррупции, а не по ее последствиям и внешним признакам.

Отметим, что эффективность антикоррупционной работы системы образования напрямую зависит от строгого и неукоснительного соблюдения законности в ней самой. К сожалению, в самой образовательной системе часто складывается ситуация, которая способствует формированию у молодых граждан Молдовы представления о необходимости определенной дополнительной платы в той или иной форме, тем или иным лицам или организациям, от которых в данный момент зависит решение проблем. Теоретические экскурсы в проблемы долга, справедливости, честности, гражданской ответственности вступают в противоречие с реальной действительностью не только в стране в целом, но и в рамках системы, призванной формировать мировоззренческие установки, без которых борьба с коррупцией будет малоперспективной. Именно в системе образования молодежь впервые обнаруживает примеры коррупции. Выросшие в такой «коррупционной среде» граждане не будут смущаться в дальнейшем поступать по аналогии с привычными моделями поведения. Формирование условий для борьбы с этим явлением невозможно без устранения «коррупционной среды» в системе образования.

Таким образом, система образования занимает одно из ключевых мест в борьбе с коррупцией: какие стереотипы поведения она сформирует у

учащихся, таким и станет будущее общества. Образование – это единственная сфера общества, которая влияет на все остальные сферы, определяя их перспективы, тенденции развития, находясь у истоков их формирования. Поэтому результаты борьбы с коррупцией напрямую зависят от чистоты, свободы от всякого несоблюдения буквы и духа закона в учебных заведениях. Воспитывая, формируя ценности, приоритеты и стандарты поведения, система образования оказывает целенаправленное влияние на развитие всех сфер общества, тем самым стимулируя или, наоборот, подавляя коррупционные ростки в социуме, угнетая или поддерживая природу коррупции.

Литература:

[1] А.Сосна, С.Касым. *Правовой анализ коррупции и взяточничества в Республике Молдова* // Закон и жизнь, 2008, №6, с.39-44.

[2] Закон Республики Молдова №1104 от 06.06.2002 г. о Центре по борьбе с экономическими преступлениями и коррупцией // Официальный монитор Республики Молдова, 2002, №91-94.

[3] Постановление Правительства Республики Молдова № 200 о внедрении Национальной стратегии по предупреждению коррупции и борьбе с ней и деятельности Центра по борьбе с экономическими преступлениями и коррупцией в 2006 году // Официальный монитор Республики Молдова, 2007, №29.

[4] Постановление Правительства Республики Молдова №1519 от 29.12.2007 г. о реализации Национальной стратегии по предупреждению коррупции и борьбе с ней и деятельности Центра по борьбе с экономическими преступлениями и коррупцией в 2007 году // Официальный монитор Республики Молдова, 2008, №8-10.

[5] А.П. Боршевский. *Повышение роли СМИ в борьбе с коррупцией: доступ к информации.* – Комрат, 2007, с.5-9.

[6] Постановление Правительства Республики Молдова № 421-XV от 16.12.2004 г. об утверждении Национальной стратегии по предупреждению коррупции и борьбе с ней и Плана мероприятий по реализации Национальной стратегии по предупреждению коррупции и борьбе с ней // Официальный монитор Республики Молдова, 2005, №13-16.

АНТИДОТАЦИОННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ И ЕГО МЕСТО В МЕХАНИЗМЕ АНТИДЕМПИНГА

Альберт АНТОЧ,
докторант

Рецензент: ***Влад ВЛАЙКУ,***
доктор права, старший преподаватель (МолдГУ)

SUMMARY

In the given clauses anti-subventional regulation is considered, as an element of the mechanism of antidumping regulation and new institute of administrative law, without which the existence of a modern market mechanism is impossible. As the anti-dotational regulation possesses all the features of modern administratively-legal influence on economic sphere of a society: it is regularly carried out on behalf of, and in the interests of a society by a system of state bodies allocated by the government. Sphere administratively-legal influences are competitive attitudes with participation of foreign subjects of enterprise activity. The purpose of regulation is elimination of adverse influence of an unfair competition.

Механизм антидемпингового регулирования в широком его понимании – это комплексное политико-экономико-правовое явление, поэтому небезынтересно выделить его составляющие: антидотационное регулирование, направленное против субсидирования импорта, антидемпинг (в узком его понимании), направленный против демпинга и введение защитных мер.

Политическая и экономическая составляющие антидемпингового регулирования являются довольно изученными, однако юридическое содержание понятия его механизма остается невыясненным, поскольку в контексте антидотационного регулирования оно пока не исследовалось. Компенсационные и защитные меры в механизме антидемпингового регулирования должны обладать всеми признаками регулирования как такового, а специфическое звучание ему придает сфера его применения. Оно протекает в сфере конкурентных отношений, которые обладают признаками как стихийности, так и самоорганизованности одновременно. Объектом правового регулирования выступает конкурентная среда, которая представляет собой противоборство и взаимодействие участников рынка, направленные на получение прибыли.

Считаем, что детерминантом механизма антидемпингового регулирования является публичный интерес в осуществлении определенных защитных и антидотационных (компенсационных) воздействий с целью приведения конкурентных отношений к такой модели, которая позволит сохранять устойчивость конкурентной среды, способствовать ее развитию и защищать ее участников и государство в целом от дестабилизирующих факторов недобросовестной конкуренции. Содержание данного интереса составляет удовлетворение потребности в развитии внутреннего товарного рынка, в установлении равновесия конкурентных отношений и в создании возможности получения более высокой прибыли от расширения влияния молдавских товаропроизводителей на определенных сегментах рынка.

В молдавской правовой науке сущность антидотационного и антидемпингового регулирования не подвергалась глубокому исследованию. Российские ученые Р.А. Шепенко, А.Н. Козырин, Н.Г. Дорохина в своих работах изучали исключительно не механизм, а антидемпинговый процесс[1]. Так, в диссертации И.В. Соляной «Антидемпинговое регулирование в Российской Федерации: административно-правовые вопросы теории и практики»[2] обоснована сущность антидемпингового регулирования, определены основные понятия теории антидемпингового регулирования, дано научное и законодательное определение антидемпингового регулирования, выделена система его форм, принципов и методов, структура объекта и субъекта регулирования без учета процессов, связанных с приведением национального законодательства в соответствии с общеевропейскими принципами и стандартами, поскольку Российская Федерация не является членом ВТО. Понятийный аппарат, используемый в вышеупомянутом исследовании, сосредоточен на совершенствовании процедурных

механизмов только антидемпингового регулирования и расследования, а проблемы компенсационного (антидотационного) регулирования, унификации национального и европейского законодательства в сфере использования в первую очередь компенсационных и защитных мер, как альтернатива процедурам антидемпингового регулирования, учеными до сих пор не рассматривались. Исследования всех элементов механизма антидемпингового регулирования в сравнительно-правовом аспекте, как за рубежом, так и в Республике Молдова, вообще не проводились. Кроме того, является малоисследованным аспект соотношения понятий «антидемпинговое регулирование», «компенсационные меры», «защитные меры» в их взаимосвязи с антимонопольным регулированием. В вышеупомянутых исследованиях акцент делается лишь на рассмотрение антидемпингового регулирования в узком его понимании.

Поэтому мы рассматриваем **антидотационное регулирование как элемент механизма антидемпингового регулирования и новый институт административного права,** без которого невозможно существование современного рыночного механизма. Антидотационное регулирование обладает всеми чертами современного административно-правового воздействия на экономическую сферу общества: оно систематически осуществляется от имени и в интересах общества системой государственных органов, наделенных государственной властью. Сферой административно-правового воздействия являются конкурентные отношения с участием иностранных субъектов предпринимательской деятельности. Целью регулирования является устранение неблагоприятного влияния недобросовестной конкуренции.

Кроме того, антидотационное регулирование осуществляется на основе системы административных принципов антидемпингового регулирования с использованием административного метода. Система принципов включает в себя общеправовые, управленческие, процессуальные и специфические принципы регулирования. Метод антидемпингового регулирования объединяет предписание, запрет и дозволение как способы воздействия. Преобладающим является предписание. Метод антидемпингового регулирования и нетарифный метод регулирования не являются тождественными понятиями.

Объект антидотационного регулирования представляет собой специфическую субсидию (дотацию) и правовую среду, в которой реализуются экономические интересы различных субъектов предпринимательской деятельности, т.е. конкуренция.

Правовое определение конкуренции представляется как система взаимодействий субъектов на определенном, имеющем правовые и экономические границы пространстве – субъектов, чьи интересы противоречат друг другу. При этом, в качестве объекта расследования субсидирования представлена субсидия – гражданско-правовой деликт, умышленно совершаемый иностранным экспортером или группой экспортеров, наносящий ущерб[3] отрасли молдавской экономики либо создающий угрозу причинения такого ущерба, либо вызывающий замедление создания отрасли отечественной экономики, по результатам расследования которого применяются административно-восстановительные меры.

Подача заявления либо инициирование – это первая стадия административного процесса по защитным и компенсационным мерам. Ее можно определить как основанные на общих положениях антидемпингового законодательства (в широком его понимании) действия уполномоченных органов и частных лиц, направленные на осуществление подготовительных мероприятий, предшествующих проведению административного разбирательства-расследования.

Теоретически, вначале инициируется ***административный процесс по защитным и компенсационным мерам,*** а при ***демпинге – антидемпинговый процесс,*** а затем антидемпинговое расследование как крайняя мера. Различием между ними является то обстоятельство, что инициирование антидемпингового процесса не предполагает публичного уведомления и такого понятия как «дата инициирования антидемпингового процесса», закрепленного юридически, не существует. Указанную дату можно условно определить исходя лишь из даты инициирования антидемпингового расследования. При этом и само понятие «антидемпинговое расследование» в законодательстве используется редко (исключение составляют Болгария, Исландия, Сингапур и ряд других стран). Наиболее распространенным термином является «расследование».

Статья 32 Закона Республики Молдова «Об антидемпинговых, компенсационных и защитных мерах»[4] называется «Расследование субсидирования», а статья 8 – «Антидемпинговое

расследование». Сравнительный анализ текстов этих статей почти одинаков. Сравним тексты части первой этих статей:

«(1) **Расследование субсидирования касается как субсидий,** *так и ущерба, которые рассматриваются одновременно. Выбирается период расследования, который покрывает период не менее шести месяцев, непосредственно предшествовавших началу процедуры. Информация, относящаяся к периоду, следующему за периодом расследования, как правило, не принимается во внимание»* (ст.32).

«(1) **Антидемпинговое расследование касается как демпинга**, *так и ущерба, которые рассматриваются одновременно. Выбирается период расследования, который покрывает период не менее шести месяцев, непосредственно предшествовавших началу процедуры. Информация, относящаяся к периоду, следующему за периодом расследования, как правило, не принимается во внимание»* (ст.8).

Более того, глава II «Антидемпинговые меры» и глава III «Компенсационные меры» данного закона на 99% дублируются как по структуре, так и по содержанию.

Аналогичные положения находим в законодательстве Китайской Народной Республики. Так, глава III Положения КНР «Об антидемпинге и антидотациях» также называется «Антидемпинговое расследование». В частности, в ст.11 этого Положения зафиксировано, что «отечественные производители товаров, идентичных или сходных с импортируемыми товарами или относящиеся к ним организаторы (далее именуемые «заявители») могут подать письменное заявление в Министерство внешней торговли о проведении антидемпингового расследования в соответствии с пунктами данных положений».[5] Глава V Положения КНР «Специальные антидотационные* положения» состоит всего из 4-х статей, а в ст.39 четко зафиксировано, что «соответствующие разделы главы 2, 3, и 4 данных положений должны применяться в вопросах об ущербе, причиненном дотациями, при проведении антидотационных расследований и осуществлении антидотационных мер».

По такому принципу было бы целесообразно построить главу III «Компенсационные меры» молдавского антидемпингового закона и назвать ее «Компенсационные (антидотационные) меры», указав, в отдельной статье, что соответствующие положения главы II должны применяться при решении вопросов об ущербе, причиненном специфическими субсидиями (дотациями), при проведении антисубсидионных (антидотационных) расследований (разбирательств) и осуществлении компенсационных (антидотационных) мер.

Право на инициирование антидемпингового расследования *ex officio* закрепляется в законодательстве. Так, на основании раздела 31 (п.1) Акта Канады «О специальных импортных мерах» заместитель министра национальных доходов по таможенным пошлинам и акцизам может инициировать расследование демпинговых и субсидированных товаров по собственной инициативе или при получении письменного заявления. Аналогичная норма содержится и в разделе 4 (п.16) Закона Израиля «О налогообложении торговых операций»: «Производитель отдельного товара или его представитель, также как и генеральный директор Министерства промышленности и торговли, вправе представить комиссионеру письменное заявление о том, что идентичные или аналогичные товары импортированы или будут импортированы на условиях демпинга или субсидирования и это соответственно наносит или может нанести материальный ущерб отрасли производства или препятствовать развитию производственных предприятий, которые уже начали производить аналогичные товары».[6] Примеры подобных норм можно продолжить. Они закреплены в антидемпинговом законодательстве большинства государств: в разделе 18 (п.1) Акта Республики Тринидад и Тобаго «Об антидемпинговых и компенсационных пошлинах»; в ст.20 постановления Министерства торговли и поставок Египта «О выполнении Закона Египта №161 «О защите национальной экономики от воздействия вредоносной практики в международной торговле»; в ст.15 Закона Марокко «О внешней торговле».

Из сказанного следует, что инициирование антидемпингового расследования *ex officio* является исключением из правил. В мировой практике инициирование антидемпингового процесса властями без получения антидемпингового заявления применяется довольно редко, особенно участниками ВТО, так как сразу же вызывает негативную реакцию со стороны представителей государств-экспортеров.[7]

Возможность самоинициации предусмотрена также в п.6 ст.5 Антидемпингового кодекса 1994 г. и неоднократно реализовывалась.[8]

* Термин «дотация» соответствует термину «субсидия».

Самоиницирование предусмотрено частью (8) ст.7 Закона Республики Молдова от 17 февраля 2000 г. №820-XIV «Об антидемпинговых, компенсационных и защитных мерах». В частности, в ней зафиксировано, что «если орган расследования располагает достаточными доказательствами как наличия демпинга, так и нанесения ущерба отрасли национальной промышленности, а также существования причинно-следственной связи между ними, он может начать расследование самостоятельно, без получения заявления». Мы видим в такой норме позитивную тенденцию – учет опыта развитых стран в области антидемпингового регулирования, в частности, Канады.

Согласно части (9) ст.7 Закона Республики Молдова «Об антидемпинговых, компенсационных и защитных мерах», «если орган расследования полагает, что имеются достаточные доказательства для обоснования начала расследования, он начинает эту процедуру в течение 45 дней с даты подачи заявления и публикует соответствующее уведомление в Официальном мониторе Республики Молдова. В случае недостаточности доказательств заявитель информируется об этом в течение 45 дней с даты подачи заявления органу расследования».

Все зарубежные источники роднит одно – использование понятия «специальные условия», которые необходимы для инициации, но их содержание не раскрыто. Таких специальных условий нет в молдавском законодательстве.

По своему статусу, заявление (жалоба, петиция) – официальное обращение в письменной форме в уполномоченный орган, излагающее какую-либо просьбу, предложение, требование. Основанием антидемпингового заявления являются обстоятельства, на которые ссылается заявитель в подтверждение своих требований к антидемпинговым властям; предмет заявления – материально-правовое требование к антидемпинговым властям о совершении определенных действий – введении антидемпинговых мер на поставки определенных товаров. Сегодня, сообразно определению процесса, заявление можно назвать антидемпинговым. Оно может быть подано частным лицом и публичным органом.

В других государствах перечень субъектов, которые могут подать заявление намного шире, а в некоторых государствах четко распределены функции между органами, задействованными в антидемпинговом контроле и процессе.

Так, например, в марте 2003 г. на первом заседании 10 созыва ВСНП КНР было одобрено решение о возложении обязанности по осуществлению антидемпингового контроля на вновь образованное Министерство коммерции.

Поэтому в Положении КНР «Об антидемпинге и антидотациях» разграничиваются функции подразделений Министерства коммерции и других государственных структур. Основными органами антидемпинговых расследований являются: Управление справедливой торговли и Управление расследований отраслевого ущерба Министерства коммерции, Комитет по таможенно-налоговой политике при Госсовете КНР, Таможенное управление КНР. В общих чертах, их задачи следующие:

1. Управление справедливой торговли Министерства коммерции является основной структурой антидемпингового контроля КНР. Оно принимает заявления по демпингу, заводит дела, исследует демпинговые цены, предлагает к рассмотрению меры против демпинга и др.

2. Управление расследований отраслевого ущерба в основном несет обязанности по изучению убытков от демпинга, а также выносит предварительное и окончательное решения о наличии ущерба.

3. Комитет по таможенно-налоговой политике при Госсовете КНР является самой полноправной организацией в процессе рассмотрения антидемпинговых дел в КНР. Он имеет право на принятие окончательного решения о применении временных антидемпинговых налогов, постоянных антидемпинговых налогов, изучение архивов компании в свете ее демпинговых действий, решает вопросы о возмещении ранее уплаченных налогов; кроме того, он имеет право на отмену, сохранение, изменение антидемпинговых налогов.

4. Таможенное управление КНР – это исполнительная структура в антидемпинговом процессе. Его основной обязанностью является реализация решения Комитета по таможенно-налоговой политике при Госсовете КНР о сборе антидемпинговой пошлины, о сборе временных антидемпинговых пошлин, о рассмотрении архивов компании, о возмещении ранее уплаченных налогов, а также осуществление решения Министерства коммерции о внесении гарантийного залога наличными в отношении импортируемых товаров и другие временные меры по обеспечению гарантий, контроль исполнения принятых компаниями на себя обязательств.

В практике некоторых государств существует четко отработанная **процедура искового административного производства по делам, связанным с антидотационным расследованием**.

Так, согласно ст.1 Правил Верховного Народного Суда КНР, в отношении некоторых вопросов, относящихся к правоприменению по антидотационным (компенсационным) административным делам, от 25.05.2006, «народный суд, в соответствии с законом, принимает к рассмотрению административные иски в отношении следующих административных действий в компенсационных процедурах:

1) окончательное определение субсидирования и его размера, или ущерба и объема ущерба;

2) решение в отношении наложения компенсационной пошлины или ее ретроактивного наложения;

3) результатов административного рассмотрения наложения, пересмотра или прекращения применения компенсационной пошлины или обязательства;

4) иных оспариваемых административных действий в компенсационных процедурах в соответствии с законом».[9]

Определение понятий «субсидия» и «специфическая субсидия» было дано нами ранее, но, в силу того, что определение субсидии (дотации) является ключевой проблемой расследования (разбирательства), а практика подобных расследований в Молдове практически отсутствует, нам придется обратиться к опыту зарубежных стран.

Такая практика есть, например, в Республике Казахстан, где ***защита отечественных товаропроизводителей от недобросовестной конкуренции, вызванной импортом на территорию Республики Казахстан субсидируемого товара, осуществляется следующим образом:***

Во-первых, в целях защиты внутреннего рынка от недобросовестной конкуренции со стороны поставщиков импортных товаров, субсидируемых иностранным государством (союзом иностранных государств), и устранения негативных последствий для отечественных производителей Республики Казахстан применяется Закон Республики Казахстан от 16 июля 1999 года «О субсидиях и компенсационных мерах» (далее – Закон о компенсационных мерах).

Законом о компенсационных мерах регулируются отношения, возникающие между заинтересованными лицами при импорте товара, субсидируемого иностранным государством (союзом иностранных государств), а также при проведении разбирательства и введении компенсационных мер.

Если в результате разбирательства, проведенного Комитетом по регулированию торговой и туристической деятельности Министерства индустрии и торговли Республики Казахстан (далее – Комитет) установлено, что импорт какого-либо товара, при производстве и (или) экспорте которого использовалась специфическая субсидия иностранного государства (союза иностранных государств), которая наносит или угрожает нанести материальный ущерб отечественным производителям, Правительство Республики Казахстан имеет право применить компенсационные меры.

Субсидия иностранного государства (союза иностранных государств) не рассматривается как специфическая, если объективные критерии и условия ее предоставления устанавливаются без указания конкретного предприятия или отрасли экономики.

Субсидия является специфической и ее предоставление влечет применение компенсационных мер, если:

– субсидирующий орган или законодательство, на основе которого действует субсидирующий орган, ограничивает доступ к субсидии всем другим лицам, кроме ограниченного числа предприятий;

– предоставление субсидий связано с ограниченным числом предприятий, расположенных в конкретном регионе;

– субсидии связаны с результатами экспорта или с использованием местных товаров вместо импортных в качестве единственного или одного из нескольких условий.

Неспецифическая субсидия компенсируется, если ее предоставление наносит или угрожает нанести материальный ущерб отечественным производителям и условия, формы ее предоставления соответствуют следующим факторам:

– преимущественное использование субсидий ограниченным числом предприятий;

– непропорционально большие размеры субсидий, предоставленные ограниченному числу предприятий;

– частота отказов или удовлетворения заявок на субсидирование и мотивы соответствующих решений правительственных органов иностранного государства (союза иностранных государств).

Субсидии, которые не являются специфическими, не подлежат компенсации.

Изучение влияния импорта товара, субсидируемого иностранным государством (союзом иностранных государств), на отечественных

производителей включает оценку Комитетом всех относящихся к делу экономических факторов и показателей, влияющих на состояние отечественных производителей, включая:

– фактическое и потенциальное сокращение выпуска продукции, продаж, доли на рынке, прибыли, производительности, доходов от инвестиций, использования мощностей;

– факторы, влияющие на формирование цен на подобные товары в Республике Казахстан;

– фактическое или потенциальное отрицательное влияние на движение денежных потоков, товарные запасы, занятость, заработную плату, темпы роста производства, возможность привлечения инвестиций.

Предметом разбирательства по импорту товара, субсидируемого иностранным государством (союзом иностранных государств), является установление Комитетом факта импорта товара в Республику Казахстан, субсидируемого иностранным государством (союзом иностранных государств), и причинения тем самым материального ущерба отечественным производителям подобного товара или возникновения угрозы его причинения.

На основании предварительного заключения о наличии импорта товара, субсидируемого иностранным государством (союзом иностранных государств), и нанесении им материального ущерба или угрозы его нанесения, вынесенного Комитетом, Правительство Республики Казахстан принимает решение о введении временных компенсационных мер.

Временные компенсационные меры в форме денежных депозитов и (или) гарантии банка Республики Казахстан применяются к поставщику не ранее чем через два месяца с момента начала разбирательства.

Применение временных компенсационных мер не должно превышать четырех месяцев.

Процедура разбирательства может быть завершена без введения временных или окончательных компенсационных мер после получения обязательства по ценам, согласно которому:

– правительство страны происхождения или экспорта соглашается ликвидировать или ограничить субсидию;

– поставщик обязуется пересмотреть свои цены или прекратить экспорт товара, субсидируемого иностранным государством (союзом иностранных государств).

Решение о введении компенсационной пошлины и размере ее ставки принимается Правительством Республики Казахстан по заключению Комитета и вступает в силу со дня опубликования постановления в официальных изданиях.

В решении Правительства Республики Казахстан о введении компенсационной пошлины должны быть указаны поставщик или поставщики импортного товара, субсидируемого иностранным государством (союзом иностранных государств).

В части (1) ст.27 Закона Республики Молдова «Об антидемпинговых, компенсационных и защитных мерах» зафиксированы субсидии, не дающие основания для принятия компенсационных мер:

(1) a) субсидии, которые не являются специфическими согласно частям (2) и (3) статьи 26;

b) субсидии, являющиеся специфическими согласно статье 26, но соответствующие условиям, предусмотренным частями (2), (5) или (6) настоящей статьи.

(2) Субсидии, предоставленные для исследовательской деятельности, осуществляемой предприятиями либо высшими учебными заведениями или научно-исследовательскими учреждениями на контрактной основе с производственными предприятиями, не дают основания для принятия компенсационных мер, если субсидии покрывают не более 75% стоимости промышленных исследований или не более 50% стоимости разработок на доконкурентной стадии и если такие субсидии ограничиваются исключительно следующими элементами:

a) расходы на персонал (исследователи, техники и другой вспомогательный персонал, занятый исключительно исследовательской деятельностью);

b) расходы на инструменты, оборудование, землю и сооружения, используемые исключительно и постоянно (за исключением уступки на коммерческой основе) для целей исследовательской деятельности;

c) расходы на консультационные и другие аналогичные услуги, используемые исключительно для исследовательской деятельности, включающие исследования, технические знания, патенты и пр.;

d) дополнительные накладные расходы, понесенные непосредственно в результате исследовательской деятельности;

e) другие текущие расходы (такие как расходы на материалы, техническое обеспечение и т.п.), понесенные непосредственно в результате исследовательской деятельности.

Положения настоящей части не применяются к исследованиям в сфере гражданской авиатехники, так как в этом случае применяются специальные многосторонние правила.

(3) Для целей настоящей статьи допустимый уровень субсидии, не дающей основания для принятия компенсационных мер, указанной в части (2), устанавливается по отношению к общей сумме соответствующих расходов за период осуществления конкретного проекта.

(4) В случае программ, объединяющих промышленные исследования и доконкурентные разработки, допустимый уровень субсидии, не дающей основания для принятия компенсационных мер, не должен быть выше среднего допустимого уровня для этих двух категорий, рассчитанного на основе всех расходов, указанных в пунктах a) - e) части (2), которые могут быть приняты во внимание.

(5) Субсидии неблагополучным регионам на территории страны происхождения товара и/или страны-экспортера, предоставляемые в рамках общего регионального развития, являющиеся неспецифическими в смысле частей (2) и (3) статьи 26 для соответствующих регионов, не дают основания для принятия компенсационных мер при условии, что:

a) каждый неблагополучный регион должен представлять собой четко обозначенную компактную экономическую и административную зону;

b) регион рассматривается как неблагополучный на основе нейтральных и объективных критериев, показывающих, что трудности региона определяются не только временными обстоятельствами; и

c) критерии должны включать степень экономического развития, определяемую на основе хотя бы одного из следующих показателей, рассчитанных за трехлетний период:

– доход на душу населения или доход на члена семьи либо ВВП на душу населения, который не должен превышать 85% от среднего показателя для рассматриваемой страны происхождения товара или страны-экспортера;

– уровень безработицы, который должен составлять по меньшей мере 110% от среднего показателя для рассматриваемой страны происхождения товара или страны-экспортера.

Вместе с тем, такой показатель может быть комплексным и учитывать другие факторы.

(6) Субсидии для адаптации существующей инфраструктуры к новым требованиям в отношении охраны окружающей среды, предъявляемым законодательными и иными нормативными актами, которые влекут за собой дополнительные ограничения и усиление финансового бремени для предприятий, не дают основания для принятия компенсационных мер при условии, что такая субсидия:

a) является единовременной, неповторяющейся мерой;

b) составляет не более 20% расходов по адаптации;

c) не покрывает расходов на замену и эксплуатацию субсидируемого оснащения, которые должны полностью ложиться на предприятия;

d) непосредственно связана с планируемым предприятием уменьшением неудобств и загрязнения и пропорциональна ему и не покрывает экономии на производственных расходах, которая может быть достигнута; и

e) доступна для всех предприятий, которые могут внедрить новое оборудование и/или производственные процессы.

Маржа субсидии исчисляется «исходя из льготы, предоставленной получателю субсидии в течение периода расследования, проводимого в отношении субсидирования. Как правило, за данный период принимается последний отчетный год получателя субсидии, но это может быть любой другой не менее чем шестимесячный период до начала расследования, за который имеются достоверные финансовые и другие относящиеся к делу данные» (часть (1) ст.28 Закона Республики Молдова «Об антидемпинговых, компенсационных и защитных мерах».

В некоторых зарубежных странах заинтересованные стороны могут высказывать свое мнение по вопросу определения маржи субсидии (дотации), а молдавским законодательством такие права не предусмотрены. Поэтому мы предлагаем дополнить указанный подпункт нормой следующего содержания: «Заинтересованные лица могут высказывать свои мнения по поводу методов определения маржи субсидии (дотации), а также документально обосновывать имеющие значение для этого обстоятельства».

Маржа субсидии устанавливается для каждой единицы субсидированного товара, экспортированного в Республику Молдова.

Так, согласно части (4) ст.28 этого же закона, при установлении маржи субсидии из общей суммы субсидии вычитаются следующие элементы:

a) любая оплата, связанная с подачей заявления, или другие затраты, необходимые для определения или получения субсидии;

b) экспортные пошлины, налоги и другие платежи, применяемые по отношению к экспорту товара в Республику Молдова с целью компенсации субсидии.

Если субсидия не предоставлена в соответствии с количеством переработанного, произведенного, экспортированного или транспортированного товара, маржа субсидии устанавливается путем выделения соответствующим образом общей стоимости субсидии над уровнем производства, продажи или экспорта рассматриваемого товара в течение периода расследования субсидирования (часть (5) ст.28).

Таким образом методика осуществления исчисления маржи субсидирования действующим законодательством Республики Молдова установлена в ст.28.

Итак, установление факта субсидии фактически основывается на марже субсидирования. Маржа субсидирования ограничивает уровень компенсационного обложения, т.е. ставка компенсационной пошлины не может быть меньше маржи. В странах ЕС пошлины могут быть меньше установленной маржи, если такая пошлина достаточна для устранения ущерба.

Литература:

[1] А.Н. Козырин, Р.А. Шепенко. *Конкуренция на международных рынках и антидемпинговое регулирование.* – Москва, 1999, с.75, 104; *Общая теория государства и права:* Академический курс: В 2-х томах. Т.1 / Под ред. М.Н. Марченко. – Москва, 1998, с.233.

[2] И.В. Соляная. *Антидемпинговое регулирование в Российской Федерации: административно-правовые вопросы теории и практики:* Автореферат диссертации на соискание ученой степни к.ю.н. Специальность 12.00.14. – Воронеж, 2005, с.24.

[3] A.Antoci. *Tipurile de prejudicii aduse economiei naționale ca o consecință ce rezultă din activitatea de dumping şi măsurile de înlăturare a lor* // Legea şi Viața, 2005, nr.10 (166), p.24-26.

[4] Закон Республики Молдова «Об антидемпинговых, компенсационных и защитных мерах» // Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2001, nr.005.

[5] Положение КНР «Об антидемпинге и антидотациях» // Деловой журнал «ChinaPro»: Законы Китая/htpp://www.chinapro.ru

[6] Закон Израиля «О налогообложении торговых операций»/WTO. G/ADP/N/1/ISR/2, 10.01.96, p.8.

[7] The Government of India's Investigation of Bisphenol-A from the United States // WTO. G/ADP/M/7, 2.09.96.

[8] Notice of initiation of a partial interim review of the anti-dumping measures applicable to imports of powdered activated carbon originating in the People's Republic of China // Official Journal of the European Com-munities. L. 250. 29/10/2002. P. 0072 - 0080.

[9] Правила Верховного Народного Суда КНР в отношении некоторых вопросов, относящихся к правоприменению по антидотационным (компенсационным) административным делам от 25.05.2006/ http://by2.mofcom.gov.cn/aarticle/chinalaw/foreigntrade/200605/20060502285860.html

THE CONCEPT OF THE DESIGN DEFECT

Corina KIRMICI,
Candidate for doctor degree, Academy of Sciences of Moldova

SUMMARY

The present article „The Concept of Design Defect" has been elaborated with the aim of defining the notion of „design defect", regulated by the American legislators and researchers and not being stipulated by the doctrine and legislation of Republic of Moldova. This work is endowed with concrete examples concerning the design defect, which in comparison with the fabrication defect of are more complex and more difficult to detect. More than that, if the manufacture defect can cause the deficiency of a single good, the design defect causes the deficiency of the whole production line. The present paper also refers to the defect of conception of medicines, being presented as a special product it is difficult to demonstrate whether it is a drawback of the product or of its concept.

Liability for defective product or „product liability" is usual used in the European Community law, as well as in the legal acts in the United States.

In the Republic of Moldova „product liability" is known as civil liability, established by Civil Code (article 1425-1431), which stipulate the main provisions regarding the liability of the producer, define the terms „defective product", „producer". Accordingly to Moldavian law „defective product" is a product which cannot guarantee the needed security, taking into consideration the following:

-presentation of the product;

-the use of product that can be foreseeable;

- the moment when the product was put into the circulation.

In other international sources a „defective product" is one of that causes some injure or damage to person as a result of some of flaw or weakness in the product, its labeling, or the way the product was used. The manufacturer of the product that caused the injury, as well as those involved in the chain of commerce, are often liable for injuries caused by defective products. A products liability claim is usually based on one or more of the following causes of action: design defect, manufacturing defect, a failure to warn.

In United States, the laws applicable to defective product cases vary from state to state; there are three legal theories common to all jurisdictions which may form the basis of a successful product liability case:

(1) Manufacturing defect. In such cases the injury was caused as a result of defect in the manufacture of the product. An example would be a bicycle which was built with a small crack in the frame, which breaks when used, causing an injury to the rider.

(2) Design defect. In these cases the injury was caused by a poor design (even though there may be no defect in the individual product itself). A common example would be a piece of industrial machinery which was built without a proper safety or protection devices, and as a result a worker is injured while using the machine.

(3) Failure to warn or „inadequate warning." These cases refer to injuries caused as a result of a product known to be potentially dangerous which was sold without a proper warning to the consumer. An example would be an over-the-counter drug sold lacking a warning on the hazards of use with certain other drugs, excessive consumption, or possible side effects from its use.

If manufacturing defect can be visible and the consumer may determine it, the design defect is hard to discover for the consumers, because they cannot perceive it. In this regard, the concept of design defectiveness is considered the heart of products liability law. The design defectiveness is the dominant claim in most major and famous products liability cases. This kind of defect is often met in the case law, at the same time, researchers and academics are reticent to find an acceptable definition for what might be considered „defective design". Concerning the opinions of famous academics it is a difficult task.

A frequent claim of design defectiveness in the European Union and United States is the absence of some types of adequate safety device. For example, most automotive products liability litigation challenges the design of motor vehicles; other forms of design hazards may be the allergenic latex gloves, fabrics that were treated with dangerous chemicals.

At this level, we would like to mention that in the

early evolution of products liability law, researchers recognized that determining how and why a design danger should or should not be characterized as „defective" was at once the most important and difficult problem in this entire field of European law.

A manufacturer's design determinations involves a multitude of safety related choices, for example it will include decisions on the types and strengths of raw materials and component parts, it might include the manner or the way in which such materials and parts are combined, whether safety devices will be included, and the overall product concept.

A manufacturer decides is truly a mistake, one which results from some fault in the production process whereby a particular product deviates from the manufacturer's own „blueprint" specifications of the intended and correct design. In the other words a product is defective in design when the design engineers, in their conceptual rendition of the product, failed to take safety into adequate account.

Challenging a product's design thus challenges the decision of the manufacturer's engineers and managers to develop and sell a product containing a particular type and level of danger. Unlike the manufacturing defect claim, which implicates merely a single product unit, a design defect claim challenges the integrity of the entire product line. For this reason, design defect claims are of greatest concerns to manufacturers, since a judicial declaration that the design of a particular product is „defective" condemns the entire product line.

The situations are different; the designer may misunderstand or disregard the manufacturer's requirements, may misinterpret the user's requirements, or may be simply negligent or incompetent.[1]

Examples of design defect:

1) a commercial coffee machine exploded, where the explosion could have been prevented by a simple reducing valve;

2) a tractor steering wheel of rubber and fiber broke in the hands of the driver, causing him to fall under the tractor, where wood or metal would not have broken;

3) a vaporizer which overheated and caught fire when the water boiled away, where simple cut off device would have prevented the fire;

4) a moving metal mechanism under the arm rest of a lawn chair which a user's finger, where a simple housing would have shielded the mechanism;

5) a drain cleaner comprised of chemicals that were highly corrosive to human skin, where an altered formulation would have been safer and better at cleaning drains;

6) an industrial machine with a sharp edge that cut a worker. where the sharp edge served no purpose and could easily have been rounded smooth;

7) a small play block, a toy that asphyxiated a baby, where a slightly larger size would have been too big to swallow;

8) a truck lift gate equipped with a single hydraulic cylinder that was prone to collapse, causing the lift gate to fall, where a second cylinder would have eliminated the risk.[2]

What is special regarding this defect, the plaintiff must prove that a safer, practical, alternative design was available to the manufacturer. In legal terms, this means „affirmative proof of a feasible design alternative", sometimes noting the value of proof of a feasible alternative design, other times observing how difficult and costly a requirement of such proof would be for plaintiffs.

The cost of an alternative design feature more diversely may include:

1) the monetary costs of adopting the alternative design for all such products;

2) any loss of usefulness in the product that the design alteration may cause;

3) any new dangers that the design feature may introduce.

Regarding point 3, we would like to bring an example, *airbags of various designs* protect adults in certain collision, but they may kill or injure small children in other situations, possibly causing more harm than good.

Causing more harm than good might be taken into consideration the prescription drugs and medical devices. Prescription drugs are paradoxical: as one of the greatest triumphs of the twentieth century, their powerful chemicals and biologics save many millions of humans from suffering and death; yet, these same chemicals also cause great suffering and death. All prescription drugs that can cause great harm are usually very properties that are therapeutic. In another way, if drug's chemical was altered to avoid some adverse health effect, the same change would often reduce or eliminate the drug's beneficial effects.

Thus, in general, the „design" of drugs cannot be changed. Penicillin may be the classic example of a drug that, while highly beneficial to most people, can be hazardous, indeed lethal, to others. The most im-

portant thing to note about this novel liability standard is that it leaves a very small window for design defect claims for prescription drugs. At the same time, most prescription drug litigation properly is based on the adequacy of warnings and instructions provided to the doctors or consumers.

In the Republic of Moldova, the design defect does not exist as a strong concept, also is not defined in the national legislation. In accordance with the provision of the Moldavian Civil Code[3], they are based on the manufacturing defect. At the same time, the simple modern chain of production is respected.

Producer
↓
Distributor
↓
Retailer
↓
Consumer

In this regard, according to the European product liability law, we propose to fulfill the abovementioned chain with the word „designer" that will be the first in the model and will be involved as a liability party responsible for the damage caused by a defective product.

Notes:

[1] Stephen W.Hewitt. *Manufacturer's Liability for Defective Goods.* BSP Profesional Books, p.230.

[2] David G.Owen, Jerry J.Phillips. *Products liability in a nutshell.* Seventh Edition.Thomas West, 2005, p.240.

[3] article 1425 to 1431 Moldavian Civil Code nr.1107 from 06 June 2002 // Official Publication nr.82-86 article 661, 2002.

Bibliography:

• Cambell Dennis. *Product liability: prevention, practice and process in Europe and the United States*. – Kluwer, 1989, p.210.

• Jane Stapleton. *Product liability.* – London Butterworths, 1994, p.384.

• David G.Owen. *Products Liability Law.* – HornBooks Series. Thomson West 2005, p.1385.

Semnat pentru tipar 27.03.2009. Formatul 60x84 1/8.
Tipar ofset. Coli tipar conv. 10,5. Tiparul executat la tipografia "Elan Poligraf".
Tiraj – 650.