ISSN 1811-0770

REVISTA NAȚIONALĂ DE DREPT

(Publicație periodică științifico-practică)

nr. 9 (108) 2009

Certificatul de înregistrare nr. 1003600061124 din 27 septembrie 2000

Publicație acreditată de Consiliul Suprem pentru Ştiință şi Dezvoltare Tehnologică al Academiei de Ştiințe a Moldovei prin Hotărârea nr. 61 din 30.04.2009
Categoria C

FONDATORI:

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

REDACTOR-ŞEF
Gheorghe AVORNIC

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

COLEGIUL DE REDACȚIE:

Gheorghe Ciocanu (doctor habilitat în științe fizico-matematice, profesor universitar),
Iurie Sedlețchi (doctor în drept, profesor universitar),
Ioan Humă (doctor în drept, profesor universitar, Universitatea „Danubius" Galați, 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 REDACȚIEI:

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

Indexul PM 31536.

© Revista Națională de Drept

SUMAR

Gheorghe AVORNIC
Comentariu ştiințific pentru o Teorie Generală a Statului şi Dreptului 2

Sergiu BRÎNZĂ
Comentariul unor prevederi ale Hotărârii Plenului Curții Supreme de Justiție „Despre practica judiciară în cauzele din categoria infracțiunilor privind viața sexuală", nr.17 din 7.11.2005 6

Emilia MIHAI
Despre eficiența programelor europene de clemență 15

Raisa GRECU
Constantin Stere despre dreptul la petiționare ca garanție a tuturor drepturilor 23

Lilia GÎRLA
Pornografia infantilă în formă electronică: unele aspecte juridico-penale şi criminologice..... 28

Vitalie STATI
Infracțiunea de încălcare a regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport de către persoana care conduce mijlocul de transport (art.264 C.pen. RM): conotații practice şi teoretice 32

Андрей БОРШЕВСКИЙ, Борис СОСНА
Юридические аспекты применения норм обычного права в Молдове..... 43

Ion ȚURCAN
Provocarea coruperii pasive 48

Ion ȚUȚUIANU
Protecția consumatorului în viziunea legislației româneşti şi a celei comunitare 53

Serghei MIŞIN
Reglementări juridice privind formele de guvernământ din societățile cu democrație tânără..... 56

Олег ПОАЛЕЛУНЖЬ
Юридическая сила ордонансов, издаваемых Правительством Республики Молдова..... 59

COMENTARIU ŞTIINȚIFIC PENTRU O TEORIE GENERALĂ A STATULUI ŞI DREPTULUI

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

SUMMARY

This article is a scientific approach on teaching and research methods applicable to the General Theory of State and Law in universities and especially at Moldova State University.

The article's idea starts with the necessity of studying law in connection with the state. Thus, there is a review of a great scientist's arguments submitted along the history for the existence and study of the General Theory of State and Law.

The General Theory of Law must be studied in connection with the General Theory of State, which led to their common approach, called the General Theory of State and Law. This idea was accepted by other theorists of law and teaching practice showing that you cannot make a proper image of law, without a theory of state, the general theory of law, it is the science of essentiality founding concepts of extreme generality such as, for example, the social conscience, the superstructure, which, ultimately, play a role in formulating the concepts and guidelines in the field of judiciary.

The formation of the General Theory of State and Law like an independent discipline and teaching science – separate from philosophy, theology and ethics – belongs to the modern era. We can certainly say that the state is not the only factor that creates the law and ensure its realization. The research of the law without state is less effective than the formation of a general theory of these phenomena socially unique, politically and legally, giving a greater effect taken together.

După o activitate în acest domeniu de mai bine 20 de ani şi finalizând recent un Tratat de Teorie Generală a Statului şi Dreptului, în două volume, conform noilor cerințe înaintate odată cu aderarea țării noastre la Procesul Bologna, aş dori să mă expun vis-à-vis de predarea acestei ştiințe şi discipline didactice în universități şi, în mod special, la Universitatea de Stat din Moldova. La începutul anilor '90 ai secolului trecut, în urma evenimentelor care au avut loc în acea perioadă, am inclus în planurile de învățământ şi disciplina *Teoria generală a dreptului* după modelul francez, sau, mai precis, urmând exemplul colegilor noştri din România.

De la bun început am avut o poziție puțin diferită de a majorității de atunci – de a exclude din programa de studii şi din denumirea disciplinei sintagma *Teoria generală a statului*, poziție care atunci nu a fost susținută. Dar au trecut ani, am avut posibilitatea să experimentăm, să medităm şi să analizăm la rece, ca astăzi cu toată certitudinea şi responsabilitatea să confirmăm o dată în plus că poziția noastră de atunci nu s-a schimbat, ci, dimpotrivă, a devenit mai stabilă şi argumentată. În acest articol ne vom strădui să facem o succintă analiză a publicațiilor din ultimii ani, inclusiv aparținând colegilor noştri din România, exemplul cărora l-am urmat, deoarece la universitățile din spațiul ex-sovietic au fost excluse din denumire doar cuvintele „marxist-leninistă", în rest păstrându-se atât denumirea, cât şi conținutul disciplinei *Teoria Generală a Statului şi Dreptului.*[1]

Mai întâi, vreau să mulțumesc pe această cale colegilor şi prietenilor mei profesorilor Sofia Popescu, Ion Craiovan, Ioan Humă şi altora pentru materialele prezentate la **Primul simpozion de Teoria Generală a Statului şi Dreptului**[2], manifestare ştiințifică ce a avut loc la Cluj-Napoca în perioada 10-13 mai 2002, cu participarea unor distinşi profesori universitari de la diferite universități din România, reprezentanți ai unor prestigioase instituții de stat, care şi-au adus un modest omagiu celui care a fost Ioan Ceterchi, profesor universitar, doctor, docent, om de ştiință şi om de stat, membru corespondent al Academiei Române, deținător al demnității de Preşedinte al Consiliului Legislativ în perioada 1971-1980, de la a cărui încetare din viață, la 5 aprilie 2002, s-au împlinit zece ani. Chiar dacă venim cu o mare întârziere să comentăm aceste materiale, considerăm că sunt destul de actuale şi binevenite şi vom încerca să convocăm (în aprilie 2012, la Chişinău) o conferință ştiințifică internațională în memoria acestui mare savant, cu participarea unor personalități notorii din întreaga lume, pentru a face totalurile activității ştiințifice din ultimii zece ani de zile privind problemele strategice ale Teoriei Generale a Statului şi Dreptului.

Referitor la cariera profesională a profesorului Ioan Ceterchi, aş recomanda cititorilor să ia cunoştință de articolul elaborat de Dragoş Iliescu, dr., Preşedintele Consiliului Legislativ în acea perioadă.[3] În acest context trebuie remarcat faptul că Ioan Ceterchi s-a dovedit a

fi un demn continuator al unor juriști români celebri, preocupați de filosofia dreptului și sociologia dreptului, cum au fost Mircea Djuvara și Mircea I.Manolescu, care s-au numărat printre făuritorii de frunte ai Școlii de drept românești, având rădăcini adânci atât în Școala de drept franceză, cât și în cea italiană.

În concepția lui I.Ceterchi, Teoria Generală a Dreptului trebuia studiată în conexiune cu Teoria Generală a Statului, fapt ce a dus la abordarea în comun a acestora, sub denumirea ***Teoria Generală a Statului și Dreptului***. Această idee a fost acceptată și de alți teoreticieni ai dreptului, pentru ca din practica didactică să reiasă că nu se poate realiza o imagine adecvată asupra dreptului fără o teorie a statului în ce privește teoria generală a dreptului. Aceasta se constituie, în opinia lui I.Ceterchi, în știința esențializării lui, fundamentându-se pe concepte de maximă generalitate, cum ar fi, de pildă, cel de conștiință socială, de suprastructură, care, în ultimă instanță, joacă un rol determinant în formularea conceptelor și orientărilor din domeniul juridicului.

Pe de altă parte, referindu-ne la fenomenul numit *stat* este de remarcat că Ioan Ceterchi a știut să arate studenților primului an al Facultății de Drept ce înseamnă un lucru cu atât mai greu de explicat, cu cât toată lumea are impresia că îl cunoaște. Pentru cei care știau să citească printre rânduri, I.Ceterchi a predat o teorie a statului care dezvoltă cunoașterea și chiar acordă o preferință discretă teoriilor catalogate atunci burgheze. S-a întâmplat așa cu teoria suveranității, cu teoria apariției statului, cu fundamentul și funcțiile acestuia, cu teoria esenței statului.

Conștient de importanța Teoriei Generale a Statului și Dreptului, I.Ceterchi a pledat în favoarea transformării acestei discipline într-o disciplină de sine stătătoare. El a pornit de la faptul că în realitatea obiectivă există legități ale dezvoltării fenomenelor juridico-statale, legături esențiale care au un caracter general și fără a căror cunoaștere nu este posibilă cercetarea mai mult sau mai puțin aprofundată a obiectului celorlalte discipline juridice. Având o asemenea viziune, I.Ceterchi a stabilit, în lucrarea „*Teoria Generală a Statului și Dreptului*”, locul acestei discipline, pe care a definit-o ca acea ramură a științei juridice care studiază legitățile existenței statului și dreptului, esența, conținutul și formele statului și dreptului în general și în cadrul diferitelor orânduiri sociale, și formulează categoriile generale ale fenomenelor juridico-statale, care au o însemnătate principială pentru toate celelalte științe juridice. El a sesizat că fără această definiție nu pot fi lămurite caracteristicile diferitelor tipuri de stat și nici evoluția istorică a statului.

Profesorul Ioan Ceterchi a acordat, totodată, o mare atenție și încadrării Teoriei Generale a Stautlui și Dreptului într-o viziune filosofică generală despre lume. În opinia lui I.Ceterchi, filosofia constituie baza teoretico-metodologică pentru științele juridice. Din opera lui I.Ceterchi se desprinde ideea că filosofia se folosește de generalizări care cuprind întreaga sferă a existenței, care sunt apoi aplicabile și unui domeniu mai restrâns, cum este acela al dreptului.

Se cuvine, de asemenea, semnalat că opera sa oglindește o opțiune filosofico-juridică menită să conducă la realizarea libertății. În „*Introducere în Teoria Generală a dreptului*”, lucrare apărută postum, în 1993, când a realizat-o în colaborare cu profesorul Ion Craiovan, el susținea că statul de drept a apărut ca o replică la abuzul de putere, la statul absolutist. Se poate spune că I.Ceterchi a reușit, chiar în condițiile vitrige ale regimului totalitar, să cunoască pe deplin realitatea statului, dar timpul scurt pe care l-a mai trăit după Revoluția din decembrie 1989 nu i-a permis să comunice altora această cunoaștere.

Un alt susținător al ideii pentru o Teorie Generală a Statului și Dreptului este și profesorul universitar dr. Gheorghe Boboș.[4] El nu este de acord cu părerea autorilor care susțin că denumirea *Teoria Generală a Statului și Dreptului* ar fi o creație din anii socialismului, prin care se sublinia rolul predominant al statului în economie și, în general, în viața socială și, deci, ar trebui să renunțăm la această denumire în condițiile în care dorim să creăm un stat de drept. Tratarea statului împreună cu dreptul o întâlnim înca în secolul XIX, la Hegel, care și-a intitulat una dintre cele mai importante lucrări ale sale „*Principiile filosofiei dreptului sau Elemente de drept natural și de știință a statului*”.[5]

O concepție interesantă și o prezentare a evoluției istorice a concepției despre Teoria Generală a Statului și Dreptului o găsim în lucrarea profesorului Radomir Lukic „*Theorie de l'etat et du droit*”.[6] El susține că dacă le privim ca materii juridice, observăm că știința despre drept este cea care a apărut întâi, cu mult înaintea științei despre stat, care în decursul unei îndelungate perioade de timp a rămas în cadrul filosofiei generale, înainte de a deveni, în epoca modernă, obiect al studiilor juridice. Chiar și în prezent, în studiul statului există mai multe elemente extrajuridice decât în domeniul dreptului.

Odată cu apariția statului și dreptului ca fenomene distincte omul a început să le studieze în tendința lui de a interpreta natura și societatea. Făcând acest lucru, explicațiile cu tentă filosofică au fost date, la început, mai mult statului, fenomen mai maleabil decât dreptul și mai vizibil, prin aparatul său și prin mijloacele sale de constrângere. Acest aparat nu a existat în orânduirea gentilică și apariția lui nu a putut trece neobservată. În schimb, dreptul a reținut mai puțin atenția, întrucât înaintea apariției lui au existat alte reguli determinante privind viața oamenilor în societate (cutumele laice și religioase ale moralei) care erau, oarecum, de același ordin, în sensul că se refereau la credința umană, în timp ce statul nu a cunoscut un fenomen precursor asemanător lui.

Anume așa explică profesorul Gheorghe Boboș faptul că deja primii filosofi greci au elaborat anumite

idei cu privire la stat în contextul ideilor lor general-filosofice. Platon şi Aristotel au elaborat câteva lucrări interesante cu această temă[7], care a constituit multă vreme un prilej de reflecție. În cadrul filosofiei generale şi alături de lucrările asupra statului au început să se dezvolte, ce-i drept – mult mai încet, şi studii despre drept, sub forma unei filosofii a dreptului. Se poate observa, însă, că încă în această perioadă de început s-au pus câteva probleme esențiale ale filosofiei dreptului, cum sunt: fundamentul dreptului şi justificarea lui; strânsa lui legătură cu politica şi cu societatea – pe de o parte, şi cu statul – pe de altă parte.

La simpozionul menționat mai sus profesorul universitar dr. Momcilo Luburici a făcut o trecere în revistă despre formarea Teoriei Generale a Dreptului şi Statului ca ştiință şi ca disciplină de studii. Ea este o ştiință despre societate, o ştiință socială, deoarece în sfera ei de preocupare intră studiul *statului* şi *dreptului* – fenomene ale vieții sociale. Teoria Generală a Dreptului şi Statului este o ştiință care, cercetând în principal dreptul şi statul, fenomene sociale corelate, dar făcând parte din sfere sociale diferite – juridică şi politică – se încadrează, prin obiectul ei, în rândul disciplinelor complexe.

În ceea ce priveşte cercetarea statului, ştiința juridică se preocupă de aspectele sale juridice. Un prim aspect juridic al statului constă în aceea că el este organizat cu ajutorul normelor juridice. Structura aparatului de stat este precis determinată prin legi şi alte acte normative, astfel încât cercetarea sistemului organelor, a instituțiilor de stat, a raporturilor lor ierarhice nu este posibilă fără un examen al reglementării juridice. Acelaşi lucru este pe deplin valabil şi pentru activitatea organelor de stat, pentru funcționarea lor, care urmează anumite căi, presupune folosirea unor metode şi procedee – toate fixate prin prevederi juridice. Desigur, aceste aspecte ale reglementării juridice, ale organizării şi activității statului nu schimbă faptul că acesta este o instituție, o organizație politică.[8]

Studiind compartimente diferite ale juridicului şi politicului, examinând o mare varietate de norme juridice şi de acte normative şi individuale, cercetând raporturile juridice în multitudinea şi diversitatea lor şi din diferite unghiuri de vedere, ştiința juridică se divide în ramuri sau discipline ştiințifice, ea constituind, de fapt, un sistem de ştiințe juridice. Dreptul şi statul sunt analizate de ştiința juridică fie în întregul lor, în general, fie în evoluția lor concretă, precum şi pe ramuri de drept (cu raporturile juridice corespunzătoare).

În sistemul ştiințelor juridice un loc aparte îl ocupă Teoria Generală a Statului şi Dreptului, care față de celelalte ştiințe juridice, istorice şi de ramură joacă rolul teoriei lor generale. Numai o disciplină ştiințifică care prin obiectul ei de studiu nu se limitează la examinarea unuia sau altuia dintre compartimentele juridicului şi politicului, ci le cercetează în întregul lor, poate fixa obiectul de studiu al întregii ştiințe juridice, metodologia ei generală, interferențele ei cu celelalte ştiințe sociale înrudite, toate acestea constituind puncte de plecare pentru orice ştiință juridică.

O poziție aparte în această problematică o are profesorul universitar dr. Sofia Popescu.[9] În cursul *„Teoria Generală a Statului şi Dreptului*", publicat în 1989, Ioan Ceterchi împreună cu Momcilo Luburici, prof. univ., dr.[10], evidența dublul caracter: politologic şi juridic al acesteia, precizând că ea studiază probleme fundamentale ale ştiinței politice, cum sunt, în primul rând, esența, conținutul şi forma statului, tipul istoric de stat, funcțiile statului, dintr-un unghi diferit de cel al ştiinței politice, în sensul că se ocupă de aspectele juridice ale statului, că utilizează criteriul juridic.

Sesizându-se varietatea opiniilor referitoare la obiectul ştiinței politice, era menționată şi aceea care îl restrânge la cercetarea exclusivă a statului. În acelaşi curs este reluată ideea pe care I.Ceterchi o susține la Simpozionul Internațional cu tema „Despre filosofia dreptului", care a avut loc la Belgrad, în 1978.[11] Este vorba despre aprecierea că natura complexă, unitară a Teoriei Generale a Statului şi Dreptului nu exclude posibilitatea existenței şi constituirii unor discipline mai restrânse, care să studieze statul sau dreptul din perspectivă exclusiv politologică, sau juridică, sau filosofică, cum ar fi, bunăoară, Teoria Generală a Statului (fără drept), Teoria Generală a Dreptului (fără stat) sau Filosofia Dreptului. Preocupați, în mod special după decembrie 1989, de recunoaşterea disciplinei ştiințifice şi didactice a Teoriei Generale a Statului şi Dreptului de care ne ocupăm – menționează aceiaşi autori – nu putem să nu recunoaştem menținerea, şi în prezent, a valabilității concluziilor la care ne-am referit, mai ales atunci când le comparăm cu opiniile mai vechi sau mai noi ale unor specialişti occidentali.

Să ne amintim, de exemplu, de faptul că Hans Kelsen[12] publică (în 1925, la Berlin) „*Teoria Generală a Statului*", iar Carre de Malberg[13] (în Franța), lucrarea sa de referință „*Contribuții la Teoria Generală a Statului*". În aceeaşi țară apare (la Paris, în 1944) lucrarea lui Michel Troper[14], intitulată „*Pentru o Teorie Juridică a Statului*". Actualitatea referințelor la conexiunea dintre Teoria Generală a Statului şi Dreptului – pe de o parte, şi ştiința politică – pe de alta, aparținând profesorului universitar Ioan Ceterchi, precum şi justețea grijii sale pentru evitarea identificării celor două ştiințe reiese şi din analiza poziției profesorului Francois Terre.[15] În ediția din 1998 a lucrării sale „*Introducere generală în drept*", ocupându-se de ştiințele juridice auxiliare, sublinia că în cercetarea dreptului nu se poate face abstracție de ştiința politică, având ca obiect puterea şi statul şi că, deşi politica instaurează relații diferite de relațiile care interesează juridicul, nu se poate afirma că dreptul nu este legat în nici un fel, de politică.

Prezintă interes faptul că profesorul Boris Negru[16], în manualul său publicat la Chişinău în 1999, respinge

caracterizarea disciplinei, pe care o intitulează *Teoria Generală a Dreptului şi Statului*, ca ştiinţă politică, deşi include în obiectul ei de interes comun esenţa, conţinutul şi forma statului.

Cunoscuţi specialişti belgieni în domeniul de care ne ocupăm, cum sunt Mark Hoecke[17], Francois Ost şi Michel Van de Kerchove[18], promovează abordarea pluridisciplinară, ultimii susţinând, încă din 1987, constituirea unei teorii critice interdisciplinare a dreptului, plasată între dogmatica juridică şi ştiinţele sociale, teorie menită să întreţină dialogul între jurişti şi reprezentanţii ştiinţelor sociale. În legatură cu întreţinerea acestui dialog care revine în mod necesar Teoriei Generale a Dreptului, am sugera că, deoarece se ocupă inevitabil de corelaţia dintre stat şi drept, urmează să coopereze cu ştiinţa politică şi cu sociologia politică şi juridică în domeniul raporturilor dintre stat şi societatea civilă.

Chiar dacă autorii cursurilor româneşti[19], publicate după 1989, nu le intitulează decât *Teoria Generală a Dreptului* sau *Introducere în studiul dreptului*, în majoritatea lor tratează corelaţia dintre *stat* şi *drept*, pe care am putea-o considera, în mod justificat, o constantă în evoluţia celor două elemente. În cadrul acestui aspect sau în afara lui este examinat şi statul de drept. Aşa, bunăoară, profesorul universitar Ion Craiovan intitulează Titlul al V-lea al Tratatului său de Teorie Generală a Dreptului, *Dreptul şi Statul*, dar de la început aminteşte de faptul că Mircea Djuvara consideră că realitatea, desigur, cea mai puternică şi cea mai interesantă în drept, cea mai pasionată este statul. În Capitolul II al Titlului examinează corelaţia stat-drept, iar în Capitolul IV – statul de drept.

Mircea Djuvara consideră statul ca legiuitor şi organizator al dreptului, care a fost anterior statului, pentru că însăşi misiunea statului este cea de organizare şi aplicare a dreptului, că dreptul este un produs al raţiunii omeneşti, oricât de rudimentară ar fi în societăţile primitive.[20] De altfel, această opinie a fost împărtăşită şi de specialişti români, care au exprimat-o după 1989, ca, de exemplu, Liviu P.Marcu, specialist şi în istoria dreptului, sau Adam Popescu.

Şi totuşi, în concluzie afirmăm că formarea ***Teoriei Generale a Statului şi Dreptului*** ca ştiinţă autonomă şi disciplină didactică – separată de filosofie, teologie şi etică – aparţine epocii moderne. Putem spune cu certitudine că *statul* nu este unicul factor care creează *dreptul* şi asigură realizarea lui. Iar cercetarea fenomenului *drept* fără fenomenul *stat* este mai puţin eficace decât formarea unei teorii generale unice a acestor fenomene sociale, politice şi juridice, care dau un efect mai mare doar impreună.

Note:

[1] *A se vedea:* С.С. Алексеев. *Общая теория государства и права.* – Москва: Юридическая литература, 1985; Idem. *Проблемы теории государства и права.* – Москва: Юридическая литература, 1987; Idem. *Общая теория государства и права.* – Москва: Проспект; 2008, А.А. Лазарев. *Общая теория государства и права:* Учебник. – Москва, 2002; М.Н. Марченко. *Общая теория государства и права*: Учебное пособие. – Москва: Проспект, 2007, etc.

[2] **Materialele primului simpozion de Teoria Generală a Statului şi Dreptului,** Cluj-Napoca, 10-13 mai 2002, un omagiu în memoria celui care a fost profesor universitar, doctor, docent, om de ştiinţă şi om de stat **Ioan Ceterchi,** membru corespondent al Academiei Române, deţinător al demnităţii de preşedinte al Consiliului Legislativ în perioada 1971-1980, de la a cărui încetare din viaţă s-au împlinit, la 5 aprilie 2002, zece ani.

[3] *A se vedea:* D.Iliescu. *Zece ani de la încetarea din viaţă a profesorului universitar, doctor, docent şi membru corespondent al Academiei Române Ioan Ceterchi.* – Cluj-Napoca, 2002.

[4] *A se vedea:* Gh.Boboş. *Pentru o Teorie Generală a Statului şi Dreptului.* – Cluj-Napoca, 2002.

[5] *A se vedea:* G.W.F. Hegel. *Principiile filosofiei dreptului sau Elemente de drept natural şi de ştiinţă a statului.* – Bucureşti: IRI, 1996.

[6] *A se vedea:* R.Lukic. *Theorie de l'etat et du droit.* – Paris: Dalloz, 1974.

[7] *A se vedea:* Platon. *Republica.* – În: Platon. *Opere.* Vol.II. – Bucureşti: Editura Ştiinţifică şi Enciclopedică, 1986; Aristotel. *Politica.* – Oxford, Oxford University Sun, 1957, *citat de* Gh.Boboş în: *Pentru o Teorie Generală a Statului şi Dreptului.*

[8] *A se vedea:* M.Luburici. *Formarea Teoriei Generale a Dreptului şi Statului.* – Cluj-Napoca, 2002.

[9] *A se vedea:* S.Popescu. *Numai o Teorie Generală a Dreptului sau o Teorie Generală a Statului şi Dreptului sau o Teorie Generală a Dreptului şi Statului?* – Cluj-Napoca, 2002.

[10] *A se vedea:* I.Ceterchi, M.Luburici. *Teoria Generală a Statului şi Dreptului.* – Universitatea din Bucureşti, 1989, p.6,8,9.

[11] Comunicarea sa la această manifestare ştiinţifică internaţională s-a referit la raportul dintre filosofia dreptului şi teoria statului şi dreptului şi a fost publicată în: Recueil des travaux du symposium international sur la Philosophie du droit de l'Academie Serbe des sciences et des arts. Sciences Sociales. Vol.II. – Belgrad, 1978, p.17-24.

[12] *A se vedea:* H.Kelsen. *Allgemeine Staatslehre, citat de* Sofia Popescu în: *Numai o Teorie Generală a Dreptului sau o Teorie Generală a Statului şi Dreptului sau o Teorie Generală a Dreptului şi Statului?* – Cluj-Napoca, 2002.

[13] *A se vedea:* Carre de Malberg. *Contribution a la theorie generale de l'Etat* / reedition par CNRS, 1960.

[14] *A se vedea:* M.Troper. *Pour une theorie juridique de l'Etat.* – Paris: PUF, 1994.

[15] *A se vedea:* Fr.Terre. *Introduction generale au droit.* 4 edition. – Paris: Dalloz, p.28.

[16] *A se vedea:* B.Negru. *Teoria Generală a Dreptului şi Statului.* – Secţia de editare a Academiei de Administrare Publică de pe lângă Guvernul Republicii Moldova, 1999.

[17] *A se vedea:* Mark von Hoecke. *What is Legal Theory.* – Leuven, 1985, p.72; *Termenul Theorie generale du droit.* – În: Dictionnaire enciclopedique de theorie et sociologie du droit. – Paris: Bruxelles, 1988.

[18] *A se vedea:* Francois Ost, Michel van de Kerchove. *Jalons pour une Theorie critique du droit.* – Publications des Facultes Universitaires Sain-louis, Bruxelles, p.26, 93-95.

[19] *A se vedea:* Gh.Mihai, R.Motica. *Teoria Generală a Dreptului.* – Timişoara, 2000; I.Craiovan. *Tratat elementar de teorie generală a dreptului.* – Bucureşti: ALL Beck, 2001; M.Dumitru. *Tratat de teorie generală a dreptului.* – Bucureşti: Lumina LEX, 2004; A.Popescu. *Teoria dreptului.* – Bucureşti: România de mâine, 1999.

[20] M.Djuvara. *Teoria generală a dreptului. Drept raţional, izvoare şi drept pozitiv.* – Bucureşti: ALL, 1995 şi 1999.

COMENTARIUL UNOR PREVEDERI ALE HOTĂRÂRII PLENULUI CURȚII SUPREME DE JUSTIȚIE „DESPRE PRACTICA JUDICIARĂ ÎN CAUZELE DIN CATEGORIA INFRACȚIUNILOR PRIVIND VIAȚA SEXUALĂ”, nr.17 din 7.11.2005

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

SUMMARY

The present study is dedicated to the elucidation of some concepts formulated in the Decision of the Plenum of the Supreme Court of Justice of Republic of Moldova, regarding the judicial practice in the cases from the category of offences concerning the sexual life: sexual relations, sexual acts, the satisfaction of the sexual lust in perverse forms, sexual perversity etc. The aim of the study is to orientate the judges and the prosecutors towards a correct interpretation and application of the provisions of the art.171 and 172 of the Criminal Code of Republic of Moldova. The theoretical investigation has an obvious practical pivot, because the most difficult aspects of the application of the penal responsibility for the rape offence and the violent action with sexual character are examined.

La 7.11.2005, Plenul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova a adoptat Hotărârea nr.17 „Despre practica judiciară în cauzele din categoria infracțiunilor privind viața sexuală”.[1] Apariția acestei hotărâri explicative a fost așteptată și salutată de teoreticieni și practicieni, noua hotărâre reprezentând un instrument de interpretare a legii penale net superioare în plan calitativ față de Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție „Cu privire la practica judiciară în cauzele despre infracțiunile sexuale”, nr.7 din 29.08.1994.[2]

Totuși, recomandările din Hotărârea Plenului nr.17/2005 nu întotdeauna sunt suficient de dezvoltate și clare, pentru a corespunde nivelului de accesibilitate a tuturor beneficiarilor și destinatarilor legii penale. Este firesc, deoarece un act cum este Hotărârea explicativă a Plenului Curții Supreme de Justiție poate doar să contureze cadrul general de interpretare a unor norme penale. Iată de ce, am considerat necesară contribuția la dezvoltarea acestui cadru, răspunzând necesităților crescânde ale practicii și teoriei dreptului penal și utilizând la maxim randament potențialul concepțiilor, teoriilor și tezelor doctrinare referitoare la infracțiunile privind viața sexuală.

Astfel, la pct.1 al Hotărârii Plenului nr.17/2005 sunt formulate definițiile celor patru noțiuni care sunt esențiale pentru înțelegerea caracterului și conținutului faptelor prejudiciabile din cadrul infracțiunilor privind viața sexuală: „raportul sexual”; „homosexualismul”; „lesbianismul”; „satisfacerea poftei sexuale în forme perverse”. În mare parte, aceste definiții sunt formulate corect. Însă, datorită laconismului lor, nu întotdeauna înlesnesc delimitarea raportului sexual de alte acte sau contacte sexuale cu relevanță penală, precum și delimitarea actelor sau contactelor sexuale cu relevanță penală de manifestările de viață sexuală care nu au o asemenea relevanță.

Conform lit.a) pct.1 al Hotărârii Plenului nr.17/2005, prin „raport sexual” se înțelege actul sexual normal (sub aspect fiziologic) dintre persoane de sex diferit. Din analiza acestei definiții putem desprinde următoarele trei semne necesare și suficiente ale noțiunii de raport sexual:

1) act sexual;
2) act normal (sub aspect fiziologic);
3) act dintre persoanele de sex diferit.

În cele ce urmează vom examina pe rând fiecare din cele trei semne constitutive ale noțiunii de raport sexual. Privitor la **primul semn**, menționăm că actul sexual reprezintă orice modalitate de obținere a unei satisfacții sexuale prin folosirea sexului sau acționând asupra sexului. În context, prin „sex” se are în vedere nu neapărat organele genitale. Se au în vedere și alte părți ale corpului care comportă semnificație în planul senzualității sexuale. De aceea, are dreptate M.A. Hotca care consideră că actul sexual este acea practică sexuală care, fiziologic, este aptă să producă orgasm.[3]

În cazul raportului sexual, o astfel de practică sexuală constă în conjuncția (copularea; împreunarea) organelor de sex masculin și feminin. În alte cuvinte, constă în actul de pătrundere (introducere) a organului procreator al bărbatului în organul corespunzător al femeii.

Cel de-al doilea semn constitutiv al noțiunii de raport sexual arată că raportul sexual este nu un oricare act sexual, dar numai actul sexual normal (sub aspect fiziologic).

În legătură cu aceasta, amintim că în Hotărârea Plenului nr.7/1994 era utilizată noțiunea „raport se-

xual nenatural". În acelaşi context, menţionăm că, de exemplu, în Hotărârea Plenului Judecătoriei Supreme a Republicii Belarus „Cu privire la practica judiciară în cauzele legate de viol", nr.9 din 6.12.1994, se menţionează că raport sexual trebuie considerată, inclusiv, relaţia sexuală în formă perversă, dacă făptuitorul acţionează în scopul satisfacerii necesităţii sexuale.[4] Nu putem accepta asemenea concepţii. Ele sunt nocive pentru practica judiciară, întrucât generează pericolul de confundare a infracţiunii de viol cu infracţiunea prevăzută la art.172 C.pen. RM.

Accentuăm, că noţiunea de raport sexual este o noţiune medico-legală cu un conţinut precis. Această noţiune nu poate fi confundată cu alte noţiuni de care este legată într-un fel sau altul: „act sexual", „relaţie sexuală", „contact sexual" etc. De aceea, este inacceptabilă expresia „raport sexual nenatural". Este important să fie respectată voinţa legiuitorului care foloseşte noţiunea „raport sexual" nu în art.172 C.pen. RM. Legiuitorul nu atribuie acestei noţiuni calificative de tipul „natural-nenatural", „normal-anormal", „firesc-nefiresc". Aceasta are importanţă decisivă la delimitarea corectă a violului de infracţiunile asemănătoare privind viaţa sexuală. În planul delimitării violului de infracţiunea prevăzută la art.172 C.pen. RM, este necesar a specifica că anume noţiunea de raport sexual este cea care caracterizează specificul infracţiunii de viol.

Noţiunile „natural-nenatural", „normal-anormal", „firesc-nefiresc" trebuie folosite pentru caracterizarea nu a raportului sexual, dar a actului sexual. „Actul sexual" este o noţiune mai largă decât „raportul sexual". Raportul sexual reprezintă actul sexual normal, natural, firesc. După ştiinţa şi după concepţia comună, celelalte varietăţi de acte (sau contacte) sexuale nu pot fi considerate normale, naturale, fireşti. Deoarece nu presupun ca obiectiv procrearea. Ele presupun în mod necesar substituirea organelor genitale de către cel puţin unul dintre subiecţi cu alte părţi ale corpului ori cu obiecte „ajutătoare", sau recurgerea la unele procedee artificiale.

Iată ce afirmă în această privinţă T.Pop: „Este un act contra naturii. Este un act antifiziologic. Este o aberaţie, o inversiune sau perversiune a instinctului sexual. Actul este anormal, fiindcă se săvârşeşte: 1) asupra unei persoane de acelaşi sex ori asupra unui animal sau obiect; 2) sau se înlocuiesc organele genitale cu alte organe, membre sau obiecte... 3) sau se produce excitaţia, orgasmul sexual ori ejacularea prin mijloace sau procedee artificiale, respingătoare, nefireşti, anormale".[5]

De ce atunci acelaşi autor menţionează că raportul sexual este actul prin care organul genital al unei persoane este introdus în corpul celeilalte persoane, pe cale normală sau anormală, pentru a face astfel posibil coitul sau un echivalent al acestuia?[6] Considerăm că T.Pop se referă la ipoteza când făptuitor al violului este femeia, iar victima este bărbatul. Caz în care făptuitoarea trebuie să provoace (iar uneori şi să menţină) artificial erecţia, pentru a face posibilă întreţinerea raportului sexual cu victima. Aşadar, asigurarea pe cale anormală a realizării raportului sexual nu trebuie confundată cu actul sexual anormal.

În altă ordine de idei, dar în legătură cu acelaşi semn constitutiv al noţiunii de raport sexual, trebuie de menţionat că raportul sexual presupune un act fiziologic, şi nu simpla apropiere sau atingere a organelor genitale. Într-un asemenea caz, dacă victima este o persoană despre care se ştia cu certitudine că nu a atins vârsta de 16 ani, fapta constituie acţiuni perverse (infracţiune prevăzută la art.175 C.pen. RM). În acest sens, în pct.20 al Hotărârii Plenului nr.17/2005, este corectă ideea că sub incidenţa art.175 C.pen. RM se află acţiunile cu caracter sexual, altele decât raportul sexual şi homosexualitate.

Cel de-**al treilea semn constitutiv** al noţiunii de raport sexual arată că raportul sexual este un act dintre persoane de sex diferit.

Cu alte cuvinte, raportul sexual este un act heterosexual, un act dintre un bărbat şi o femeie. Sau dintre o femeie şi un bărbat, pentru că victimă în cazul violului poate fi nu numai o femeie, dar şi un bărbat. Aceasta rezultă cu suficientă claritate din varianta în limba rusă a art.171 C.pen. RM, în care se utilizează expresiile „несовершеннолетняя (несовершеннолетний)" şi „потерпевшая (потерпевший)".

Referindu-se la actul de viol al bărbatului de către femeie, V.Cioclei argumentează că acesta este perfect posibil şi realizabil, aducând o serie de considerente pertinente şi consistente.[7] Că violul bărbatului de către o femeie nu mai este o ciudăţenie, despre care vorbesc doar teoreticienii, ne-o demonstrează datele statistice oficiale. Astfel, de exemplu, din totalul de 227 de persoane care au comis violul în 2005 patru sunt femei.[8]

În contextul aceluiaşi semn constitutiv al noţiunii de raport sexual nu trebuie să uităm că nu este exclus ca făptuitorul sau victima unei infracţiuni privind viaţa sexuală să fie purtătorul unei intersexualităţi. Astfel, de exemplu, hermafroditismul reprezintă coexistenţa simultană a unor elemente anatomice masculine şi feminine. În dependenţă de predominarea elementelor feminine sau masculine, actul sexual va fi considerat sau nu raport sexual. În rezultat, fapta se va califica potrivit art.171 C.pen. RM sau potrivit art.172 C.pen. RM. Este posibil ca făptuitorul să aibă o reprezentare greşită în privinţa predominării elementelor anatomice masculine sau feminine la victimă. În asemenea cazuri, respectiva eroare de fapt trebuie să aibă ca efect calificarea faptei ca tentativă de viol (de exemplu, când făptuitorul de sex masculin consideră eronat că săvârşeşte un raport sexual) sau ca tentativă la infracţiunea prevăzută la art.172 C.pen. RM (de exemplu, când făptuitorul de sex feminin consideră eronat că săvârşeşte un act de homosexualitate).

La lit.d) pct.1 al Hotărârii Plenului nr.17/2005 este definită noțiunea „satisfacerea poftei sexuale în forme perverse": practicarea de acte sexuale nefireşti, care urmăresc scopul satisfacerii instinctului sexual prin diferite procedee (analo-genitale, oralo-genitale, oralo-anale), cu excepția homosexualismului şi a lesbianismului (a se citi – cu excepția homosexualității, *n.a.*)".

În unele cazuri, este dificil a delimita satisfacerea poftei sexuale în forme perverse de alte acțiuni, de natură penală sau nepenală. Astfel, aducem ca exemplu o opinie controversată aparținând lui E.A. Kotelnikova. Referindu-se la acțiunea de satisfacere a poftei sexuale în forme perverse, ea afirmă că unele forme de satisfacere a necesităților sexuale ale omului nu pot să constituie, după caracterul lor, componența infracțiunii consumate de acțiuni violente cu caracter sexual (infracțiunii prevăzute în Codul penal al Republicii Moldova, la art.172). La asemenea forme E.A. Kotelnikova raportează pettingul şi frotajul.[9]

Pettingul (din engleză – mângâiere) ar însemna în esență atingerea dintre corpurile partenerilor sexuali, fără a exista intenția de penetrare sexuală. Frotajul (de la „frottage" în limba franceză, ceea ce înseamnă frecare) s-ar exprima în frecarea organelor genitale de corpul partenerului sexual. În lumina acestor explicații, punctul de vedere al lui E.A. Kotelnikova pare a fi unilateral: dacă intenția făptuitorului este de a se limita la realizarea pettingului şi frotajului, de regulă, nu putem vorbi despre satisfacerea poftei sexuale în forme perverse (în sensul art.172 C.pen. RM), nici măcar sub formă de tentativă. Spunem „de regulă", pentru că art.172 C.pen. RM trebuie aplicat atunci când frotajul se concretizează în imitarea raportului sexual. În context, susținem în continuare punctul de vedere care ne aparține: reprezintă satisfacere a poftei sexuale în forme perverse, inclusiv, săvârşirea unor fricțiuni cu membrul viril în spațiul dintre mamelele femeii, coapsele, umărul şi gâtul ei, ori pe suprafața abdomenului acesteia.[10] În toate celelalte cazuri, când comportamentul nu poate fi catalogat nici măcar cu aproximație ca imitare a raportului sexual, lipseşte temeiul de a califica cele săvârşite ca satisfacere a poftei sexuale în forme perverse. În astfel de cazuri, cele săvârşite pot fi calificate ca huliganism, conform art.287 C.pen. RM.

Totodată, dacă pettingul sau frotajul e săvârşit față de o persoană despre care se ştie cu certitudine că nu a atins vârsta de 16 ani, există suficiente temeiuri de a aplica răspunderea penală pentru acțiuni perverse, potrivit art.175 C.pen. RM. Aceasta dacă pettingul sau frotajul reprezintă scopul în sine al făptuitorului. Dacă însă aceste manifestări ale vieții sexuale constituie doar o premisă pentru satisfacerea poftei sexuale în forme perverse, vom fi în prezența tentativei la infracțiunea prevăzută la art.172 C.pen. RM. Această soluție este valabilă şi pentru cazul în care victima are vârsta mai mare de 16 ani. Desigur, art.172 C.pen. RM devine aplicabil când are loc săvârşirea şi a acțiunii adiacente prevăzute de această normă.

În acelaşi context – al delimitării satisfacerii poftei sexuale în forme perverse de acțiunile asemănătoare – menționăm că nu pot fi considerate satisfacere a poftei sexuale în forme perverse (în sensul art.172 C.pen. RM) actele de obscenitate care presupun prezența unei singure persoane (de exemplu, exhibiționismul[11], automasturbația[12]) sau prezența unei singure persoane şi a unui animal (zoofilia[13]). Explicația constă în aceea că satisfacerea poftei sexuale în forme perverse întotdeauna are nu doar un obiect material, dar şi o victimă. Infracțiunea prevăzută la art.172 C.pen. RM este în ultimă instanță o infracțiune contra persoanei. De aceea, această infracțiune este de neconceput, dacă lipseşte o victimă.

În prezența unor condiții suficiente, exhibiționismul, automasturbația sau zoofilia pot fi calificate ca huliganism.

Art.172 C.pen. RM este inaplicabil şi în cazul altor devieri cu caracter sexual: fetişismul[14]; vampirismul[15]; necrofilia[16]; sadismul[17]; masochismul[18] etc. Astfel, unele din aceste manifestări atrag răspunderea penală: vampirismul (dacă presupune sorbirea sângelui victimei) şi sadismul – pentru infracțiunea prevăzută la art.145, 151 sau 152 din Codul penal; necrofilia – pentru profanarea mormintelor (art.222 C.pen. RM). În cazuri de altă natură, cum este cel al voaierismului[19], poate fi aplicată răspunderea pentru încălcarea inviolabilității vieții persoanei (art.177 C.pen. RM). În alte situații, când faptei îi lipseşte gradul şi caracterul prejudiciabil, iminent unei infracțiuni, nu există în genere temeiul răspunderii penale (de exemplu, în cazul azoofiliei[20]).

În concluzie trebuie de menționat că se intersectează noțiunile „satisfacerea poftei sexuale în forme perverse" (în sensul art.172 C.pen. RM) şi „perversiunea sexuală" (ca obiect de cercetare a sexologiei). Însă, aceste noțiuni nu se suprapun. De aceea, doar în unele cazuri perversiunea sexuală poate însemna în acelaşi timp satisfacerea poftei sexuale în forme perverse.

În cele ce urmează ne vom referi la explicațiile de la pct.2 al Hotărârii Plenului nr.17/2005. În cadrul acestora se formulează definițiile noțiunilor „constrângere fizică" şi „constrângere psihică".

În literatura de specialitate se menționează, just, că constrângerea constituie procesul constând în limitarea libertății de acțiuni şi de manifestare a voinței persoanei, pe calea aplicării violenței sau a amenințării pentru atingerea scopului urmărit de făptuitor.[21] Implicit, acelaşi înțeles al noțiunii de constrângere rezultă din alin.(1) art.39 „Constrângerea fizică sau psihică" din Codul penal. Astfel, expresia „dacă în urma acestei constrângeri persoana nu putea să-şi dirijeze acțiunile" din această prevedere legală indică tocmai asupra limitării libertății de acțiuni şi de manifestare a voinței persoa-

nei. Prin „persoană” se înțelege: făptuitorul – în cazul constrângerii fizice sau psihice privită drept cauză care înlătură caracterul penal al faptei; victima – în cazul infracțiunilor prevăzute la art.171 şi 172 C.pen. RM.

Din textul acestor două articole rezultă că constrângerea poate să fie fizică sau psihică, după cum are ca obiectiv înfrângerea împotrivirii fizice sau a rezistenței psihice a victimei.

Constrângerea fizică poate consta în lovire sau în orice alte acte de violență fizică exercitate asupra victimei pentru a înfrânge împotrivirea acesteia la actul sexual. Se are în vedere, inclusiv, imobilizarea fizică a victimei sau dezbrăcarea cu forță a acesteia. În doctrina penală este exprimată părerea că unele infracțiuni privind viața sexuală absorb în conținutul lor, în mod natural, lipsirea de libertate în mod ilegal, necesară realizării actului sexual prin constrângere.[22] În legătură cu aceasta, aducem următoarea precizare: „... libertatea fizică a persoanei nu este un apendice al inviolabilității şi libertății sexuale a persoanei sau al altor valori sociale desemnând persoana. Pe cale de consecință, răpirea unei persoane (sau privațiunea ilegală de libertate – *n.a.*) nu-şi pierde individualitatea, nu se absoarbe de infracțiunile concurente. De fiecare dată, numita infracțiune trebuie să-şi găsească locul cuvenit”.[23] Astfel, de exemplu, fixarea prin intermediul cătuşelor de obiecte nemişcătoare, dacă are ca scop realizarea actului sexual, nu trebuie privită exclusiv în contextul infracțiunilor prevăzute la art.171 şi 172 C.pen. RM. Este necesară calificarea suplimentară conform art.166 C.pen. RM, care prevede răspunderea pentru privațiunea ilegală de libertate.

Justețea punctului nostru de vedere îl confirmă un caz din practica judiciară română: „În cazul în care inculpații au ținut victima închisă într-o încăpere timp de 15 ore, în care timp au constrîns-o să aibă cu ei raporturi sexuale, în sarcina lor urmează a se reține nu numai infracțiunea de viol..., dar şi infracțiunea de lipsire de libertate... Lipsirea de libertate nu se absoarbe de infracțiunea de viol, ci constituie o infracțiune distinctă, cele două infracțiuni aflându-se în concurs real”.[24]

A nu uita că, în cazul în care acțiunea adiacentă din alcătuirea infracțiunilor prevăzute la art.171 şi 172 C.pen. RM constă în constrângerea fizică, obiectul juridic secundar al infracțiunii îl formează relațiile sociale cu privire la integritatea corporală sau sănătatea persoanei. Dacă în legătură cu una din aceste infracțiuni se aduce atingere libertății fizice a persoanei, respectiva atingere depăşeşte latura obiectivă a violului sau a acțiunilor violente cu caracter sexual. Deci, necesită calificare suplimentară conform art.164 sau 166 C.pen. RM.

În altă ordine de idei, la pct.2 al Hotărârii Plenului nr.17/2005 se menționează: „Rezistența victimei nu este o condiție esențială şi nu prezintă importanță decât ca expresie a refuzului ei categoric de a consimți un raport sexual”. Care este semnificația acestei explicații în planul definirii noțiunii „constrângere fizică”?

Considerăm că semnificația este următoarea: constrângerea fizică trebuie să fie suficientă pentru a paraliza rezistența victimei. Constrângerea fizică nu trebuie să fie absolut irezistibilă. Ea poate fi şi numai relativă. Dar în acest caz nu este suficientă insistența, luarea cu graba, cu surprinderea. Nu este suficientă nici simularea constrângerii fizice de către făptuitor şi a rezistenței de către victimă. Este necesar să fie o constrângere fizică capabilă să înfrângă rezistența, fie îndată şi absolut, fie prin epuizare.

Din acest punct de vedere, doctrina medico-legală a apreciat că o femeie adultă, în deplinătatea facultăților fizice, nu poate fi violată de către un singur bărbat, fiind capabilă de a se apăra şi de a opune rezistență, putându-se ajuta şi de mişcările bazinului.[25]

În cazul constrângerii fizice, nu este obligatoriu ca victima să fi opus rezistență până în momentul în care aceasta a fost înfrântă. Cerința legii este îndeplinită chiar dacă în contextul împrejurărilor concrete ale săvârşirii faptei victima a încetat să opună rezistență, dându-şi seama că aceasta ar fi inutilă. De asemenea, victima nu este datoare să încerce rezistența contra forței în orice caz şi nici s-o continue neavând altă cale, dacă din caracterul sau energia forței deduce că s-ar expune unui rău şi mai mare.

Aptitudinea constrângerii fizice de a conduce la rezultatul urmărit de făptuitor se stabileşte în concret, în raport cu împrejurările în care s-a comis fapta. Dacă față de aceste împrejurări victima şi-a dat seama că orice împotrivire este inutilă sau că s-ar expune unui rău şi mai mare (şi, în consecință, nu a opus rezistență), fapta se va califica potrivit art.171 sau 172 C.pen. RM. Aceasta deoarece cerința legii se referă la exercitarea constrângerii, nu la aceea dacă s-a împotrivit.

În orice caz, esențial este ca fapta să fie săvârşită contra voinței victimei, fără consimțământului ei. Ezitarea, rezervele sau temerile nu constituie opunere din partea victimei. Se cere o opunere categorică şi fermă, astfel încât să se poată conchide fără îndoieli că nu a fost respectat dreptul victimei de a dispune în mod liber de corpul său în actele sexuale.

În alt context, constrângerea fizică, privită ca acțiune adiacentă în cadrul violului sau al acțiunilor violente cu caracter sexual, trebuie deosebită de hărțuirea sexuală care este legată, într-un fel sau altul, de influențarea fizică sau psihică asupra persoanei, de contactul cu aceasta. Are dreptate L.L. Kruglikov când susține: „În cazul hărțuirii sexuale, persoana este determinată uneori foarte insistent să întrețină benevol (sublinierea ne aparține – *n.a.*) actul sexual, iar făptuitorul nu-şi pune ca scop să-l întrețină contrar voinței acestei persoane”.[26] Ca tipuri de hărțuire sexuală pot fi specificate: privirile insistente-tendențioase; remarcele echivoce sau insinuante; expunerile de fotografii pornografice;

propunerile indecente; gesturile indiscrete etc. Toate acestea trebuie, desigur, să aibă un subtext sexual. Persoana hărțuită sexual are întotdeauna libertatea de a decide să accepte sau nu actele sexuale propuse. Chiar dacă este nevoie să suporte o atmosferă neplăcută, ostilă, degradantă, umilitoare sau insultătoare.[27] Atunci când persoana este nevoită să urmeze varianta de conduită impusă de făptuitor, atunci când persoana este lipsită de libertatea de a decide să accepte sau nu actele sexuale propuse, ea este constrânsă. Exercitarea unei asemenea constrângeri asupra victimei pentru a o determina să se conformeze dorințelor făptuitorului are semnificația nu de hărțuire sexuală (faptă care nu este sancționată de legea penală a Republicii Moldova), dar de tentativă la infracțiunea prevăzută la art.171 sau 172 C.pen. RM (ori aceeaşi infracțiune în formă consumată, dacă are loc şi actul sexual).

Schimbând registrul, menționăm că la pct.2 al Hotărârii Plenului nr.17/2005 noțiunea de constrângere psihică se defineşte în felul următor: „Amenințarea persoanei cu un pericol grav pentru ea sau pentru o altă persoană, în astfel de condiții încât să-i inspire temerea serioasă că acel pericol nu va putea fi înlăturat decât prin cedarea în fața amenințării". Considerăm că, mai simplu, această interpretare a noțiunii „constrângere psihică" trebuie înțeleasă în modul următor: constrângerea psihică este înfrângerea sau paralizarea rezistenței victimei, care se exprimă în amenințarea aplicării imediate a violenței fizice, dacă victima nu se va conforma cerințelor făptuitorului.

Accentuăm atenția asupra folosirii expresiei „amenințarea persoanei cu un pericol grav pentru ea sau pentru o altă persoană (sublinierea ne aparține – *n.a.*)". Avem rezerve față de justețea utilizării unei asemenea expresii în definiția de la pct.2 al Hotărârii Plenului nr.17/2005.

De exemplu, în alin.(1) art.131 „Violul" şi în alin.(1) art.132 „Acțiuni violente cu caracter sexual" din Codul penal al Federației Ruse este consacrată teza conform căreia constrângerii psihice poate fi supusă nu doar persoana cu care făptuitorul realizează actul sexual; constrângerii psihice poate fi supusă şi o altă persoană. Se are în vedere o persoană care este importantă, prețioasă, scumpă, apropiată pentru persoana cu care făptuitorul realizează actul sexual. În legea penală autohtonă se atestă o situație diferită: în art.171 şi art.172 C.pen. RM, ruda apropiată victimei nu este specificată ca destinatar al constrângerii psihice. Deci, nu-şi găseşte temeinicia definiția noțiunii „constrângere psihică" din pct.2 al Hotărîrii Plenului nr.17/2005.

Considerăm că în exemplele nominalizate mai sus Plenul Curții Supreme de Justiție şi-a atribuit competența legiuitorului. Ceea ce este inacceptabil. Definiția noțiunii „constrângere psihică" trebuie interpretată după regulile pe care le-am recomandat mai sus. În caz contrar, există riscul de aplicare incorectă a legii penale.

Din analiza noțiunii „constrângere psihică" putem releva următoarele trăsături ale constrângerii psihice:

1) se poate exprima în variate forme (cuvinte, gesturi, alte acțiuni; verbal sau în scris)[28];

2) constă în amenințarea cu aplicarea violenței fizice. Amenințarea de a divulga informații compromițătoare despre victimă, de a-i distruge bunurile, de a o concedia etc., chiar dacă i-a permis făptuitorului să realizeze actul sexual, nu transformă fapta în viol sau în acțiuni violente cu caracter sexual. În prezența unor suficiente temeiuri, o astfel de faptă o putem califica conform art.173 sau 174 C.pen. RM;

3) trebuie percepută de către victimă ca având un caracter real. Anume pe aceasta contează făptuitorul;

4) trebuie să mărturisească despre dorința făptuitorului de a aplica violența neîntârziat, imediat. Când amenințarea victimei pentru a o determina să suporte actul sexual ar viza un rău viitor, lipseşte temeiul de aplicare a art.171 sau 172 C.pen. RM. Un asemenea „şantaj sexual" nu este sancționat în legea penală a Republicii Moldova.

În alt context, conform alin.(3) pct.2 al Hotărîrii Plenului nr.17/2005, „acțiunile persoanei, prin care a obținut consimțământul victimei (femeii) la un raport sexual sau la satisfacerea poftei sexuale în forme perverse prin înşelăciune sau abuz de încredere (de exemplu, promisiunea mincinoasă de căsătorie) nu pot fi considerate ca infracțiuni împotriva libertății sau inviolabilității sexuale".

Cu alte cuvinte, este limitativă lista modalităților acțiunii adiacente, prevăzute la art.171 sau 172 C.pen. RM: constrângerea fizică; constrângerea psihică; profitarea de imposibilitatea victimei de a se apăra ori de a-şi exprima voința. Nici o altă modalitate nu poate fi inclusă într-o asemenea listă.

În legătură cu cele menționate, N.A. Babii şi-a exprimat punctul de vedere că drept raport sexual profitând de imposibilitatea victimei de a se apăra ori de a-şi exprima voința trebuie considerat şi raportul sexual cu femeia care a fost indusă în eroare cu privire la identitatea făptuitorului (de exemplu, făptuitorul profită de întuneric, dându-se drept soțul sau amantul femeii în cauză"; astfel de cazuri trebuie deosebite de înşelarea femeii în privința altor circumstanțe (de exemplu, promisiunea de a încheia căsătoria sau de a oferi o remunerație, în lipsa intenției de a îndeplini această promisiune).[29]

Interesantă opinie, dar oare şi corectă? Fapta descrisă de N.A. Babii poate fi descompusă în trei etape: 1) substituirea unui bărbat de către un alt bărbat; 2) profitarea de eroarea femeii care nu cunoaşte această substituire; 3) întreținerea cu femeia care se găseşte în eroare a raportului sexual de către bărbatul care s-a substituit celui adevărat.

Evident, în acest caz raportul sexual e săvârşit fără consimţământul femeii. Mai corect: consimţământul există, însă acesta e viciat; iar consimţămîntul viciat se echivalează cu lipsa consimţământului. Însă, nu e suficient ca raportul sexual să fie comis fără consimţământ, pentru a-l califica ca viol. Nu poate fi calificată ca viol întreţinerea cu femeia care se găseşte în eroare a raportului sexual de către bărbatul care s-a substituit celui adevărat. În acest caz, raportul sexual se comite prin înşelăciune. Nu prin profitarea de imposibilitatea femeii de a se apăra ori de a-şi exprima voinţa. Nici prin constrângere fizică sau psihică. Femeia se găseşte în eroare, nu în imposibilitatea de a se apăra ori de a-şi exprima voinţa.

Ar exista viol, dacă raportul sexual ar fi fost săvârşit asupra unei femei care are, de exemplu, un somn profund (de aceea nu-şi poate exprima voinţa). Într-un studiu anterior am menţionat că nefuncţionarea conştiinţei (caracteristică victimei de a cărei imposibilitate de a se apăra ori de a-şi exprima voinţa se profită) nu poate fi echivalată cu atitudinea inconştientă faţă de realitatea înconjurătoare.[30] Este inconştientă, neatentă, nepăsătoare, indolentă femeia care permite unui bărbat să profite de eroarea privind identitatea acestuia, ca el să săvârşească astfel raportul sexual. Aceasta pentru că profitarea de eroarea unei persoane nu e una şi aceeaşi cu profitarea de imposibilitatea persoanei de a se apăra ori de a-şi exprima voinţa. Pentru a fi mai convingători în acest sens, putem face o paralelă cu infracţiunile săvârşite prin sustragere: sustragerea este calificată ca furt în cazul în care victima doarme în momentul săvârşirii faptei; sustragerea este calificată ca escrocherie dacă victima este indusă în eroarea cu privire la identitatea făptuitorului, astfel victima cedându-şi ca şi cum benevol bunurile către făptuitor.

Codul penal al Republicii Moldova nu prevede răspundere pentru fapta celui care, substituindu-se unei alte persoane, profită de eroarea în care se găseşte o femeie şi are cu ea un raport sexual. Doar în cazul în care profită de eroarea unei persoane de sex feminin, despre care se ştie cu certitudine că nu a atins vârsta de 16 ani, poate fi aplicat art.174 C.pen. RM.

Într-o altă ordine de idei, considerăm necesară deosebirea: 1) promisiunii mincinoase de încheiere a căsătoriei în scopul săvârşirii raportului sexual de 2) încheierea căsătoriei cu victima violului, după săvârşirea acestuia, ca circumstanţă care atenuează pedeapsa pentru această infracţiune. Le deosebeşte lipsa/prezenţa caracterului ilegal al faptei, precum şi relaţia sub aspect cronologic faţă de raportul sexual: până la raportul sexual/după raportul sexual.

În legătură cu încheierea căsătoriei cu victima violului, după săvârşirea acestuia, apare întrebarea dacă această împrejurare poate fi privită ca circumstanţă atenuantă, prin prisma prevederilor de la lit.e) art.76 C.pen. RM: prevenirea de către vinovat a urmărilor prejudiciabile ale infracţiunii săvârşite, repararea benevolă a pagubei pricinuite sau înlăturarea daunei cauzate. Considerăm că răspunsul la această întrebare trebuie să fie unul diferenţiat.

Astfel, poate fi atenuată pedeapsa în acele situaţii când, până la viol, între victimă şi făptuitor au existat relaţii care ar fi dus la încheierea căsătoriei sau, cel puţin, la un concubinaj benevol. În asemenea cazuri, intenţia de căsătorie trebuie privită nu ca o dorinţă de a-şi repara vina. Ea trebuie considerată ca circumstanţă pe care făptuitorul o avea în vedere în timpul comiterii infracţiunii, ţinând seama de faptul că percepea victima ca pe potenţială soţie.

Dacă însă violul a fost săvârşit de către o persoană necunoscută până la momentul infracţiunii sau de către o persoană cu care victima a făcut cunoştinţă nemijlocit înainte de săvârşirea infracţiunii, nu există temeiuri de a lua în consideraţie prevederea de la lit.f) art.76 C.pen. RM. În acest caz, propunerea făptuitorului de încheiere a căsătoriei înseamnă nu altceva decât dorinţa acestuia de a evita răspunderea: după ce îşi va atinge scopul, făptuitorul preconizează să înceteze raportul de căsătorie sau de concubinaj.

Într-un alt context, în cazul infracţiunilor prevăzute la art.171 sau 172 C.pen. RM, actul sexual poate fi însoţit nu doar de constrângerea fizică sau psihică. El poate fi însoţit şi de profitarea de imposibilitatea victimei de a se apăra sau de a-şi exprima voinţa. În cazul constrângerii victimei, actul sexual se săvârşeşte contra voinţei victimei: victima refuză să-şi dea consimţământul, iar făptuitorul înfrânge opunerea ei prin constrângere fizică sau psihică. În cazul profitării de imposibilitatea victimei de a se apăra sau de a-şi exprima voinţa, nu există voinţă, sau nu se poate exprima, sau nu se poate opune rezistenţă. Cu alte cuvinte, victima fie refuză să-şi dea consimţământul, dar este în imposibilitate de a se apăra, fie nu-şi dă consimţământul, deoarece se află în imposibilitate de a-şi exprima voinţa, iar făptuitorul profită de starea victimei pentru a realiza actul sexual.

În pct.3 al Hotărârii Plenului nr.17/2005 se menţionează: imposibilitatea de a se apăra în cazul infracţiunilor prevăzute la art.171 şi 172 C.pen. RM presupune incapacitatea fizică de a opune rezistenţă făptuitorului (în virtutea defectelor fizice, a oboselii excesive, a unei poziţii incomode în care a fost surprinsă victima etc.); în contextul aceloraşi infracţiuni, imposibilitatea de a-şi exprima voinţa presupune o stare psihofiziologică ce lipseşte victima de putinţa de a-şi da seama de ceea ce se întâmplă cu ea sau de a-şi manifesta voinţa (în cazul vârstei fragede, oligofreniei, al altor stări patologice de natură psihică, al somnului hipnotic sau letargic, leşinului, comei, morţii clinice etc.).

În legătură cu aceasta, menţionăm că imposibilitatea victimei de a se apăra sau de a-şi exprima voinţa poate avea un caracter permanent sau temporar. În cazul în care are un caracter temporar, starea de imposibilitate a

victimei de a se apăra sau de a-şi exprima voința trebuie să existe la momentul realizării actului sexual.

Starea de ebrietate a victimei, poate fi ea considerată imposibilitate de a se apăra sau de a-şi exprima voința?

Răspunzând la această întrebare, N.K. Mamatazizova consideră că starea de ebrietate gravă poate fi apreciată ca imposibilitate a persoanei de a se apăra sau de a-şi exprima voința, dacă această stare o lipsea de posibilitatea de a conştientiza caracterul acțiunilor săvârşite asupra ei şi de a opune rezistență făptuitorului.[31] O opinie apropiată o împărtăşeşte N.A. Babii: „Aflarea victimei în stare de ebrietate poate fi considerată imposibilitate de a se apăra sau de a-şi exprima voința, dacă gradul de ebrietate era de o asemenea gravitate încât lipsea victima de posibilitatea de a conştientiza cele săvârşite şi de a opune rezistență făptuitorului. În acelaşi mod se apreciază aflarea victimei sub influența somniferelor, a substanțelor narcotice, a substanțelor psihotrope sau a substanțelor cu efecte puternice”.[32]

Suntem de acord cu cei doi autori. Iar, generalizând, putem afirma că, pentru a afirma că o stare reprezintă imposibilitate a victimei de a se apăra sau de a-şi exprima voința, nu contează dacă această stare este fiziologică sau patologică. Important este că victima, aflându-se în această stare, nu a avut putința de a se apăra împotriva făptuitorului ori de a-şi exprima voința. În pct.3 al Hotărârii Plenului nr.17/2005 sunt prezentate, cu titlu de exemplu, stările care sunt considerate stări de imposibilitate a victimei de a se apăra sau de a-şi exprima voința. Dar, trebuie de înțeles că exemplificarea dată nu este suficientă pentru definiția noțiunii „imposibilitatea victimei de a se apăra sau de a-şi exprima voința”. De cele mai multe ori, stările aduse ca exemplu trebuie să fie însoțite de anumite împrejurări, pentru a ne da seama dacă victima într-adevăr era lipsită de posibilitatea de a se apăra sau de a-şi exprima voința. Victima trebuie nu pur şi simplu să fie bolnavă, supraobosită, beată etc. Ea trebuie, datorită unor asemenea stări, să nu se poată apăra ori să-şi exprime voința.

Actul sexual, săvârşit profitând de imposibilitatea victimei de a se apăra sau de a-şi exprima voința, presupune îndeplinirea a două condiții:

1) victima să se fi aflat într-o stare de imposibilitate de a se apăra ori de a-şi exprima voința;

2) făptuitorul să fi profitat de starea victimei pentru a săvârşi actul sexual.

Despre prima condiție am vorbit mai sus. Cât priveşte cea de-a doua condiție, în pct.3 al Hotărârii Plenului nr.17/2005 se menționează că profitarea făptuitorului de imposibilitatea victimei de a se apăra ori de a-şi exprima voința înseamnă că făptuitorul şi-a dat seama de situația dificilă în care se află victima şi a folosit prilejul pentru a întreține cu ea un raport sexual şi/sau un act de homosexualism, lesbianism ori pentru a-şi satisface pofta sexuală în formă perversă.

Interpretând această explicație, considerăm că cunoaşterea stării victimei de către făptuitor trebuie dovedită în concret. Se exclude vinovăția, iar fapta nu este infracțiune dacă făptuitorul nu a ştiut (şi, conform circumstanțelor cauzei, nici nu trebuia sau nu putea să ştie) că victima este alienată mintal şi nu are discernământ, iar aparent aceasta a consimțit la actul sexual.

În altă privință, la pct.3 al Hotărârii Plenului nr.17/2005 se menționează că, la calificarea infracțiunii prevăzute la art.171 şi 172 C.pen. RM, nu are însemnătate dacă starea de imposibilitate de a se apăra sau de a-şi exprima voința a fost provocată chiar de făptuitor.

Într-adevăr, de regulă, este indiferent dacă respectiva stare a putut-o produce autorul infracțiunii sau un complice al lui, sau o persoană terță cu totul străină de faptă, sau chiar însăşi victima. Esențialul este că autorul infracțiunii a profitat de această stare.

În pct.5 al Hotărârii Plenului nr.17/2005 se oferă explicații cu privire la etapele activității infracționale în cazul infracțiunilor prevăzute la art.171 şi 172 C.pen. RM.

În special, prezintă interes problema tentativei la cele două infracțiuni.

Constituie tentativă orice act care reprezintă un început de executare a infracțiunii. Astfel, în cazul actului sexual săvârşit prin constrângere fizică sau psihică, vor constitui tentativă de infracțiune orice acte de violență fizică sau psihică exercitate asupra victimei pentru a-i înfrânge împotrivirea fizică ori pentru a o determina să renunțe la împotrivire ori să-i paralizeze voința şi să facă posibilă realizarea actului sexual.

Constituie tentativă la infracțiunea prevăzută la art.171 sau 172 C.pen. RM imobilizarea brațelor victimei sau legarea acesteia, lovirea victimei, amenințarea cu violență, dezgolirea corpului victimei, astuparea gurii victimei ca să nu poată cere ajutor, ducerea cu forță a victimei în locul unde făptuitorul urmează să întrețină cu aceasta un act sexual etc.

În cazul actului sexual săvârşit profitând de imposibilitatea victimei de a se apăra sau de a-şi exprima voința, tentativa va putea consta în acte care relevă în mod neîndoielnic punerea în executare a hotărârii făptuitorului de a se realiza un act sexual cu victima (dezbrăcarea victimei sau a făptuitorului, aşezarea într-o poziție caracteristică etc.), realizarea actului sexual neavând loc din cauze independente de voința făptuitorului.

Va exista tentativă la infracțiunea prevăzută la art.171 sau 172 C.pen. RM în toate cazurile în care există un început de executare sau dacă s-a realizat în întregime acțiunea de constrângere, dar actul sexual nu a început din cauze independente de voința făptuitorului (opunerea victimei, intervenția unor terțe

persoane, teama făptuitorului de a nu fi surprins datorită strigătelor de ajutor ale victimei etc.). De asemenea, va exista tentativă dacă în concret făptuitorul nu a putut realiza actul sexual din cauze psihofiziologice de moment (de exemplu, imposibilitatea introducerii organului genital bărbătesc datorită lipsei de erecție sau a reacției de vaginism).

Nu întâmplător am specificat că imposibilitatea făptuitorului de a realiza actul sexual trebuie să aibă cauze psihofiziologice de moment. În legătură cu aceasta, trebuie de menționat că în pct.7 al Hotărârii Plenului Judecătoriei Supreme a Republicii Kazahstan „Cu privire la unele probleme de calificare a infracțiunilor constând în viol sau acțiunile violente cu caracter sexual", nr.4 din 11.05.2007, se menționează: „Persoana care nu are capacitatea fiziologică de a săvârşi raportul sexual şi având cunoştințe despre aceasta, nu poate purta răspundere pentru acțiunile care aparent se aseamănă cu tentativa de viol. În dependență de circumstanțele concrete, asemenea acțiuni pot fi calificate ca acțiuni violente cu caracter sexual, huliganism etc.".[33]

Considerăm necesară formularea unor precizări la această explicație. Pentru a fi autor al infracțiunii de viol, bărbatul trebuie să fie înzestrat cu aptitudinea fiziologică de a realiza un raport sexual, adică să aibă capacitatea de coabitare (copulație), în lipsa acestei capacități comiterea faptei nefiind posibilă. În acest sens, prezintă interes punctul de vedere al lui V.Beliş, conform căruia capacitatea sexuală a bărbatului este diferențiată şi prezintă interes, din punct de vedere juridic, sub două aspecte: capacitatea de coabitare şi capacitatea de procreare.[34] Este evident că impotența de procreare (incapacitatea de a insemina, de a fi tată) nu elimină bărbatul din sfera subiecților infracțiunii de viol, această incapacitate sexuală neîmpiedicând împreunarea organelor genitale. Se cunoaşte că violul se consideră consumat din momentul începerii raportului sexual, adică din momentul introducerii depline sau parțiale a membrului viril în cavitatea vaginală. Dacă bărbatul este în stare să introducă măcar parțial membrul viril în cavitatea vaginală (să-l introducă în vestibulul vaginului), rezultă că el trebuie considerat subiect al infracțiunii de viol.

În alt context, potrivit pct.6 al Hotărârii Plenului nr.17/2005, renunțarea de bunăvoie de a săvârşi infracțiunile prevăzute la art.171 sau 172 C.pen. RM urmează să fie examinată ca circumstanță care exclude răspunderea pentru aceste infracțiuni; în acest caz, persoana poartă răspundere doar pentru fapta prejudiciabilă săvârşită real şi cu condiția că ea conține elementele constitutive ale infracțiunii; nu se consideră renunțare de bunăvoie la săvârşirea violului şi/sau a acțiunilor violente cu caracter sexual refuzul de a continua acțiunile prejudiciabile, care este determinat de cauze independente de voința făptuitorului.

Astfel, în primul rând se sugerează că renunțarea de bunăvoie la săvârşirea infracțiunii este un temei de liberare de răspundere penală (cum reiese din art.56 C.pen. RM), nu un temei de atenuare a pedepsei.

În al doilea rând, trebuie analizată natura împrejurărilor în care s-a produs renunțarea la săvârşirea infracțiunii, pentru a vedea dacă aceasta a fost sau nu benevolă. Se consideră benevolă renunțarea exprimată în abandonarea violenței sau a amenințării datorită revenirii la sentimente mai bune, milei, considerației că ocazia nu este potrivită, plânsului victimei care l-a emoționat pe făptuitor. Dimpotrivă, nu este benevolă renunțarea datorită unor cauze cu putere de constrângere sau piedică (apropierea cuiva de locul faptei, teama făptuitorului că va fi descoperit, strigătul de alarmă al unei terțe persoane etc.).

În fine, renunțarea de bunăvoie până la începerea actului sexual apără făptuitorul de răspunderea penală pentru tentativa la infracțiunea prevăzută la art.171 sau 172 C.pen. RM, dar nu şi de răspunderea penală pentru acțiunile întreprinse până în acel moment, în măsura în care acestea întrunesc elementele constitutive ale unei alte infracțiuni (de exemplu, ale infracțiunii prevăzute la art.175 C.pen. RM).

În cadrul acestui studiu, am supus atenției doar o parte din explicațiile din Hotărârea Plenului nr.17/2005, explicații care țin de aspectele de ordin general ale aplicării răspunderii penale pentru infracțiunile prevăzute la art.171 sau 172 C.pen. RM. Vom continua demersul nostru, pentru a analiza natura juridică a circumstanțelor agravante ale violului şi ale acțiunilor violente cu caracter sexual, pentru a elucida esența infracțiunilor prevăzute la art.173-175 C.pen. RM, precum şi pentru a delimita între ele infracțiunile privind viața sexuală.

Note:

[1] Buletinul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, 2006, nr.3, p.11-13.

[2] Culegere de hotărâri ale Plenului Curții Supreme de Justiție (mai 1974-iulie 2002). – Chişinău, 2002, p.316-324.

[3] *A se vedea:* M.A. Hotca. *Codul penal. Comentarii şi explicații.* – Bucureşti: C.H. Beck, 2007, p.1069.

[4] Постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 16 декабря 1994 г., №9, «О судебной практике по делам об изнасиловании» // www.supcourt.by

[5] C.G. Rătescu, I.Ionescu-Dolj, I.Gh. Perieţeanu şi alții. *Codul penal adnotat*. Vol.II. Partea Specială (I). – Bucureşti: Socec, 1937, p.643.

[6] *Ibidem*.

[7] *A se vedea:* V.Cioclei. *Viața sexuală. Politică penală.* – Bucureşti: Holding Reporter, 1994, p.36-46.

[8] Persoane care au comis infracțiuni în 2005 // www.statistica.md/statistics/dat/932/ro/Justitie_1998_2005_ro.htm

[9] *A se vedea:* Е.А. Котельникова. *Насильственные посягательства на половую свободу и половую неприкосновен-*

ность: уголовно-правовая характеристика и проблемы квалификации: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – Нижний Новгород, 2007, p.5.

[10] *A se vedea:* S.Brînză, X.Ulianovschi, V.Stati şi alţii. *Drept penal. Partea Specială.* – Chişinău: Cartier, 2005, p.171.

[11] *Exhibiţionismul* constă în fapta unei persoane de a-şi expune, în public, organele genitale.

[12] *Automasturbaţia* constă în obţinerea orgasmului prin manevre manuale sau artificiale (cu instrumente adaptate scopului sau special confecţionate de industria de obiecte porno).

13 *Zoofilia* reprezintă obţinerea orgasmului prin realizarea actului sexual cu un animal.

[14] *Fetişismul* constă în obţinerea satisfacţiei sexuale prin simpla atingere sau privire a obiectelor – cu predilecţie de vestimentaţie – ce aparţin persoanei dorite.

[15] *Vampirismul* constă în privirea sau sorbirea sângelui victimei pentru satisfacerea instinctului sexual.

[16] *Necrofilia* reprezintă obţinerea orgasmului prin realizarea actului sexual asupra unui cadavru.

[17] *Sadismul* presupune satisfacerea instinctului sexual prin provocarea celor mai variate şi crude suferinţe partenerului sexual.

[18] *Masochismul* presupune excitaţia sexuală în urma provocării de către partenerul sexual a suferinţelor fizice.

[19] *Voaierismul* provoacă satisfacţie sexuală prin asistarea (privirea) la actele sexuale întreprinse de alte persoane.

[20] *Azoofilia* constă în obţinerea satisfacţiei sexuale prin contemplarea unor lucruri neînsufleţite – îndeosebi nuduri reprezentate în tablouri, postere, statui etc.

[21] *A se vedea:* M.A. Фомичева. *Угроза как способ совершения преступления:* Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – Москва, 2008, p.20.

[22] *A se vedea:* T.Toader. *Drept penal. Partea Specială.* – Bucureşti: Hamangiu, 2007, p.108.

[23] S.Brînză. *Unele reflecţii asupra apărării penale a libertăţii persoanei împotriva infracţiunii de răpire a unei persoane (art.164 C.pen. RM)* // Revista Naţională de Drept, 2008, nr.1, p.8-14.

[24] Tribunalul Suprem, decizia nr.2127/1972 // Repertoriu alfabetic de practică judiciară în materie penală pe anii 1969-1975 / Sub red. lui V.Papadopol, M.Popovici. – Bucureşti: Editura Ştiinţifică şi Enciclopedică, 1977, p.442.

[25] *A se vedea:* V.Beliş, N.Drugescu. *Medicina legală.* – Bucureşti: Teora, 1992, p.166.

[26] *Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации* / Под ред. Л.Л. Кругликова. – Москва: Волтерс Клувер, 2005, p.140.

[27] *A se vedea:* S.Brînză, V.Stati. *Calificarea infracţiunilor privind viaţa sexuală: controverse şi soluţii* // Revista Naţională de Drept, 2007, nr.5, p.2-10.

[28] În acest sens, în doctrina penală se arată că constrângerea psihică se poate exprima prin cuvintele „te omor”, „te tai”, „te mutilez” etc., prin demonstrarea armei, ori poate avea un caracter nedeterminat („taci, altfel va fi mai rău”), ori să decurgă din ambianţa creată (de exemplu, când într-un loc pustiu un grup de persoane înconjoară o femeie, cerându-i să intre în raport sexual. – *A se vedea:* Н.К. Маматазизова. *Криминологическая и уголовно-правовая характеристика изнасилования по уголовному законодательству Кыргызской Республики:* Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – Бишкек, 2006, p.13.

[29] *A se vedea:* Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь / Под общ. ред. А.В. Баркова, В.М. Хомича. – Минск: ГИУСТ БГУ, 2007, p.333.

[30] *A se vedea:* S.Brînză, V.Stati. *Unele reflecţii asupra practicii aplicării răspunderii penale pentru omorul intenţionat* (Partea II) // Revista Naţională de Drept, 2007, nr.7, p.2-8.

[31] *A se vedea:* Н.К. Маматазизова. *Op. cit.,* p.13-14.

[32] *Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь*, p.333.

[33] Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 11 мая 2007 г., №4, «О некоторых вопросах квалификации преступлений, связанных с изнасилованием и иными насильственными действиями сексуального характера // www.supcourt.kz

[34] *A se vedea:* V.Beliş, N.Drugescu. *Op. cit.,* p.163.

DESPRE EFICIENȚA PROGRAMELOR EUROPENE DE CLEMENȚĂ

Emilia MIHAI,
doctor în drept, profesor universitar (Universitatea de Vest din Timişoara)

RÉSUMÉ

Les programmes de clémence, comme mécanismes législatifs destinés à déstructurer les plus nocives ententes – horizontales et secrètes -, ont été conçus initialement dans les Etats-Unis pendant la dernière décade du XXème siècle et puis ont connu une grande expansion dans presque tous les systèmes de droit. Elles mettent en valeur la fonction naturelle des entreprises de déterminer, d'une façon autonome, la conduite concurrentielle et stimulent leur tendance d'éliminer les contraintes de cartel qu'elles ont, conjoncturellement, acceptées. En concret, les entreprises sont encouragées à dénoncer aux autorités de concurrence les conduites anti-concurrentielles auxquelles elles ont participé.

L'efficacité des programmes de clémence est conditionnée par l'accomplissement de quelques critères, qui doivent conduire à la maximisation de l'intérêt individuel d'abandonner le jeu anti-concurrentiel et à la diminution de l'attractivité du profit de cartel.

Le système communautaire de clémence a été inauguré par la Communication de la Commission Européenne concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, de 1996, et amélioré, ensuite, par deux Communications de la Commission, de 2002 et 2006. Il y a deux modalités prévues par le système communautaire pour la récompense des entreprises qui collaborent avec l'autorité de concurrence: l'immunité totale et l'immunité partielle d'amende.

L'immunité totale est garantie à une entreprise qui révèle sa participation à une entente si elle est la première à fournir des renseignements et des éléments de preuve qui, de l'avis de la Commission, lui permettront: d'effectuer une inspection ciblée en rapport avec l'entente présumée, ou de constater une infraction à l'article 81 CE. Un ensemble de conditions accessoires accomplissent le mécanisme de l'exonération de responsabilité. Des réductions d'amendes peuvent être octroyées aux entreprises auxquelles on ne reconnaît pas l'immunité totale, mais qui fournissent des éléments de preuve qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de la Commission.

Un plus considérable d'efficacité a été apporté au système européen de clémence par l'élaboration du programme modèle du Réseau européen de concurrence en matière de clémence, par rapport auquel les autorités nationales de concurrence de l'UE ont aménagé leurs propres systèmes de clémence. Les principales règles procédurales de ce programme modèle visent le dépôt des demandes de clémence, la procédure orale devant la Commission et l'attribution de l'immunité conditionnée.

La Communication de la Commission de 2006 concernant l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant représente un standard européen en ce qui concerne les systèmes de clémence, mais seulement un standard minimal. Par conséquent, les Etats Membres de l'Union européenne disposent de nombreuses dispositions différentes concernant le régime des sanctions applicables aux entreprises et aux personnes physiques impliquées dans des pratiques anti-concurrentielles. L'analyse de quelques modèles européens de clémence, allemand, britannique, belge et roumain, relève l'interconnexion insuffisante des autorités européennes de clémence et les inadvertances entre leurs compétences, de nature à discourager le recours à la clémence et à affecter donc, dans son ensemble, le système communautaire de clémence.

De plus, les programmes européens de clémence, celui communautaire et celui des Etats Membres, sont vulnérables par rapport à l'application extraterritoriale de deux procédures du droit américain: la procédure discovery et celle des dommages punitifs triples.

Dans les conclusions de l'étude, on observe que, par la multiplication des programmes anticartel, en absence d'un « guichet unique » et des mécanismes d'harmonisation internationaux, on ne peut pas lutter efficacement contre les grandes ententes transfrontalières.

Preliminarii

1. Ce sunt politicile de clemență și obiectivul lor. De la sfârșitul anilor '70 ai secolului XX, politicile de concurență, în mod tradițional orientate spre descoperirea și anihilarea antantelor orizontale anticoncurențiale, și-au îmbogățit arsenalul tehnic cu un nou segment: programele de clemență.[1] Inițial în SUA și importate apoi în numeroase sisteme de drept, programele de clemență, anume concepute pentru a destructura cele mai nocive antante secrete, cartelurile *hard core*, țintesc specifica slăbiciune a acestora: instabilitatea structurală. Într-adevăr, dacă admitem că funcția esențială a întreprinderii în economia de piață este aceea a „celui mai bun răspuns individual" la provocările concurențiale ale celorlalți jucători, în scopul maximizării propriului profit, inevitabil deducem consecința: benevola reprimare a acțiunii acestei funcții, nimic altceva decât abandonarea libertății, prin acceptarea regulilor de cartel, se „răzbună" mai devreme sau mai târziu, conducând la instabilitatea cartelului.[2] Echilibrul de cartel nu poate fi decât temporar pentru că, oricând, recurenta funcție a „celui mai bun răspuns individual"

va dicta unuia sau altuia dintre membrii cartelului[3] să devieze de la strategia comună, prin scăderea prețului produselor, prin mărirea cantității acestora sau în orice alt mod care i-ar permite să câștige mai mult decât profitul de cartel. O asemenea conduită este însă deosebit de riscantă în ipoteza în care este detectată de parteneri, mai cu seamă când întreprinderile implicate în jocul anticoncurențial sunt puternice, iar cartelul este dotat cu „legi" interne stricte. Măsurile de retorsiune pot să-i fie fatale întreprinderii infidele şi, în plus, pot atrage atenția autorităților de concurență şi conduce la aplicarea sancțiunilor legale.

Ce alte opțiuni rămân atunci? Renegocierea clauzelor cartelului sau părăsirea acestuia. Prima are însă rezultate extrem de nesigure, iar cea de-a doua poate genera consecințe atât de vizibile pe piață, încât să provoace declanşarea anchetelor şi pedepsirea tuturor participanților.

Exact în acest moment dramatic din viața unei antante intervin programele de clemență cu rolul lor ambivalent: armă imbatabilă care măreşte vulnerabilitatea cartelurilor şi-l poate destructura chiar şi pe cel mai compact dintre ele[4], dar şi soluție gratuită de ieşire din cartel[5], însă numai pentru primul „jucător", care livrează autorităților pe toți ceilalți. Calificate metaforic ca „politique de la carotte et du bâton", din punct de vedere tehnic, sistemele de clemență în vigoare în diferite legislații se prezintă ca veritabile regulamente de organizare a unor curse contra cronometru, în cadrul cărora foştii parteneri de cartel se întrec pentru a transmite organelor de poliție a pieței cele mai pertinente informații cu privire tocmai la comportamentele anticoncurențiale la care au participat. Primului sosit i se garantează imunitatea, în timp ce următorii pot beneficia doar de reducerea sancțiunilor legale.[6]

Orice program de clemență tinde să-şi asigure eficiența în temeiul unor principii şi criterii (Secțiunea I). Sistemul comunitar nu face excepție, instituind reglementări precise care organizează rangul întreprinderilor candidate la clemență şi avantajele oferite în funcție de rang. Totodată, în scopul unei cât mai bune interconectări cu sistemele naționale ale statelor membre, a fost adoptat Programul model al Rețelei europene de concurență – REC – în materie de clemență (Secțiunea a II-a). Programele de clemență ale statelor membre, deşi construite pe aceeaşi schemă generală şi adaptate Programului model, continuă să conțină, inevitabil, şi unele particularități (Secțiunea a III-a). În fine, cu toate că atât programul comunitar, cât şi programele naționale ale celor mai multe state membre conțin mecanisme fiabile de destructurare a antantelor *hard core* şi au, în spațiul european, o eficiență indiscutabilă, subzistă o certă vulnerabilitate față de alte sisteme, mai ales față de cel american (Secțiunea a IV-a).

Secțiunea I
Eficiența programelor de clemență[7]

2. Regulile eficienței. O cercetare a programelor de clemență şi a efectelor acestora relevă că principiul în temeiul cărora funcționează este acela al stimulării interesului individual al participanților la cartel de a abandona jocul anticoncurențial, în dauna interesului colectiv de a menține cartelul.[8] Succesul excepțional pe care l-au înregistrat, mai ales după ce s-au operat modificări semnificative şi în modelul american şi în cel comunitar, se datorează unui set de reguli care au conferit forță şi rigoare acestui principiu.[9] Le vom trece în revistă în cele ce urmează.

a) Regula transparenței. Potrivit acesteia, condițiile beneficiului clemenței – algoritmul reducerilor totale şi/sau parțiale de amendă, trebuie să fie stipulate în norme clare şi precise, însoțite de suficiente garanții de aplicabilitate. Sub acest aspect, OCDE s-a pronunțat astfel: „*certitudinea, claritatea şi prioritatea sunt esențiale, întreprinderile fiind mai incitate să se manifeste dacă ele sunt sigure cu privire la condițiile aplicate şi la avantajele probabile. Pentru a stimula cât mai mult posibil incitarea întreprinderilor de a furniza informații şi a favoriza destructurarea cât mai rapidă a antantelor, contează nu numai ca prima întreprindere care mărturiseşte să beneficieze de „cel mai bun tratament", ci, de asemenea, condițiile acestui tratament să fie clare pe cât posibil încă din start*".[10]

Într-adevăr, când condițiile beneficiului clemenței sunt echivoce şi imunitatea față de sancțiune nu tocmai sigură, întreprinderea poate considera că este mai avantajos să rămână în cadrul cartelului. Este semnificativ că eficacitatea programului comunitar a fost întărită odată cu acordarea unei imunități totale în schimbul informațiilor complete cu privire la antantele nedescoperite şi cu fixarea unui barem pentru reducerea amenzilor, potrivit unor criterii bine definite.[11]

b) Regula selectivității. Potrivit acesteia, imunitatea trebuie acordată numai primei întreprinderi denunțătoare. O alta, care ar ajunge la autoritățile de concurență chiar şi numai câteva momente mai târziu, pierde beneficiul imunității totale, dar poate fi totuşi recompensată cu o reducere consistentă a amenzii.[12]

c) Regula complementarității între nivelul amenzilor şi nivelul de indulgență al politicilor de clemență. Pe scurt, regula impune în primul rând ca avantajul conferit prin programul de clemență să fie considerabil: imunitate totală sau, cel puțin, o reducere substanțială a cuantumului amenzii. Reducerile uşoare ale cuantumului amenzilor nu sunt suficient de tentante şi nu permit o destabilizare eficientă a cartelurilor. Întreprinderile vor prefera întotdeauna unor palide avantaje furnizate de trădarea partenerilor certele profituri de cartel, mai ales că nu pot omite din cumpăna opțiunii perspectiva represaliilor la care se expun în cazul în care devierea de la strategia comună ar fi detectată de ceilalți membri ai cartelului.[13]

În doilea rând, sancțiunile legale pentru practicile anticoncurențiale trebuie să fie cât mai drastice, iar aplicarea lor inexorabilă, pentru că doar astfel întreprinderile vor fi determinate să recurgă la clemență. Dimpotrivă, cu cât sancțiunile sunt mai uşoare şi mai relaxat aplicate, cu atât întreprinderile sunt mai puțin interesate să solicite clemență.

De aceea, se consideră că un program coerent şi eficient de clemență trebuie să îmbine asprimea şi rigoarea pedepselor cu radicalitatea indulgenței. În această ordine de idei, trebuie menționat că în literatura

juridică, dar mai ales în cea economică, se analizează adeseori eficiența programelor de clemență în cadrul teoriei jocurilor dinamice.[14] Potrivit acesteia, două sunt condițiile-cheie care stimulează raporturile de coliziune anticoncurențială: *constrângerea de participare* şi *constrângerea de incitare*. Când cea dintâi este îndeplinită, profitul de cartel este superior nivelului probabil al amenzii. Când cea de-a doua este îndeplinită, perspectiva defecțiunii individuale îi apare neprofitabilă autorului său.

Prin urmare, pentru destabilizarea cartelurilor, un program eficient de clemență trebuie să ofere o defecțiune profitabilă. Întreprinderea delatoare trebuie recompensată. Iar o recompensă care constă doar din simpla imunitate la amendă, plus câştigurile pasagere generate de mărirea volumului de vânzări pe seama foştilor parteneri, este considerată de unii autori ca insuficientă. O politică perfectă de clemență ar consta atunci în „premierea" denunțătorului cu integralitatea amenzilor la care ar fi obligați ceilalți membri ai cartelului, în condițiile în care cuantumul acestor amenzi ar fi deosebit de ridicat.[15] Cum însă o astfel de soluție prezintă inconveniente morale şi riscul unor efecte perverse[16] toate programele de clemență s-au oprit, în esență, la acordarea imunității sau/şi diminuarea în diferite grade a cuantumului amenzii. Această rețetă este, în unele sisteme, completată cu alte beneficii accesorii, pentru a o face şi mai atractivă.[17] Cheia eficacității constă în acest caz în inducerea unei tensiuni maxime în interiorul cartelului, prin diferența cât mai mare dintre câştigul potențialului denunțător – exonerarea completă de pedeapsă plus alte avantaje – şi nivelul extrem de ridicat al amenzilor.[18]

d) Regula imunității totale înseamnă că programul de clemență ar trebui, pentru a oferi o alternativă atrăgătoare întreprinderilor implicate în cartel, să vizeze întreg spectrul de sancțiuni aplicabile: amenzile, dar şi despăgubirile civile[19] şi sancțiunile penale. Prin urmare, cât priveşte modelul european[20], în principiu, ar trebui găsite căile de exonerare a conducătorilor/salariaților întreprinderilor denunțătoare de pedepsele penale.[21]

e) Regula confidențialității. Aceasta impune protejarea, pe cât este posibil, a denunțătorului în raport de concurenții săi, în scopul evitării represaliilor la care se expune, dar şi în raport de eventualele sale victime, în cadrul acțiunilor în responsabilitate civilă în care ar putea fi antrenat în fața altor jurisdicții.[22]

f) Regula elasticității sistemului probator. Programele de clemență, pentru a fi eficiente, trebuie să utilizeze un sistem probator suplu, neformalist. Se ştie însă că în dreptul comunitar, dar şi al multor state membre (d.e., Franța, România), proba scrisă are prioritate. Or, în materie de carteluri, autorităților de concurență le este deosebit de dificil să intre în posesia unor documente (de cele mai multe ori pentru că acestea nici nu există). De aceea, sunt tot mai mult utilizate declarațiile, mărturiile reprezentanților întreprinderilor, obținute în cadrul procedurilor de clemență. Acesta este şi demersul probator la care recurge, constant în ultima decadă, Comisia Europeană. În afacerea cartelului „vitaminelor"[23], de pildă, s-a conferit forță probantă documentară declarațiilor întreprinderilor şi dovezilor testimoniale, în măsura în care acestea, prin numărul şi nivelul lor de coroborare, au fost convingătoare.[24]

Secțiunea a II-a
Sistemul comunitar de clemență

3. Diversitatea sistemelor de clemență. Majoritatea sistemelor de drept contemporane includ programe de clemență, cu obiectivul asumat de a mina din interior cartelurile, prin stimularea tendințelor centrifuge naturale ale întreprinderilor membre. Între aceste programe există deosebiri: unele privitoare la condițiile acordării clemenței, altele – la avantajele oferite denunțătorilor sau la procedurile aplicabile. Unele programe sunt mai eficiente, altele mai puțin. Aceste diferențe, firești şi explicabile prin diversitatea spațiilor naționale şi juridice în care au fost concepute, constituie însă o constantă sursă de slăbiciune pentru fiecare dintre ele, pentru simplul motiv că cele mai pernicioase carteluri actuale au dimensiuni transnaționale şi nu mai pot fi tratate cu metode domestice. În acest context, modelul comunitar constituie o originală tentativă de realizare a unui megasistem de clemență, aplicabil unitar pe piața intracomunitară. Însă, el continuă să coexiste cu sistemele instituite de statele membre ale Uniunii Europene şi intră adeseori în coliziune cu alte sisteme, în special cu cel american. Are incontestabile virtuți, dar şi inerente puncte vulnerabile.

4. Evoluția legislativă europeană. Regulamentul 1/2003, referitor la aplicarea regulilor de concurență prevăzute în articolele 81 şi 82 din Tratatul CE[25], nu conține nici o prevedere referitoare la regulile programului de clemență. De fapt, sistemul european de clemență a fost conturat printr-un alt document comunitar, în 1996, anume: Comunicarea Comisiei privind neaplicarea amenzilor sau reducerea cuantumului acestora în afacerile referitoare la antante.[26] Acest sistem, care obliga întreprinderile denunțătoare să dea declarații scrise şi era echivoc în privința condițiilor şi limitelor exonerărilor, a avut puțin succes.[27] De aceea, Comisia a articulat un alt mecanism, printr-o comunicare din 2002.[28] Acum se distingea clar între regimul imunității şi cel al reducerii cuantumului amenzilor, erau introduse reguli care măreau nivelul de transparență şi de confidențialitate, dar erau conservate şi unele prejudecăți care afectau eficacitatea programului.[29] De aceea, a fost elaborat un altul, prin Comunicarea Comisiei referitoare la imunitatea la amenzi şi la reducerea acestora în afacerile privitoare la antante din 2006[30] – numită în continuarea prezentului studiu „Comunicarea", mult mai fiabil din punct de vedere juridic[31]. Sistemul comunitar de clemență, aşa cum este structurat în prezent, vizează cele două modalități în care pot fi recompensate întreprinderile care colaborează cu autoritatea de concurență – imunitatea totală şi imunitatea parțială la amendă – şi conține reguli precise de procedură care îi conferă transparență şi siguranță.

5. Imunitatea totală. Deconspirarea antantelor, chiar prin încurajarea delațiunii, este preferabilă, în planul beneficiilor pe termen lung, pentru eficiența concurenței şi pentru protecția consumatorilor, unei sterpe politici sancționatorii. Imunitatea totală la amendă, ca

recompensă pentru infidelitatea membrilor celor mai toxice antante, este asigurată celei dintâi întreprinderi care furnizează informațiile şi elementele de probă care, potrivit evaluărilor Comisiei, îi permit:

a) să adopte o decizie de inspectare a localurilor întreprinderilor vizate (pct. 8/a), cu condiția ca autoritatea comunitară să nu fi dispus deja de probe suficiente pentru a dispune respectiva descindere[32], *sau*

b) să constate existența unei încălcări a dispozițiilor art.81 CE (pct.8/b). În acest caz, exonerarea integrală va fi însă acordată doar dacă sunt îndeplinite cumulativ două condiții:

– Comisia să nu fi fost deja în posesia unor probe suficiente care să confirme înfrângerea prohibiției prevăzute de art.81 CE *şi*

– nici o întreprindere să nu fi obținut imunitatea potrivit pct.(8) lit.(a).

Aşadar, Comisia va putea acorda imunitatea la amendă chiar dacă informațiile i-au fost transmise după realizarea anchetei. Această ipoteză se referă la situația în care Comisia a efectuat descinderi care nu i-au permis însă recoltarea unor probe suficiente privind existența antantei. Întreprinderile ale căror spații au făcut obiectul unor percheziții pot fi astfel incitate să-şi autodenunțe practicile restrictive de concurență, în scopul obținerii clemenței.[33]

Obținerea imunității la amendă este legată şi de alte criterii, pe care întreprinderea denunțătoare este ținută să le îndeplinească (pct.12). Ea trebuie:

a) să coopereze cu Comisia de o manieră reală, totală, permanentă şi rapidă, pe durata întregii proceduri administrative. Aceasta implică să furnizeze fără rezerve toate informațiile şi probele în posesia cărora ar intra, să răspundă cu promptitudine oricărei solicitări a Comisiei, să-şi pună salariații şi administratorii actuali – dacă este cazul şi posibil, şi pe cei anteriori – la dispoziția Comisiei pentru a fi audiați, să se abțină să-şi divulge colaborarea cu Comisia fără acordul acesteia;

b) să-şi înceteze activitatea în cartel din momentul formulării cererii, cu excepția situațiilor când Comisia apreciază că este necesară continuarea participării la antantă, pentru integritatea şi finalitatea inspecțiilor. Noua formulare a acestei condiții, diferită de cea conținută în Comunicarea din 2002, dar mult mai puțin îndrăzneață față de modelul american[34], poartă amprenta influenței flexibilului model german, chiar dacă prevederile acestuia nu au fost integral preluate.[35] Într-adevăr, cerința anterioară, de stopare bruscă a activității de cartel a întreprinderii delatoare, nu era decât o pudibonderie generatoare de eşec: membrii antantei erau astfel avertizați cu privire la „defectarea" unuia dintre ei şi îşi puteau lua măsuri de precauție;

c) să nu fi distrus, falsificat sau ascuns, anterior formulării cererii de clemență, probe privind existența antantei şi să nu-şi fi divulgat intenția de a solicita clemența.

În fine, exonerarea totală de răspundere nu poate fi acordată unei întreprinderi care a constrâns alte întreprinderi să se alăture cartelului sau să nu-l abandoneze (pct.13).

Două remarce se impun, legate de evoluția în timp a viziunii Comisiei asupra acestei din urmă condiții. Într-un prim rând, trebuie amintit că în Comunicarea din 1996 erau excluse de la beneficiul clemenței şi întreprinderile care avuseseră rol de inițiatori sau rol determinant în realizarea activității ilicite. Comisia, încă prin Comunicarea din 2002, a renunțat la această exigență, deoarece a considerat că noțiunea de întreprindere „instigatoare" era imprecisă şi aducea atingere eficacității programului de clemență.[36]

În al doilea rând, în ultima variantă a programului comunitar de clemență se observă o modulare a excepției[37]: actele de constrângere exercitate de un membru al cartelului asupra altuia, fie pentru a-l determina să participe la conspirația anticoncurențială, fie pentru a-l împiedica să o repudieze, exclud „mântuirea" sa totală, nu însă şi o „mântuire" parțială: întreprinderea delatoare poate obține, dacă îndeplineşte toate celelalte criterii şi condiții legale, reducerea amenzii.

6. Reducerea cuantumului amenzii. Întreprinderile cărora nu li se recunoaşte imunitatea pot totuşi, sub rezerva îndeplinirii condițiilor precizate la pct.(12) lit.(a)-(c)[38], să beneficieze de un regim de clemență constând în reducerea cuantumului amenzii. Punctul (5) al Comunicării din 2006 enunță criteriul esențial care orientează această strategie de atragere a întreprinderilor în jocul opțiunii „băț" sau „morcov": nivelul diminuării amenzii trebuie să reflecte contribuția efectivă a întreprinderii la deconspirarea cartelului.[39] În consecință, pentru a putea pretinde acest tip de clemență, întreprinderea trebuie să furnizeze elemente de probă purtătoare de valoare adăugată semnificativă în raport cu cele deținute deja de Comisie. Noțiunea de „valoare adăugată" înseamnă, potrivit Comunicării, forța noilor elemente de probă, rezultată din chiar natura lor sau/şi din nivelul lor de precizie, prin care se întăreşte capacitatea Comisiei de a stabili existența antantei (pct.25).

Actuala Comunicare prestabileşte riguros ierarhizarea forței probante a dovezilor procurate de întreprinderile care se plasează doar pe locurile doi, trei, patru…în cursa către birourile Comisiei: probele scrise contemporane cu faptele incriminate sunt mai puternice față de cele posterioare; probele directe sunt calitativ mai importante decât cele care au doar o legătură indirectă cu acțiunile membrilor cartelului; probele cu valoare intrinsecă sunt mai valoroase decât cele care necesită o coroborare mai laborioasă.

Spre deosebire de sistemul american, care nu prevede posibilitatea exonerării parțiale de amendă pentru întreprinderile care nu denunță primele cartelul[40], Comunicarea determină rangul întreprinderilor candidate la reducerea cuantumului amenzilor, cu consecința diferențierii acestei reduceri, funcție de succesiunea lor: prima întreprindere (în afara celei care obține eventual imunitatea) va beneficia de o reducere cuprinsă între 30 şi 50%; a doua întreprindere – de o reducere cuprinsă între 20 şi 30%; celelalte întreprinderi nu vor putea beneficia decât de o reducere maximă de 20% (pct.26).[41]

În doctrină se consideră că, într-adevăr, acordarea unor reduceri de amendă posterior inițierii cercetărilor

este necesară în scopul obținerii celor mai bune informații pentru descoperirea tuturor suspecților.[42] Totuși, un program de clemență nu-și poate limita obiectivele la identificarea celor vinovați, ci trebuie să și prevină, într-o măsură semnificativă, formarea de noi carteluri. Or, dacă se are în vedere și această funcție a politicilor de clemență, generoasa acordare de reduceri de amendă la mai mulți membri ai antantelor poate compromite eficacitatea sistemului. Este exact riscul implicat de sistemul Uniunii Europene, care, la limită, permite reducerea amenzilor aplicabile tuturor membrilor unui cartel. Pe de altă parte, recompensarea și altor întreprinderi denunțătoare poate fi justificată din considerente practice, probatorii, când dovezile furnizate de prima întreprindere nu pot fi coroborate cu probe provenite din alte surse. Cea mai bună opțiune ar fi atunci un model similar celui american, care sporește tensiunea internă din cartel și maximizează efectul de cursă înspre autoritatea de concurență: imunitate totală pentru primul denunțător și libertate de evaluare a contribuțiilor probatorii ale următorilor sosiți, cu posibilitatea ca și aceștia să fie exonerați, dar numai parțial.[43]

Pentru stabilirea *in concreto* a cuantumului amenzii în interiorul acestor limite, Comisia ia în considerație o serie de elemente, precum: data la care i-au fost furnizate informațiile și încărcătura lor de valoare adăugată; întinderea și continuitatea cooperării de care dă dovadă întreprinderea.

7. Proceduri intracomunitare. Cea mai importantă dintre slăbiciunile sistemului consacrat prin Comunicarea din 2002 a constat în imperfecta interconectare dintre programul de clemență și Rețeaua Europeană de Concurență (REC), urmare a intrării în vigoare a Regulamentului nr.1/2003 al Consiliului, din 16 decembrie 2002, referitor la punerea în practică a regulilor de concurență prevăzute în art.81 și 82 ale Tratatului CE.[44] Sursa răului o constituia, desigur, dimensiunea internațională a cartelurilor, care atenta la eficacitatea sistemelor de clemență, în condițiile în care, la nivel comunitar, nu existau pârghii eficiente pentru asigurarea unui minimum de coordonare între autoritățile de concurență europene.

Aspectul cel mai delicat al articulării celor două sisteme – de clemență și REC – privea, întrucât nu există un *ghișeu unic*, atribuirea cazului între autorități, căci o cerere de clemență nu este valabilă decât față de autoritatea la care a fost depusă.[45] Or, nu se știe, în punctul de pornire al afacerii, care va fi, în cele din urmă, autoritatea etatică europeană care o va rezolva. Comisia poate decide să trateze ea însăși afacerea sau să o lase în competența uneia sau mai multor autorități naționale, considerate mai bine plasate. Prin urmare, pentru a fi pe deplin protejate, întreprinderile candidate la clemență trebuie să adreseze o cerere Comisiei, dar și, cât mai repede cu putință, tuturor autorităților naționale care ar putea fi, eventual, învestite cu soluționarea cazului. Este evident că aceste suprapuneri generează multiplicarea procedurilor, cu consecința creșterii costurilor atât pentru întreprinderi, cât și pentru autoritățile de concurență, care s-ar putea vedea în situația de a declanșa procedurile formale de clemență, deși s-ar putea să nu trateze cazul.

Pentru a atenua deficitul de coordonare dintre diferitele sisteme de clemență intracomunitare, Comisia a adoptat Comunicarea referitoare la cooperarea în sânul Rețelei Europene de Concurență.[46] Regulile fixate în acest document vizau mai ales diminuarea riscurilor generate de obligația de informație mutuală și de colaborare – stabilită prin Regulamentului 1/2003 – dintre Comisie și autoritățile naționale de concurență, riscuri privind confidențialitatea procedurilor, securitatea întreprinderilor implicate în acestea, în final pentru însăși eficiența sistemului de clemență.

Prezentarea unor detalii referitoare la conținutul acestei comunicări ar fi fastidioasă și inutilă în cadrul studiului nostru. Ne limităm numai să precizăm că a fost insuficientă pentru atingerea obiectivului urmărit.

Dimpotrivă, cât privește noul model european de clemență, se poate afirma că mai ales elementele sale de procedură îi conferă coerență, suplețe, rigoare, făcând din el un instrument redutabil în lupta împotriva ocultelor carteluri transnaționale. Comunicarea Comisiei din 2006 consacră, într-adevăr, reguli care asigură transparența mecanismelor, protecția întreprinderilor denunțătoare față de autorități și jurisdicții străine, confidențialitatea datelor puse la dispoziția Comisiei și fiabilitatea mecanismului de determinare a vocației întreprinderilor la exonerarea de amendă. Eficacitatea sistemului european a fost mai cu seamă asigurată prin elaborarea, tot în 2006, a Programului-model al REC în materie de clemență[47], în raport de care autoritățile naționale de concurență din cadrul UE și-au organizat propriile sistemele de clemență.[48]

Vom prezenta principalele reguli procedurale ale modelului european de clemență, care îi conferă eficiență și originalitate, așa cum sunt nuanțate în Programul model al REC.

7.1. Depunerea cererilor. La solicitarea întreprinderii care formulează o cerere de clemență, autoritatea de concurență îi furnizează un aviz de primire, în care se confirmă data și ora depunerii cererii.[49] Cererile referitoare la aceeași antantă vor fi examinate de Comisie în ordinea temporală a depunerii. Se evită astfel ca examinarea primei cereri să fie influențată de examinarea paralelă a celei de-a doua ori de-a treia cereri de clemență, mai ales sub aspectul calității și valorii elementelor furnizate.

În cazul în care întreprinderea care dorește colaborarea cu autoritatea de concurență nu este în posesia tuturor informațiilor și probatoriilor care să-i garanteze obținerea imunității, poate solicita mai întâi un *marcator*, adică un număr care să-i marcheze ordinea depunerii cererii și să-i protejeze poziția din punct de vedere cronologic.[50] Acordarea marcatorului este la latitudinea autorității de concurență, care poate îngădui solicitantei ca, într-un termen pe care i-l stabilește anume, să acumuleze dovezile necesare. Dacă întreprinderea își îndeplinește obligațiile în răgazul de timp primit, probele și informațiile vor fi considerate comunicate la data acordării marcatorului.

Comunicarea prevede, în cazul în care întreprinderea tinde să obțină imunitatea totală, posibilitatea de a depune inițial o *cerere sub formă ipotetică*. Demersul se întemeiază pe anonimatul deplin al candidatei la clemență care, fără să-şi divulge identitatea[51], oferă o listă detaliată de elemente de probă, pe care le-ar putea furniza la o dată ulterioară. Comisia verifică dacă imunitatea este disponibilă şi dacă natura şi forța probatoriilor descrise[52] îndeplinesc criteriile pentru exonerarea totală, apoi informează întreprinderea. Dacă nu sunt îndeplinite condițiile imunității, solicitanta poate aduna şi alte informații, îşi poate retrage cererea, cu tot cu informațiile furnizate, ori, după caz, poate încerca să obțină o reducere a amenzii.

Când o întreprindere a solicitat sau intenționează să solicite clemență printr-o cerere depusă la Comisie, iar aceasta este considerată, conform pct.14 din Comunicarea referitoare la REC, „deosebit de bine plasată" pentru examinarea afacerii, întreprinderea în cauză poate adresa *cereri sumare* oricărei alte autorități naționale de concurență, pe care o consideră „bine plasată" să instrumenteze cazul.[53] Respectiva autoritate de concurență confirmă solicitantei că este prima care îi cere imunitatea. Ulterior, dacă va decide să instrumenteze afacerea, îi va acorda întreprinderii un termen înăuntrul căruia aceasta să furnizeze probele şi informațiile corespunzătoare exigențelor privind imunitatea. Rangul întreprinderii este conservat, dat fiind că dovezile se vor considera transmise la data depunerii cererii sumare.[54]

Cererea pentru exonerarea parțială de răspundere trebuie să răspundă, pe fond, criteriilor de determinare a valorii adăugate a informațiilor şi probelor furnizate, precum şi precizarea că reprezintă o *cerere formală de reducere a amenzii*. Compania petentă primeşte de la Direcția Generală de Concurență din cadrul Comisiei, la solicitarea sa, un aviz de primire, cu menționarea datei, eventual, şi a orei depunerii.

7.2. Procedura orală. Provocată de efectele extrateritorialității dreptului american prin a sa procedură „*discovery*", cu consecințe asupra confidențialității anchetelor efectuate[55], sau de riscurile generate de regula „*treble damages*", Comisia Europeană a admis, încă din perioada aplicării Comunicării din 2002, posibilitatea ca cererile de clemență să fie formulate oral şi nu în scris. Regula este acum expres prevăzută în pct.32 al Comunicării din 2006.[56] În acelaşi timp, Programul-model explică şi justifică utilizarea acestui sistem: întreprinderile care cooperează cu autoritățile de concurență sunt expuse pericolului ca, în cadrul acțiunilor civile ulterioare în daune-interese, să fie dezavantajate sub aspect probator față de cele care nu cooperează, prin invocarea de către reclamanți a mărturisirilor făcute în cursul procedurilor de clemență. Or, divulgarea în cadrul unor proceduri civile a declarațiilor companiilor din cursul procedurilor de clemență ar conduce la descurajarea inițiativei de colaborare şi, implicit, la scăderea eficienței programului de clemență. În consecință, sunt autorizate declarațiile orale ori de câte ori o astfel de măsură ar părea justificată şi proporționată.[57] Pentru etanşeizarea sistemului, Programul-model al REC permite schimbul de declarații orale înregistrate între autoritățile de concurență, numai dacă autoritatea destinatară asigură un nivel de confidențialitate echivalent celui prevăzut de autoritatea care le comunică.

7.3. Imunitatea condiționată. Consecutiv depunerii cererii de exonerare integrală, autoritatea de concurență verifică dacă probele şi informațiile furnizate ating nivelul cerut pentru imunitatea totală. În caz afirmativ, se acordă companiei solicitante, în scris, doar o imunitate condiționată la amendă. Abia la finalizarea procedurii administrative, dacă întreprinderea respectă şi condițiile legate de colaborarea sa pe parcursul anchetei, prin decizia finală va fi exonerată complet de răspundere.[58]

Dacă verificarea probelor oferite de candidata la clemență relevă insuficiența acestora pentru acordarea imunității totale la amendă, autoritatea de concurență este ținută să-i comunice în scris respingerea cererii. Întreprinderea are, în acest caz, alternativa de a solicita, în cadrul aceluiaşi demers, reducerea cuantumului amenzii.

(Continuare în numărul următor)

Note:

[1] Naşterea programelor de clemență s-a întemeiat pe o premisă unanim acceptată, expusă, de pildă, în Comunicarea Comisiei privitoare la imunitatea la amendă şi la reducerea mărimii acesteia în afacerile referitoare la antante, din 2006: cartelurile secrete limitează artificial concurența. Întrucât întreprinderile scapă de presiunea concurențială, care le determină să inoveze, se ajunge în final la creşterea prețurilor şi la reducerea ofertei propuse consumatorilor. Pe termen lung, ele slăbesc nivelul competitivității şi au un efect negativ asupra ocupării forței de muncă. De aceea, construirea unor sisteme care să permită decelarea şi destructurarea antantelor secrete prin intermediul autodenunțurilor întreprinderilor implicate este considerată benefică: este mai importantă devoalarea şi interzicerea unor asemenea carteluri, decât incerta sancționare pecuniară a tuturor membrilor lor, în condițiile în care, secrete fiind, metodele polițieneşti comune sunt ineficiente. În plus, pierderile care s-ar înregistra prin exonerarea totală sau parțială a unor membri este compensată prin nivelul mai ridicat al amenzilor aplicate celorlalți, precum şi prin reducerea considerabilă a cheltuielilor administrative.

[2] Despre instabilitatea „endemică" a cartelurilor, *a se vedea:* J.Philippe, A.Guyon, I.Gurov. *Les cartels internationaux.* În (dir. G.Canivet): *La modernisation du droit de la concurrence*, L.G.D.J., 2006, p.215-218.

[3] Tentația nerespectării angajamentelor de cartel apare, desigur, la acele întreprinderi mai eficiente (şi-au dezvoltat ori au achiziționat noi tehnologii, şi-au mărit capacitățile de producție, realizează produse noi complementare etc.), pentru care rigidele părți de piață consacrate prin acordul anticoncurențial devin insuficiente.

[4] Reamintim că politicile de clemență vizează descoperirea, anihilarea, dar şi prevenirea antantelor orizontale considerate cele mai nocive pentru viața economică: cele de fixare a prețurilor de vânzare sau de cumpărare, de atribuire de cote de producție ori de vânzare, de partajare a piețelor, mai cu seamă prin intermediul licitațiilor trucate (*a se vedea* Programul-model al Rețelei Europene de Concurență adoptat la 29 septembrie 2006).

[5] În ipoteza descrisă de noi am evocat utilizarea procedurii clemenței ca urmare a parcursului firesc al vieții unei întreprinderi în interiorul unui cartel. Denunțarea poate deveni mai avantajoasă decât menținerea echilibrului de cartel şi datorită unor cauze exogene, când în mediul întreprinderii se produc anumite evenimente: autoritatea de concurență are bănuieli şi începe anchetarea cartelu-

lui; realizarea unei fuziuni/achiziții, iar noua conducere reconsideră strategia concurențială a întreprinderii; șocul produs de noi intrări pe piață sau de creșterea cererii; riscurile de deconspirare generate de descoperirea antantei la alte eșaloane ale întreprinderii.

[6] Conform pct.37 al Comunicării Comisiei referitoare la cooperarea în sânul rețelei autorităților de concurență (JO C 101 din 27 aprilie 2004), termenul „clemență" desemnează orice sistem care oferă imunitate totală sau o puternică reducere a amenzilor care, în lipsa acestuia, ar fi aplicate participantului la o antantă ilicită, în schimbul divulgării liber consimțite, înainte sau în timpul fazei de anchetă, a unor elemente de probă referitoare la antanta prezumată, potrivit unor criterii precise.

[7] Cuantificarea eficienței programelor de clemență în funcție de efectul net al cartelurilor descoperite este totuși ambiguă. De fapt, nu se cunoaște cu certitudine decât numărul antantelor destructurate, nu și cel al antantelor în derulare. Or, o politică de clemență cu adevărat eficientă ar trebui să și împiedice, într-o măsură cât mai mare, organizarea cartelurilor. De aici, necesitatea intensificării studiilor de economie experimentală și de econometrie, care pot pătrunde dincolo spectaculosul rezultatelor programelor de clemență pentru a identifica resorturile economice care conduc la nașterea antantelor, a celor care contribuie la stabilitatea lor, precum și la accentuarea tendințelor centrifugale.

[8] Se afirmă în doctrină că programul de clemență acționează „prin favorizarea basculării echilibrului cooperativ (nimeni nu mărturisește) în echilibru non-cooperativ (întreprinderile mărturisesc)" (F.Lévêque. *L'efficacité multiforme des programmes de clémence*. – În: *Concurrences // Revue des droits de la concurrence*, 2006, nr.4, p.34).

[9] *A se vedea* și: J.Philippe, A.Guyon, I.Gurov. *Op. cit.,* p.218-222.

[10] OCDE, „Du recours à la clémence pour réprimer les ententes injustifiables", sept. 2001, p.2 (document disponibil la următoarea adresă de Internet: http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en_2649_201185_1890450_1_1_1_1,00.html).

[11] Amintim, de asemenea, că programul american de clemență a fost întărit în 1993, când a fost consacrată imunitatea *automată* pentru prima întreprindere denunțătoare a cartelului. Mai mult, sistemul american a cunoscut un succes indeniabil atunci când clemența a fost extinsă și în cazul cartelurilor descoperite, asupra întreprinderilor care făceau deja obiectul unei investigații, dar erau apte să furnizeze probe suplimentare autorităților de concurență.

[12] De pildă, în Statele Unite, în afacerea numită a „electrozilor din grafit", prima întreprindere care a solicitat clemența a beneficiat de imunitatea totală a sancțiunii, a doua solicitantă a primit o amendă de 32,5 milioane dolari, iar ultimele două au fost condamnate la amenzi de 110, respectiv, 135 milioane dolari (*apud* J.Philippe, A.Guyon, I.Gurov. Op. cit., p.218).

[13] În plus, nu se poate omite, pentru cartelurile formate după adoptarea unei politici de clemență, că membrii lor au fost în deplină cunoștință de cauză, că au considerat că avantajele oferite de conivența anticoncurențială depășesc riscurile generate de incidența programului de clemență și că, destul de probabil, și-au creat ei înșiși mecanisme interne de protecție și retorsiune. Cu alte cuvinte, aceste carteluri sunt prin natura lor mai stabile decât cele în derulare, surprinse de adoptarea unei politici de clemență.

[14] F. Lévêque. *L'efficacité multiforme des programmes de clémence*. – În: *Concurrences // Revue des droits de la concurrence*, 2006, nr.4, p.31-36.

[15] D.Spagnolo. *Optimal Leniency Programs*, F.E.E.M., *Nota di Lavoro* nr.42, Fondazione ENI „Enrico Mattei", Milano, 2000, http://www.ssrn.com, cf. F.Lévêque. Op. cit., p.33. O astfel de politică de clemență ar conduce nu la deconspirarea antantelor și a autorilor lor, ci la împiedicarea formării antantelor, la eradicarea lor, cu costuri administrative practic nule.

[16] Se pare că opinia publică acceptă greu imunitatea totală. Cu atât mai șocantă moral ar fi recompensarea turpitudinii și instrumentalizarea ei în interes propriu. Totodată, ar exista și posibilitatea unor înscenări, oferta fiind deosebit de tentantă (cf. F.Lévêque. *Op. cit.,* p.33.)

[17] De pildă, modelul german prevede scutirea întreprinderii de la confiscarea beneficiului ilicit obținut din activitatea de cartel, iar modelul american și cel britanic conferă și o imunitate penală persoanelor fizice care colaborează cu autoritatea de concurență.

[18] Mărimea amenzilor aplicabile unui cartel trebuie să fie mai mari când se aplică un program de clemență decât în cazul când un asemenea program nu există.

[19] Problema s-a pus în Statele Unite, unde participarea la programul de clemență a fost mult timp descurajată de sistemul daunelor triple. Abia după ce acestea au fost desființate și înlocuite cu daunele simple – dar numai pentru întreprinderile colaboratoare – modelul american a devenit cu adevărat eficient.

[20] În Europa ideea daunelor triple nu a fost niciodată agreată, sistemele de drept europene cunoscând numai daunele civile clasice, simple.

[21] Sistemul comunitar nu cunoaște pedepse penale, dar în numeroase state membre (d. e., Germania, Franța, România, Marea Britanie) inițierea ori contribuția la organizarea unui cartel constituie infracțiuni, al căror spectru apasă pe umerii multora din conducătorii întreprinderilor și descurajează recursul acestora la programele de clemență. Preluarea modelului american, care permite persoanelor fizice din cadrul întreprinderilor implicate într-un cartel să beneficieze de imunitate penală, s-ar putea dovedi o soluție practică simplă și eficientă..

[22] Este vorba, pur-și-simplu, de a se garanta nedivulgarea unor alte jurisdicții a informațiilor furnizate de întreprinderea delatoare. În caz contrar, temerea că propriile sale declarații făcute în fața autorității de concurență ar putea fi utilizate împotriva sa în cadrul unor acțiuni în daune, de pildă, ar paraliza recursul oricărei întreprinderi la programul de clemență.

[23] Com., 21 noiembrie 2001, *Vitamines*, af. COMP/E-1/37, 512, JO L., 10 ianuarie 2003, pct.158.

[24] Nu se poate ignora totuși fragilitatea acestor probe, dat fiind că ele emană de la coparticipanții la acte ilicite, care au interesul de a-și atenua propria vinovăție și de a agrava situația foștilor parteneri. De aceea, în jurisprudența comunitară s-a subliniat necesitatea de a se respecta prezumția de nevinovăție, cu atât mai mult cu cât aceste proceduri se pot finaliza cu sancțiuni extrem de severe. Prin urmare, ori de câte ori subzistă o îndoială, ea trebuie să profite întreprinderii acuzate (CJCE, 8 iulie 1999, *Hüls AG*, af. C-199/92 P, Rec., pct.149-150).

[25] JO L. din 1 ianuarie 2003.

[26] JO C. 207 din 18 iulie 1996.

[27] În cinci ani și jumătate de aplicare, au fost descoperite doar 16 antante orizontale, puțin peste 80 de întreprinderi au solicitat clemență și doar trei dintre ele au beneficiat de imunitate totală. Se poate admite că numărul de carteluri devoalate prin acest sistem a fost totuși ușor mai mare, pentru că, după adoptarea Comunicării din 2002, erau încă în curs câteva proceduri începute sub incidența Comunicării din 1996.

[28] JO C. 45 din 19 februarie 2002.

[29] Succesul noului sistem nu poate fi negat. Până la adoptarea celui din 2006, în mai puțin de patru ani, au fost descoperite 80 de carteluri, Comisia a primit 167 de cereri de clemență și a acordat 51 de imunități totale.

[30] JO C. 298 din 8 decembrie 2006.

[31] Pentru a evita trimiterile prea frecvente, trebuie menționat că modelul comunitar este consistent inspirat din cel american, introdus încă din 1993 printr-un ansamblu de linii directoare de *Division Antitrust* aparținând *DOJ* (*Department of Justice*). Așa fiind, ne vom limita doar, acolo unde este cazul, la menționarea deosebirilor dintre cele două modele.

[32] Pct.(9) al Comunicării analizate indică aspectele pe care trebuie să le conțină declarația întreprinderii denunțătoare, inclusiv probele pe care le poate pune la dispoziția Comisiei.

[33] În Statele Unite, cartelurile „vitaminelor" şi „electrozilor de grafit" au fost sancționate de autorități ca urmare a denunțurilor intervenite după cercetarea unor localuri, altminteri nu tocmai fructuoasă. Însă, numeroşi autori consideră că acordarea imunității totale atât înainte, cât şi după deschiderea anchetei afectează eficiența unui sistem de clemență: cursa înspre autoritatea de concurență nu va începe decât după demararea inspecțiilor (F.Lévêque, studiu cit. supra, p.35). Iar dacă aşa stau lucrurile, atunci preluarea acestei prevederi a modelului american în Comunicarea europeană din 2006 nu a fost tocmai inspirată. Nu e mai puțin adevărat însă că acest risc este compensat prin posibilitatea de colectare, altminteri imposibilă, a dovezilor necesare demantelării unor puternice carteluri oculte.

[34] În SUA, salariații care cooperează cu *DOJ* sunt remunerați consistent. Sistemul a avut rezultate remarcabile. Astfel, în perioada 1993-2003, s-au cheltuit cu recompensele acordate personalului întreprinderilor candidate la clemență 500 milioane de dolari, dar „investiția" a fost din plin recuperată din amenzile de 5 miliarde de dolari aplicate în aceleaşi afaceri.

[35] *A se vedea:* infra nr.9.

[36] Într-adevăr, aşa cum a arătat Comisia, arareori este posibil să se demonstreze că antanta a avut unul sau mai mulți instigatori, care să şi poată fi identificați cu certitudine.

[37] De menționat că modelul american nu cunoaşte această abordare suplă a poziției tuturor membrilor unui cartel, chiar şi a celor mai culpabili dintre ei.

[38] *A se vedea:* supra nr.5.

[39] Dar, întrucât se urmăreşte creşterea eficienței sistemului, este necesară stabilirea unei diferențe semnificative între imunitatea la amendă şi nivelul maxim al reducerii (nerecomandat a fi mai mare de 50% din amenda aplicabilă). Numai astfel sporeşte tentația formulării cât mai precoce a unor cereri de imunitate totală (*a se vedea* pct.24 din Programul model al REC, adoptat în 2006).

[40] Cu toate acestea, în practică, *DOJ* acordă, pe baza unei analize cazuale, reduceri – uneori importante – întreprinderilor care reuşesc, posterior primului denunț, să furnizeze probe valoroase pentru stabilirea existenței cartelului.

[41] Evident, aceste baremuri au fost concepute cu menirea de a determina întreprinderile să nu întârzie în luarea deciziei de a se autodenunța şi de a furniza probele de care dispun.

[42] M.Motta, M.Pollo. *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, in *International Journal of Industrial Organization*, vol.21(3), 347-379 (apud F.Lévêque. *Op. cit.,* p.35).

[43] Un model interesant este cel japonez. Acesta, până la 1 ianuarie 2006, trata întreprinderile delatoare, sosite posterior acordării imunității, în mod nediferențiat: doar primele trei mai puteau fi recompensate, cu reduceri egale, de câte 30% din cuantumul amenzii aplicabile. Această uniformitate de tratament diminua caracterul incitator al sistemul. Reforma din 2005 a Legii japoneze antimonopol a diferențiat reducerile de amendă – 30%-50% – ce pot fi acordate, când imunitatea nu este disponibilă, doar primelor trei întreprinderi denunțătoare. În plus, au fost admise cererile orale şi s-a consacrat posibilitatea ca întreprinderea denunțătoare să-şi continue activitatea în cartel, pentru a nu fi compromisă colectarea probatoriilor.

[44] JO L1 din 4 ianuarie 2003.

[45] Un „*ghişeu unic*"nu există nici la nivel internațional, nici la nivel comunitar. Prin urmare, întreprinderea interesată trebuie să depună cererea pentru acordarea clemenței la maximul de autorități de concurență susceptibile să fie competente să rezolve cazul. În situație contrară, riscă să suporte sancțiunile autorităților de concurență competente omise în demersul său. Cu alte cuvinte, decizia de a solicita clemența trebuie să fie una internațională. Altminteri, dacă alți participanți la antantă află că a fost depusă o cerere de clemență în fața unor autorități, sunt interesați să depună cereri similare la alte autorități, pentru a fi primii măcar în fața acestora. Evident, întregul demers poate eşua dacă există chiar şi numai o țară în care antanta produce efecte sensibile, dar care nu dispune de un sistem de clemență.

[46] JO C. 101 din 27 aprilie 2004.

[47] Poate fi consultat la următoarea adresă de Internet: http://europa.eu/comm/competition/antitrust/ecn/model_leniency_fr.pdf

[48] Programul-model a fost aprobat de şefii tuturor autorităților de concurență şi de Comisia Europeană. În introducerea Programului-model se arată că scopul acestuia este să se evite disuadarea întreprinderilor de a solicita clemența, din cauza divergențelor dintre reglementările naționale, şi uşurarea sarcinii ce incumbă acestora de a depune cereri multiple, prin consacrarea unui sistem uniform de *cereri sumare*. Autoritățile naționale de concurență s-au angajat să-şi alinieze politicile de clemență la standardele minime stabilite în Programul-model.

[49] Înainte de depunerea oricărei cereri formale, sunt admise contacte informale şi anonime între întreprindere şi autoritatea de concurență, pentru obținerea unor informații legate de aplicarea programului de clemență.

[50] Cererea pentru obținerea marcatorului trebuie să conțină un minimum de informații, şi anume: numele şi adresa întreprinderii, circumstanțele care motivează introducerea unei cereri de clemență, participanții la prezumtiva antantă, produsul/produsele în cauză, teritoriul/teritoriile afectate, durata prezumtivei antante, natura antantei, autoritatea/autoritățile de concurență în fața căreia/cărora a fost sau va fi prezentată o cerere de clemență privitoare la aceeaşi antantă.

[51] Nu doar numele solicitantei poate fi omis, ci şi al altor întreprinderi membre ale cartelului.

[52] Pot fi ataşate cererii, de exemplu, cópii ale unor documente, din cuprinsul cărora au fost şterse anumite pasaje. Oricât de multă discreție este admisă cu privire la probele care ar permite identificarea părților implicate în cartel, câteva elemente trebuie totuşi precizate fără echivoc: produsul sau serviciul care constituie obiectul antantei, întinderea geografică a acesteia şi estimarea duratei sale.

[53] O cerere sumară trebuie să conțină aceleaşi elemente ca cererea pentru atribuirea marcatorului.

[54] Programul-model al REC apreciază că cererile sumare nu sunt utile şi practice decât în cazul imunității solicitate în temeiul pct.(8) lit.(a) din Comunicarea Comisiei privitoare la imunitatea la amendă şi reducerea cuantumului acesteia (aşa-numitul, în limbajul Programului-model, tip 1A), pentru că, în celălalt caz (tip 1B), se cunoaşte deja autoritatea (sau autoritățile) care instrumentează afacerea, iar cererile sunt evaluate funcție de un dosar în posesia căruia deja se află autoritatea/autoritățile de concurență (pct.46).

[55] Comisia Europeană a fost nevoită să intervină în cursul procedurilor desfăşurate în fața instanțelor americane, pentru a-şi apăra suveranitatea asupra aplicării propriului sistem de clemență (*a se vedea:* infra nr.15.1). Chiar dacă numai ca element anecdotic, menționăm că procedura orală a fost inspirată autorităților comunitare tocmai de modelul de clemență american.

[56] Declarațiile orale se înregistrează şi se transcriu în birourile Comisiei, iar întreprinderile au posibilitatea de a verifica exactitatea transcrierilor. În plus, accesul la aceste declarații îl au numai întreprinderile destinatare ale comunicării învinuirilor, numai după ce această comunicare a avut loc şi numai sub condiția de a nu se face cópii prin mijloace mecanice sau electronice (pct.33 din Comunicare).

[57] Procedura declarațiilor orale este justificată şi proporționată întotdeauna când Comisia este considerată în mod deosebit bine plasată, anume când cartelurile afectează concurența pe mai mult de trei piețe naționale intracomunitare, potrivit pct.14 din Comunicarea Comisiei referitoare la cooperarea în sânul REC. În rest, autoritățile naționale de concurență decid dacă procedura declarațiilor orale va fi admisă necondiționat sau sub rezerva probării caracterului ei justificat şi proporționat.

[58] Dacă se constată că solicitanta de clemență a constrâns alte întreprinderi să se ralieze cartelului sau să nu-l abandoneze, ori că nu a îndeplinit condițiile necesare pe parcursul anchetei, imunitatea îi este retrasă.

CONSTANTIN STERE DESPRE DREPTUL LA PETIȚIONARE CA GARANȚIE A TUTUROR DREPTURILOR

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

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

SUMMARY

This article is dedicated to Constantin Stere's vision about the right to petition. The scholar considered that this respective right as a warrant of all rights. In his vision, the right to petition does not only benefit the interests of an individual, but has a special importance. Through petition the citizens participate in the process of government. In the article the origin of the right to petition is followed and it is shown how from this right the lawmaking function of the parliament has evolved. Parallel to this, in the article the institution of responsibility of the public worker for the abusive actions committed during the exercising of his job responsibilities is examined.

Analizând dreptul de petiționare în cadrul prelegerilor de drept constituțional, Constantin Stere menționează că, deşi la prima vedere acesta nu poate constitui un drept individual în sensul propriu al cuvântului, el poate fi considerat o garanție a tuturor drepturilor.

Profesorul vorbeşte despre faptul că dispoziția respectivă constituțională, care stipulează dreptul de petiționare, are o istorie lungă şi glorioasă şi se poate spune că ea stă la originea formelor constituționale ale statului. Întreg parlamentul englez, întreg regimul constituțional englez, oricât de curios ar părea acest lucru, s-a dezvoltat din dreptul de petiționare. Englezii au dus timp de secole lupte pentru reglementarea şi asigurarea acestui drept. Vorba e că la începuturile constituirii sale ca popor din amestecul diferitelor grupuri etnice englezii aveau deja un parlament. Constantin Stere susține că parlamentul englez propriu-zis s-a născut odată cu poporul englez. Oricât de departe merge noaptea istoriei, nu găsim poporul engelz fără această organizație.[1] Această instituție a avut drept germene sfatul bătrânilor şi adunarea poporului, cunoscute şi celor mai primitive triburi germane care au stat la originea poporului englez. Şi profesorul invocă opera lui Tacit, în care se descrie modul de funcționare a acestor organisme în luarea celor mai importante decizii: în jurul regelui se adunau sfetnicii şi mulțimea poporului, regele punea în discuție chestiunea, sfetncii se pronunțau, regele lua decizia, iar poporul o aproba sau dezaproba prin strigăte sau murmur. „Şi se poate spune că din acest sfat al bătrînilor s-a dezvoltat parlamentul, camera lorzilor şi din acele murmure de asentiment sau nemulțumire, din acele sunete nearticulate s-a dezvoltat camera comunelor", concluzionează Constantin Stere.[2]

Provenind din aceste instituții ale triburilor germanice, parlamentul englez în momentul apariției sale nu avea dreptul de legiferare propriu-zis. Unicul izvor de legiferare rămânea regele. Regele emitea legile, stabilea măsurile generale, pe care poporul era obligat să le respecte. Profesorul menționează, însă, că regele englez a avut o situație deosebită în istoria țării: el era privit ca un reprezentant al intereselor poporului şi, în concepția juridică, regele era un ideal național. Regele era legalmente singurul izvor al legii. Parlamentul nu a primit dreptul de legiferare nici după proclamarea celebrei Magna Charta Libertatum, care asigura poporul împotriva abuzurilor regale. În fond, parlamentul era convocat de rege doar pentru aprobarea noilor dări sau impozite, pentru a căror instituire era necesar acordul parlamentului. Dar complicarea vieții de stat, creşterea puterii statului, a expansiunii lui punea în față noi probleme. Ceea ce a dus în mod firesc la situația când, convocat pentru exprimarea atitudinii sale față de noi dări şi impozite, parlamentul a început să adreseze regelui unele plângeri, în care işi exprima opinia cu privire la unele chestiuni ale vieții de stat. Regele era în drept să țină sau nu cont de aceste deziderate, formulate, de fapt, ca simple petiții. Ulterior acestea au început să fie însoțite de unele proiecte de decizie, iar de aici, spune profesorul, până la legiferare nu era decât un singur pas. Proiectul de lege care însoțea petiția era votat de parlament, dar pentru punerea legii în acțiune era necesar asentimentul regeleui, care nu avea dreptul de a modifica legea, ci doar de a o aproba sau respinge. Pe această cale, din simplul drept de petiționare a parlamentului la adresa regelui s-a dezvoltat procedura de legiferare.

Însă, importanța istorică a dreptului de petiționare nu constă doar în a fi stat la originile procesului contemporan de legiferare parlamentară, susține Constantin Stere. În condițiile când cetățenii de rând, majoritatea absolută a populației, nu aveau dreptul de a invoca legile într-un proces judiciar împotriva agenților statului (legile pur şi simplu nu vizau raportul cetățean-stat), petiția a devenit unica modalitate de apărare a cetăți-

nilor împotriva abuzurilor comise de autorități. Umila plângere a cetățeanului către suprema autoritate în stat – regele – era unicul mijloc de a căpăta dreptate. În aceste condiții s-a declanşat o luptă aprigă între aparatul birocratic, care privea petițiile cetățenilor ca o eventuală sursă de pericol pentru existența şi activitatea sa, şi masele poporului. Petițiile, care nu erau decât o smerită plângere, erau considerate drept manifestări ale unei stări de spirit de nemulțumire față de autorități, ca un act subversiv, care sapă la temeliile vieții de stat. Aparatul birocratic, care era în drept să decidă dacă urmează sau nu să ajungă petiția în atenția înaltei instanțe regale, se străduia să ridice un zid între masele poporului şi rege. Profesorul invocă exemplul Rusiei țariste, în care pe departe nu fiecare cetățean avea dreptul de a adresa o petiție împăratului, iar unele petiții, înainte de a fi prezentate împăratului, urmau să fie examinate la faimoasa Secție III a Cancelariei de Stat, aşa-numita poliție secretă. Nici în Anglia, cu toate libertățile pe care şi le-a asigurat poporul englez, dreptul de petiționare nu a fost de la bun început recunoscut în mod necondiționat ca azi, menționează profesorul.[3]

În viziunea lui Constantin Stere, dreptul de petiționare presupune o răsturnare a întregii concepții a raporturilor între agenții statului şi masa cetățenilor. „Atunci cînd şeful statului e considerat ca stăpîn, cînd membrii statului sînt considerați ca supuşi, agenții statului apar ca agenți ai stăpînului şi, deci, ei apar ca stăpîni față de masa cetățenilor, înțelegeți, dreptul de petiționare poate fi un act, care se adresează la mila stăpînului şi el are tot dreptul să se creadă în anume condiții ofensat. Numai cînd se răstoarnă această concepție, cînd masa e considerată ca stăpîn şi agenții statului în cap cu şeful sînt considerați ca slujitori ai statului, petiția capătă alt caracter, de reclamare şi revendicare a unui drept”, susține constituționalistul.[4]

Pentru ca o petiție să poarte un asemenea caracter de reclamare, de revendicare a unui drept, ea trebuie să-şi urmeze cursul său şi nimeni nu poate fi refuzat în dreptul său de petiționare. În asemenea condiții dreptul de petiționare poate apărea ca unul dintre mijloacele cele mai sigure de control. Următoarea concluzie făcută de profesor este de o importanță covârşitoare pentru conştientizarea locului şi rolului dreptului de petiționare într-un stat democratic: „Din moment ce în toate evoluțiile statelor moderne opinia publică apare ca un factor de guvernămînt, prezentarea de petiții e un mijloc de manifestare a opiniei publice şi în chestiunile generale, care nu privesc interesele individuale ale unui cetățean determinat”.[5]

Savantul considera că un control real şi efectiv nu poate veni de sus, controlul eficace nu poate izvorî decât *de jos*, din masa însăşi a administraților, cărora interesul propriu le stimulează vigelența. „Dar posibilitatea unui astfel de control presupune o viață cetățenească intensă, o ordine de drept sigură, o serie de instituții şi organe, a căror autoritate izvorăşte din încrederea şi sprijinul cetățenilor”, conchide Constantin Stere.[6]

În cadrul prelegerilor este invocat art.28 din Constituția României din anul 1866, care susținea că fiecare are dreptul de a se adresa autorităților publice prin petițiuni subscrise de către una sau mai multe persoane. În legătură cu formula „fiecare” profesorul pune în discuție problema dacă dreptul de petiționare aparține doar cetățenilor sau şi străinilor. Concluzia este că în cazul când un organ administartiv jigneşte un drept sau un interes al unei persoane, e indifirent dacă acea persoană este un cetățean sau un străin, nimănui nu i se poate tăgădui dreptul la petiționare. Doar atunci când petiția nu se mărgineşte la reclamarea unui drept sau interes individual, dar urmăreşte ca scop transformarea acțiunii politice a statului, a instituțiilor statului, când ea este un mijloc de exprimare a opiniei publice pentru a determina linia de conduită a guvernului sau anumite direcții ale procesului legislativ, această petiție e un mijloc de participare la guvernare, de participare la exercițiul suveranității naționale, care nu poate fi recunoscut decât cetățenilor, membrilor statului.

Însă, distincția în această privință nu este prea simplu de făcut, deoarece câteodată îndreptarea unor rele, de pe urma cărora poate suferi un individ, poate fi realizată doar prin modificări legislative, indiferent dacă individul este sau nu cetățean. Din aceste motive, constituționalistul consideră că este necesară adoptarea unei legi, care să reglemeteze dreptul de petiționare şi eventualele lui limite pentru cetățeni şi pentru străini. Concluzia finală provine din viziunile profund democratice ale juristului Constantin Stere şi ea este următoarea: atât timp cât o asemena lege nu există, dreptul de petiționare nu poate fi mărginit pentru nimeni.[7]

Cât priveşte unele reglementări constituționale ale dreptului de petiționare, şi anume: norma care susține că, în cazul înaintării unei petiții din partea a mai multeor persoane, nu se poate petiționa decât în numele celor subscrişi, profesorul le găseşte întru totul îndreptățite. Savantul relevă că, în conformitate cu Constituția, numai autoritățile constituite au dreptul de a adresa petiții în nume colectiv. Nu se poate ca națiunea să apară reprezentată de parlament şi studenți, ca un grup de cetățeni să poată vorbi, de exemplu, în numele oraşului Jaşi. „Nu se pot admite două feluri de reprezentări ale intereselor comune, unul legal şi altul născut din convingerea persoanelor, care se cred îndreptățite să vorbească în numele națiunii. De aici se pot naşte concluzii şi lupte primejdioase”, susține Constantin Stere.[8]

O altă reglementare constituțională a dreptului de petiționare se conținea în art.50 din Constituție, care stipula că oricine are dreptul de a adresa petiții Adunărilor (Reprezentațiunea națională era constituită din două Adunări: Senatul şi Adunarea deputaților – *R.G.*) prin mijlocirea biroului sau a unuia din membrii săi.

Profesorul menționează că rațiunea acestei reglementări constă în faptul că, spre deosebire de tribunale, organe administrative, unde cetățeanul se prezintă personal pentru depunerea petiției, el nu se poate prezenta personal în fața Adunării pentru a depune o petiție. Norma provine din legislația franceză și are o explicație istorică. Ea a fost adoptată în scopul evitării tulburărilor și abuzurilor frecvente pe timpul Revoluției Franceze, când grupurile de cetățeni intrau direct în sediul parlamentului pentru a revendica anumite drepturi, încercând prin strigăte și amenințări să obțină o soluționare favorabilă a petițiilor înaintate.

Norma din art.25 din proiectul Constituției, formulată în lucrarea *Anteproiect de Constituție întocmit de Secția de studii a Partidului Țărănesc cu o expunere de motive de C. Stere,* reitera aproape textual dispozițiile constituționale.[9]

Cu privire la abordarea dreptului de petiționare de către Constantin Stere se impun două mențiuni. În primul rând, prezintă un mare interes aspectul istoric, care dezvăluie provenienta acestui drept și rolul lui în constituirea procesului de legiferare în parlamentul englez. În rândul al doilea, este deosebit de actuală și importantă viziunea lui Constantin Stere asupra dreptului de petiționare ca mijloc de control asupra activității agenților statului și, prin aceasta, ca modalitate de participare a populației la guvernarea țării. O asemenea tratare a dreptului de petiționare este prețioasă pentru societățile tranzitive tocmai prin faptul că impune o cu totul altă viziune și atitudine asupra exercitării acestui drept decât cele general răspândite la moment nu doar în conștiința majorității membrilor acestor societăți, ci și în tratate științifice. Astfel, Ion Guceac, doctor habilitat în drept, profesor universitar, este de părere că exercitarea acestui drept (drept de petiționare – *R.G.*) este o modalitate de rezolvare a unor probleme personale sau de grup.[10] În *Drept constituțional și instituții politice* Ioan Muraru, doctor în drept, profesor universitar, și Simina Tănăsescu, doctor în drept, conferențiar universitar, susțin despre dreptul de petiționare următoarele: „Exercitarea dreptului de petiționare este o modalitate eficientă de rezolvare a unor probleme personale sau care privesc o colectivitate”.[11] Definiția dată dreptului de petiționare de către Gheorghe Iancu, doctor în drept, conferențiar universitar, este mai relevantă pentru conceptualizarea actului de petiționare ca act de cooperare a cetățeanului și autorităților publice în cadrul guvernării: „Dreptul de petiție este dreptul pe care îl are o persoană de a se adresa, de a aduce la cunoștința autorităților publice, prin petiții, un fapt sau o stare de lucruri și de a solicita intervenția acestora”.[12]

În abordarea lui Constantin Stere realizarea dreptului de petiționare este ridicată de la nivelul unui simple acțiuni, întreprinse în scopul apărării sau realizării drepturilor și intereselor legale ale unuia sau mai multor cetățeni, la nivelul unui act de participare a poporului la guvernarea țării. Sub acest aspect, dreptul de petiționare este nu alceva decât o manifestare a actului de guvernare a poporului prin sine însuși, acel act de Self-gouvernment, despre a cărui exercitare Constantin Stere vorbea ca despre una dintre caracteristicile esențiale ale unei națiuni. Vom aminti ce afirma savantul în acest context: „... Nu fiecare popor sau grupare etnică constituie o Națiune; ele nu pot intra în această categorie superioară, dacă nu au conștiința de sine, dacă nu sînt *capabile* de „Self-government”, sau dacă nu dau dovadă că vor și pot „să se guverneze liber” – adică, cu alte cuvinte, dacă nu afirmă principiul de suveranitate națională chiar prin organizația sau constituția, pe care și le dau”.[13] O asemenea interpretare a rolului dreptului de petiționare este conformă în cea mai mare măsură sarcinilor care stau în fața societăților, preocupate de edificarea statului de drept – deziderat, a cărui realizare presupune antrenarea plenară a membrilor societății în acest proces, inclusiv pe calea exercitării dreptului de petiționare. Fenomenul în cauză este sesizat de către savanții ruși, specialiști în domeniu. „Drepturile individului (drepturile subiective) sunt întotdeauna legate de satisfacerea unor interese ale sale de ordin material sau spiritual. Din această cauză interesul se impune ca forță motrice a relațiilor de drept ale individului, el determină atitudinea individului față de exercitarea drepturilor. Societatea și statul nu au nici pe departe o atitudine indiferentă față de faptul, cum realizează persoana posibilitățile stipulate legislativ; ele sunt interesate în activitatea individului, care este o importantă condiție pentru dezvoltarea societății democratice”, susține E.A. Lukașeva.[14] Opinia este împărtășită și de alți savanți ruși, care susțin că doar prin evidența și realizarea sumei tuturor intereselor individuale diverse societatea ajunge la consens, la un acord în ceea ce privește interesul și aspirația poporului în întregime.[15]

În finalul expunerii drepturilor și libertăților proclamate în Titlul II din Constituția României din anul 1866 Constantin Stere vorbește studenților despre o normă constituțională, care face parte tot din acest Titlu și despre care spune că rolul ei „este de a face eficace toate garanțiile prevăzute de constituție”.[16] Este vorba despre art.29 din Constituție, care stipula condițiile tragerii la răspundere a funcționarilor publici în caz de vinovăție. Norma constituțională în cauză susținea că nici o autorizație prealabilă nu este necesară pentru a exercita urmărirea funcționarilor publici pentru faptele administrării lor de părțile vătămate, rămânînd, însă, neatinse regulile speciale în privința miniștrilor. Cazurile și modul urmăririi se preconizau a fi reglementate printr-o lege specială, iar dispozițiile din Codul penal urmau să vorbească despre pedepse.[17]

În *Anteproiect* Constantin Stere susține că art.29 din Constituție, la prima vedere, permite părții vătămate să cheme la răspundere pe funcționarii abuzivi și pentru aceasta nu este necesară nici o autorizație prealabilă.

Însă, în conformitate cu prevederile Codului penal, un funcționar se făcea răspunzător pentru un act arbitrar, prin care se ataca libertatea individuală sau Constituția țării doar în cazul când el a acționat din propria inițiativă, nu şi atunci când a executat un ordin al superiorilor săi ierarhici, care erau ei înşişi răspunzători pentru asemenea ordine. „Şi pe scara „superiorilor, care dau asemenea ordine" bietul cetățean ajunge iute pînă la ministru, pe care, tot după constitiuție, nu-l mai poate da în judecată, mai cu seamă pentru „asemenea ordine"", remarcă constituționalistul.[18] Aceasta pentru faptul că doar regele sau o cameră a Adunării erau în drept să decidă deferirea unui ministru justiției. Constantin Stere găseşte că răspunderea funcționarilor publici în conformitate cu prevederile legislative în vigoare „este iluzorie".[19]

Profesorul relevă că această concepție a răspunderii funcționarilor publici, bazată pe principiul că un funcționar public poate fi deferit justiției doar cu acordul superiorilor săi ierarhici era preluată din legislația țărilor Europei continentale şi, în special, din legislația franceză. Conform acesteia, legea şi regulamentele leagă pe funcționari nu de cetățeni, ci de superiorii lor şi, înainte de toți, de şeful statului. Cetățenii nu pot cere de la un funcționar respectarea drepturilor lor, fie şi formulate în lege, nu pot da un funcționar în judecată, ci doar se pot plânge.[20]

Situației date Constantin Stere opune exemplul dreptului public englez, care nu cunoaşte nici un fel de asemenea îngrădiri ale acțiunii cetățeneşti. „Funcționarul este personal răspunzător de nerespectarea legii, el e un organ al statului şi nu o slugă a superiorilor săi şi nu e în drept să asculte decît în măsura, în care aceasta e confirmată de lege. Imediat ce legea e atinsă, imediat ce un ordin trece peste marginea legii, nu e nici un cuvînt care să-l poată lega, şi, dacă urmează, atunci nu e pedepsit superiorul, ci el însuşi", explică profesorul principiile responsabilității funcționarilor publici în Anglia.[21]

Propunerile înaintate ulterior în *Anteproiect* cu privire la răspunderea penală şi civilă a tuturor agenților puterii publice în fața justiției ordinare, fără nici o autorizație prealabilă şi fără ca răspunderea subalternilor să poată fi acoperită prin ordinele superiorilor ierarhici, au fost, fără doar şi poate, inspirate din dreptul public englez, la care, de altfel, se şi face referință expres în *Expunrea de motive*.[22]

Astfel, art.35 din Proiect propunea să se recunoască fiecărui cetățean dreptul de a cere în instanțele judecătoreşti ordinare reparația daunelor ce i-au fost pricinuite de organele puterii publice prin acte contrare legii sau prin refuzul unui serviciu legal cuvenit.

În concepția Proiectului, statul şi instituțiile de autonomie locală sunt responsabile pentru daunele pricinuite solidar cu presupuşii vinovați.

Proiectul susținea că nici o autorizație prealabilă nu este necesară pentru înaintarea acțiunii de recuperare a daunelor pricinuite statului sau administrațiilor locale, precum şi pentru urmărirea penală sau civilă a funcționarilor publici. Răspunderea penală sau civilă a acestora nu putea fi acoperită de ordinele ilegale ale superiorilor.

Conform Proiectului, încălcarea unuia din drepturile şi libertățile cetățeneşti, garantate de Constituție, dădea dreptul părții vătămate, în caz de pasivitate a Ministerului public, de a intenta acțiunea direct în justiție, instanța competentă pentru asemena cauze fiind Curtea cu juraţi.[23]

Respectiv, în Capitolul III din Proiect, dedicat puterii judecătoreşti, art.136 vorbeşte despre aceea că părțile vătămate pot cere instanțelor de judecată reparația daunelor, pe care le-au suportat de pe urma unui act administrativ ce contravine legii sau de pe urma refuzului autorității administrative de a satisface un drept sau presta un serviciu legal cuvenit, iar judecata poate condamna pe orice funcționar public vinovat de asemenea acte la daune-interese cominatorii, până la restabilirea dreptului încălcat, în afară de răspunderea penală.[24]

Pe lângă acestea, Constantin Stere consideră: „Cetățeanul român trebuie să aibă nu numai posibilitatea de a cere de la justiție *reparația* pentru abuzul săvîrşit, – daune şi pedeapsa vinovaților, – dar şi mijlocul legal *de a impune* facerea sau refacerea actelor înseşi administrative în conformitate cu prescripțiile legii".[25] În acest scop, Proiectul de constituție propunea instituirea unor instanțe de judecată cu jurisdicție administrativă, cu o sferă de competență bine delimitată de cea a instanțelor judecătoreşti ordinare – tribunalele administrative provinciale şi Consiliul de Stat ca Tribunal administrativ suprem al Regatului – cea de a doua instanță.

Orice decizie sau act administrativ al unei autorități publice sau al unui funcționar puteau fi atacate în aceste instanțe pe motiv de ilegalitate. De asemenea, erau pasibile de atac neexercitarea îndatoririlor legale de către autoritățile administrative sau funcționarii publici, precum şi refuzurile de a lua o decizie cerută de lege.

De menționat că Proiectul prevedea ca instanțele administrative să fie abilitate cu dreptul de a anula sau reforma orice decizie sau act contrare legii, precum şi de a ordona autorităților competente îndeplinirea îndatoririlor şi executarea oricărui act administrativ prescris de lege, de a le impune să ia o decizie şi de a lua ele înseşi decizia cerută de lege. Şi toate acestea în afara răspunderii penale sau civile a funcționarilor vinovați în fața instanțelor ordinare judecătoreşti. Consiliul de Stat era în drept să decidă, în cazuri grave, suspendarea din funcție a funcționarului abuziv.[26]

Constantin Stere îşi exprima convingerea că prin acest complex de dispoziții, care apărea ca o sinteză sau un compromis între sistemul englez şi cel francez de apărare cetățenească, va fi pe deplin asigurat respectul legalității şi al drepturilor individuale.[27]

Astăzi problema răspunderii funcționarilor publici în fața legii, de regulă, nu mai constituie subiectul unor stipulări constituționale. Multe dintre principiile de drept, pe care le punea savantul la baza funcționării acestei instituții, actualmente stau la baza cadrului legislativ respectiv, inclusiv în țara noastră. Incontestabilă rămâne şi importanța, pe care o acorda Domnia Sa acestor dispoziții constituționale ca mijloc de eficientizare a garanțiilor drepturilor şi libertăților omului. Spre regret, la fel de actuală şi acută rămâne şi problema optimizării mecanismului funcționării cadrului legislativ în acest domeniu, dar tematica respectivă, fiind una foarte specială, depăşeşte cadrul prezentei investigații.

În cadrul Capitolului II din Constituție erau stipulate şi prevederile cu privire la instituția extrădării cetățenilor străini. Referindu-se la drepturile străinilor aflați în țară, celebrul nostru înaintaş menționează că, în conformitate cu textul Constituției, drepturile individuale sunt garantate tuturor fără excepție. Pentru confirmare este adusă norma constituțională, care vorbeşte despre aceea că toți străinii aflați pe pământul României se bucură de protecția dată de legi persoanelor şi averilor în genere. În viziunea savantului, această stipulare din art.11 din Constituție consacră pentru străini garantarea plenară a drepturilor omului.

În acelaşi context este abordată şi problema extrădării cetățenilor străini. Formula constituțională din art.30 al Constituției, conform căreia extrădarea refugiaților politici este oprită, se intepretează prin prisma specificului crimelor şi delictelor politice. Acestea, în viziunea profesorului, au o natură cu totul deosebită. Spre deosebire de actele criminale de tip comun, ele nu reprezintă o crimă sau un delict împotriva societății şi a vieții publice. Crima sau delictul politic sunt îndreptate împotriva unei anumite organizări politice, iar ultima variază de la o țară la alta. În virtutea acestui fapt, un act politic poate fi considerat crimă într-un stat, iar în altul – nu. Din aceste motive, profesorul susține că un stat, care recunoaşte drepturile individuale, libertatea cuvântului, principiul suveranității naționale, nu poate să se facă călăul statelor înapoiate şi, dacă ar aresta şi extrăda un delincvent politic, ar comite o încălcare a drepturilor individuale.[28]

În *Anteproiect* norma cu privire la interdicția extrădării refugiaților politici a fost reiterată textual în art.16. Totodată, dispozițiile articolului respectiv nu mai vorbeau deja despre interdicția angajării unui cetățean al României în serviciul unui stat străin fără autorizația guvernului sub iminența pierderii cetățeniei pentru o asemena faptă – normă care se conținea în textul Constituției din 1866.[29]

Instituția extrădării a evoluat foarte mult în timp, însă germenele principiului de protecție a drepturilor şi libertăților cetățenilor străini, care se resimțea în norma invocată de Constantin Stere, s-a menținut şi consolidat. Constituția noastră, de exemplu, în art.19 „Drepturile şi îndatoririle cetățenilor străini şi ale apatrizilor" la fel consacră în acest sens unele garanții, în art.17 alin.(4) stipulând că cetățenii străini şi apatrizii pot fi extrădați numai în baza unei convenții internaționale sau condiții de reciprocitate în temeiul hotărârii instanței de judecată.

Ne-am referit aici la abordarea steriană a instituției extrădării pentru a demonstra încă odată că, în concepția sa cu privire la drepturile şi libertățile omului, savantul constituționalist veghea în egală măsură atât asupra drepturilor cetățenilor unui stat, cât şi asupra celor ce aparțineau pesoanelor de altă cetățenie.

Note:

[1] *A se vedea:* C.Stere. *Curs de drept constituțional*. (Litografiat). Biblioteca Academiei de Ştiințe a României, 1920, p.622.

[2] *Ibidem,* p.623.

[3] *Ibidem,* p.625-631.

[4] *Ibidem,* p.631-632.

[5] *Ibidem*, p.632-633.

[6] C.Stere. *Documentări şi lămuriri politice* // Constantin Stere. Documentări politice, p.513.

[7] *A se vedea:* C.Stere. *Curs de drept constituțional*, p.634-636.

[8] *Ibidem*, p.638.

[9] *A se vedea: Anteproiect de Constituție întocmit de Secția de studii a Partidului Țărănesc cu o Expunrere de motive de C.Stere*, p.101.

[10] *A se vedea:* I.Guceac. *Curs elementar de drept constituțional.* Vol.II. – Chişinău, 2001, p.121.

[11] I.Muraru, S.Tănăsescu. *Drept constituțional şi instituții politice.* – Bucureşti, 2002, p.237.

[12] Gh.Iancu. *Drept constituțional şi instituții politice.* – Bucureşti, 2007, p.187.

[13] *Anteproiect de Constituție întocmit de Secția de studii a Partidului Țărănesc cu o Expunere de motive de C Stere*, p.9-10.

[14] *Права человека:* Учебник для вузов. – Москва, 2004, p.95.

[15] *A se vedea:* В.Халипов. *Власть (Основы кратологии).* – Москва, 1995, p.122.

[16] C.Stere. *Curs de drept constituțional*, p.641.

[17] *Ibidem,* p.646.

[18] *Anteproiect de Constituție întocmit de Secția de studii a Partidului Țărănesc cu o Expunere de motive de C.Stere*, p.39.

[19] *A se vedea:* C.Stere. *Curs de drept constituțional,* p.643, 938-939.

[20] *Ibidem*, p.643, 644.

[21] *Ibidem,* p.645.

[22] *A se vedea: Anteproiect de Constituție întocmit de Secția de studii a Partidului Țărănesc cu o Expunere de motive de C.Stere,* p.53, 54.

[23] *Ibidem,* p.110-111.

[24] *Ibidem,* p.162.

[25] *Ibidem*, p.54-55.

[26] *Ibidem,* p.155-156.

[27] *Ibidem,* p.55.

[28] *Ibidem*, p.55.

[29] *Ibidem,* p.95.

PORNOGRAFIA INFANTILĂ ÎN FORMĂ ELECTRONICĂ:
UNELE ASPECTE JURIDICO-PENALE ŞI CRIMINOLOGICE

Lilia GÎRLA,
doctor în drept, conferenţiar universitar (USM)

SUMMARY

Child pornography generally refers to images or films depicting sexually explicit activities involving a child. Because child pornography involves children, the test of acceptability is much stricter than for regular pornography, as consent cannot be given either by the child or guardian. Legal definitions of what constitutes child pornography, and the consequences of producing, collecting or disseminating it, vary around the world. In both common usage and for research purposes, the word "child" in the phrase "child pornography" refers to prepubescent children, and does not refer to post-pubescent teenagers. However, legal definitions of child pornography generally refer to a wider range of material, including any pornography involving a minor under 18-teen years old, or in some cases non-abusive acts involving participants over the age of consent, or fictional images, according to jurisdiction. Child welfare professionals are worried that pedophiles will use the third generation mobile technology to access child sex sites, take pictures of sex with children and trade in images of abuse. Prepaid phones cannot be traced as there is no record of who owns the handset.

Spaţiul cibernetic nu reprezintă un vid; el constituie o veritabilă arenă socială în care apare un tip nou de interacţiune şi comunicare între oameni, în care sunt reproduse vulnerabilităţi ale lumii reale şi unde se profilează, treptat, riscuri şi pericole necunoscute până nu demult.

Multitudinea acestor aspecte născute într-un perimetru electronic tot mai complex nu rămâne fără consecinţe – în special, de ordin juridic – în lumea fizică. De aici, apare o serie de întrebări:

– care este gradul libertăţii de manifestare a ideilor în Internet?

– unde plasăm limita dintre modul de comportament legal şi conduita ilicită?

– este admisibilă anonimitatea dincolo de lumea reală?

– în ce măsură se pot sustrage comunităţile virtuale controlului exercitat de autorităţile de impunere a legii?

– cum delimităm în Internet sfera privată – inaccesibilă, în principiu, controlului statal – de spaţiul public, supus, în mod natural, unei anumite reglementări şi supravegheri?

Aspectele negative ce însoţesc dinamica Internetului, afectând în special minorii, par a fi legate, în principal, de fenomenul pornografiei infantile, a cărui pondere crescândă în spaţiul cibernetic a determinat adoptarea unei importante reglementări la nivel internaţional, urmată de ajustări corespunzătoare ale legislaţiei penale din tot mai multe state.

În special, componenţa de infracţiune prevăzută în art.2081 al Codului penal al Republicii Moldova reprezintă o infracţiune contra familiei şi minorilor care constă în producerea, distribuirea, difuzarea, importarea, exportarea, oferirea, vinderea, schimbarea, folosirea sau deţinerea de imagini sau alte reprezentări ale unui sau mai mulţi copii implicaţi în activităţi sexuale explicite, reale sau simulate, ori de imagini sau alte reprezentări ale organelor sexuale ale unui copil, reprezentate de manieră lascivă sau obscenă, inclusiv în formă electronică.

Această definiţie penală încearcă să întărească măsurile de protecţie acordate minorilor, inclusiv protecţia lor împotriva exploatării sexuale, prin modernizarea dispoziţiilor penale pentru a circumscrie în mod efectiv utilizarea sistemelor informatice în comiterea pornografiei infantile.

În acest sens, autorul român M.A. Hotca menţionează: „Posesia materialelor pornografice cu minori stimulează cererea de astfel de materiale, iar o cale efectivă de reducere a fenomenului constă în incriminarea oricărui comportament care constituie o etapă a lanţului dintre producţia de astfel de materiale şi posesia acestora".[1]

Obiectul juridic special îl constituie relaţiile sociale privitoare la protecţia minorilor împotriva pornografiei infantile, inclusiv prin intermediul sistmelor informatice.

Ca ***obiect material*** al infracţiunii analizate pot fi imagini sau alte reprezentări ale unui sau mai mulţi copii implicaţi în activităţi sexuale explicite, reale sau simulate, ori imagini sau alte reprezentări ale organelor sexuale ale unui copil, reprezentate de manieră lascivă sau obscenă, inclusiv în formă electronică (în special, este vorba despre suportul material (disc magnetic,

dur etc.) folosit pentru stocarea datelor reprezentând materialele pornografice cu minori).

Este de menționat ca legislația Republicii Moldova nu definește noțiunea de „materiale pornografice cu minori"; totodată, după părerea noastră, lipsa acestei definiții poate provoca unele neclarități și ambiguități la interpretarea legii penale. În acest sens, legea penală a României este mai explicită, în special art.239 C.pen. român este însoțit de o anexă ce conține definiția noțiunii de materiale pornografice cu minori. Așadar, prin materiale pornografice cu minori, conform legislației române, se înțelege *orice materiale care prezintă un minor ca având un comportament sexual explicit sau o persoană majoră care este prezentată ca un minor având un comportament sexual explicit ori imagini care, deși nu prezintă o persoană reală, simulează, în mod credibil, un minor având un comportament sexual explicit.*[2]

Din modul în care legiuitorul român a definit conceptul de materiale pornografice cu minori se observă înțelegerea și exprimarea specificului acestor materiale în mediul digital. Astfel, se folosește sintagma „imagini care, deși nu prezintă o persoană reală, simulează, în mod credibil, un minor având un comportament sexual explicit, aceste imagini putând fi opere digitale sub formă de înregistrări video, produse în scopul răspândirii, transmise, procurate, oferite sau puse la dispoziție ori deținute fără drept". De altfel, în Legea privind prevenirea și combaterea pornografiei, nr.196/2003,[3] în art.2 prin *materiale cu caracter obscen, care includ și materiale pornografice cu minori, se înțelege obiecte, gravuri, fotografii, holograme, desene, scrieri, imprimate, embleme, publicații, filme, înregistrări audio și video, spoturi publicitare, programe și aplicații informatice, piese muzicale, precum și orice alte forme de exprimare care prezintă explicit sau sugerează o activitate sexuală.*

De reținut că ambele definiții prezentate mai sus se referă la o activitate sexuală sau la un comportament sexual explicit. Prin urmare, poate fi reprezentat atât actul sexual, cât și orice altă atitudine sau poziție care poate fi considerată activitate sexuală sau un comportament sexual. După cum s-a precizat în literatura de specialitate, activitatea sexuală sau un comportament sexual reprezentate în aceste materiale pornografice cu minori trebuie să aibă caracter *explicit*.[4] Prin urmare, acesta trebuie să reiasă în mod direct din materialele respective, comportamentul minorului trebuie să fie evident, nu simple sugerări.

Reieșind din cele relatate mai sus, propunem completarea art.208[1] din Codul penal al Republicii Moldova cu o asemenea anexă.

Victima pornografiei infantile este minorul a cărui exploatare sexuală se realizează prin activitățile incriminate în textul de lege. Prin „minor" se înțelege persoana care are mai puțin de 18 ani, în acord cu definiția dată de Națiunile Unite, și corespunde termenului „copil".[5]

Latura obiectivă a infracțiunii prevăzute în art. 208[1] C.pen. RM prevede săvârșirea a*cțiunii realizate în una din formele alternative:* 1) producerea, 2) distribuirea, 3) difuzarea, 4) importarea, 5) exportarea, 6) oferirea, 7) vinderea, 8) schimbarea, 9) folosirea sau 10) 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 manieră lascivă sau obscenă, inclusiv în formă electronică.

După cum observăm, în toate cazurile componența de infracțiune este formală.

Așadar, referindu-ne la noțiunea *„producere"* a materialelor pornografice, precizăm că această acțiune cuprinde fabricarea, asamblarea, extragerea, combinarea unor asemenea materiale utilizând, în cele mai multe cazuri, instrumente sau tehnologii informatice.

Prin *„oferire"* de materiale pornografice cu minori prin intermediul sistemelor informatice se înțelege activitatea de prezentare către alte persoane a acestor materiale (persoana care le oferă poate să le furnizeze altora).

„Vinderea" presupune întreaga gamă de activități prin care se asigură accesul contra cost la asemenea materiale. *„Difuzarea"* se referă la activitatea de răspândire a materialelor pornografice cu minori. În esență, punerea la dispoziție de materiale pornografice cu minori se realizează prin plasarea materialelor online (spre exemplu, pe Web) sau prin crearea de legături la pagini Web care conțin astfel de materiale, pentru a facilita accesul.

„Distribuirea" este activitatea de diseminare activă a materialelor pornografice cu minori (astfel, transmiterea de materiale pornografice cu minori printr-un sistem informatic către o altă persoană îndeplinește condițiile pentru a fi considerată în cadrul acestei infracțiuni).

Prin *„deținere"* se înțelege a le avea în păstrare sau stăpânire într-un sistem informatic sau pe un suport de date informatice.

Latura subiectivă a acestei infracțiuni se exprimă în vinovăție sub formă de intenție directă.

Subiectul acestei infracțiuni poate fi orice persoană responsabilă penal, textul neprevăzând nici o calitate specială pentru aceasta.

Din punct de vedere criminologic, pornografia infantilă nu mai este astăzi singura amenințare care se profilează în mediul virtual la adresa minorilor. Fenomenul care a cunoscut, îndeosebi după 1990, o dezvoltare ascendentă, a recepționat în ultimii ani o ripostă juridică și polițienească destul de coerentă și concentrată, dar încă insuficientă pentru a se putea vorbi despre o descurajare decisivă a acestui pericol la scara mondială.[6]

Tehnologia, la rândul ei, a avansat, punând la dispoziția celor interesați sistemele de *file sharing* (de tipul KaZaA, Morpheus sau Grokster), care îngăduie accesarea de imagini cu conținut pedofil în mod gratuit și într-o manieră ce asigură anonimitatea utilizatorilor.[7]

Mai mult decât atât, specialiştii sunt îngrijorați în legătură cu perspectiva folosirii, de către infractorii sexuali, a tehnologiei de telefonie mobilă din generația a treia ce conferă, de asemenea, avantajul anonimizării traficului cu astfel de imagini.[8] Jocurile on-line părăsesc şi ele neutralitatea utilizării pentru care au fost gândite – în special, cele care asigură interacțiunea dintre mai mulți utilizatori şi care sunt axate pe fantezii şi interpretarea de roluri, facilitând contactul cu minori şi, în acest fel, posibilitatea de a-i atrage în relații periculoase.[9]

Din punct de vedere criminologic, este semnificativă constatarea, potrivit căreia mediul electronic a devenit un autentic furnizor de legitimare pentru pedofili şi pentru conduita lor, fără ca aceasta să însemne că tehnologia poartă vina proliferării acestui fenomen. Cum s-a spus, just, nu tehnologia, ci utilizatorii ei comit abuzuri împotriva copiilor.[10]

Dacă până la apariția Internetului persoanele cu înclinații pedofile erau indivizi singuratici, relativ izolați de comunitățile sociale reale şi incapabili să-şi împărtăşească interesul pentru săvârşirea de infracțiuni împotriva minorilor, în prezent există largi grupuri în care asemenea persoane interacționează cu dezinvoltură, lipsite de inhibiții şi cu o capacitate remarcabilă de a-şi reprima orice sentimente de vinovăție, beneficiind, totodată, de stimulentul încurajărilor reciproce în a-şi reproduce continuu comportamentul aberant. Ideea apartenenței la asemenea comunități, conştiința faptului că mai există mulți alții ca ei, la care se adaugă posibilitatea de a-şi exprima gândurile în aceste grupuri, fără a suporta vreo cenzură, reprezintă factori de natură să le amplifice impulsul infracțional.[11]

În orice caz, reacția de combatere a criminalității de acest tip a generat anumite *„reorientări”* ale făptuitorilor, în sensul conceperii şi al impunerii, cu ajutorul tehnologiilor informației, a unor noi modalități de abuzuri orientate asupra minorilor în Internet.

Noul trend în domeniu, insidios şi periculos deopotrivă, este aşa-numitul *grooming*,[12] un mod de acțiune prin care o persoană cu înclinații pedofile pregăteşte transferul relației cu un minor de pe ecranul calculatorului în lumea reală, în scopul săvârşirii, față de acel minor, a unei infracțiuni privind viața sexuală.[13] În acest mod, Internetul e folosit ca un mediu de socializare, subsumat unor scopuri de natură infracțională. Acele trăsături ale Internetului care facilitează comunicarea între persoane ce nu se cunosc, formând şi consolidând, într-un interval relativ scurt de timp, relații de încredere altminteri greu de conceput în viața reală, sunt exploatate cu abilitate de făptuitori, pentru a crea noi amenințări la adresa minorilor.

În special, într-o definire, formulată într-un studiu al organizației neguvernamentale Save the Children, *grooming*-ul constituie o strategie utilizată de un infractor sexual pentru a manipula copilul, astfel încât abuzul sexual să poată avea loc ulterior, în împrejurări apte să asigure controlul total al infractorului asupra copilului. Este un proces în care are loc o reducere graduală a mecanismelor de protecție de care dispune copilul, printr-o succesiune de acte manipulative şi care vizează, inclusiv, determinarea copilului de a tăinui faptul abuzului, odată ce acesta s-a consumat.[14]

În studiul său, John Carr, explicând modul de operare al făptuitorului, accentuează latura pregătitoare a contactului real, care permite o amânare a întâlnirii propriu-zise cu victima, până în momentul în care legătura de încredere s-a fortificat într-o asemenea măsură, încât minorul, odată prezent fizic alături de pedofil, nu-i va putea nici măcar reproşa că a fost indus în eroare asupra identității, vârstei şi intențiilor acestuia din urmă. Procesul de manipulare şi ademenire pe cale virtuală poate fi, de la caz la caz, extrem de complex, parcurgând trasee sinuoase ce ating latura intimă, afectivă şi sexuală a copilului, înlăturând treptat toate barierele fireşti de protecție ale acestuia, până în punctul la care victima se oferă, practic, adultului pedofil.[15] Acesta este motivul pentru care *grooming*-ul săvârşit prin mijloace tehnologice reprezintă un pericol social în sine, necesitând a fi incriminat distinct de alte fapte aflate în legătură cu pedofilia mediată electronic.

Într-un alt studiu de referință, Rachel O'Connell identifică cinci etape ale *grooming*-ului. Mai întâi, se realizează legătura de amiciție cu minorul. Ocazional, făptuitorul îi poate solicita o fotografie obişnuită a sa, fără nici un fel de conotații sexuale. Apoi, se încearcă stabilirea unei veritabile relații de prietenie, minorul fiind îndemnat să vorbească despre problemele lui ori despre faptul că cei din jurul lui nu-i înțeleg aspirațiile şi felul de a fi. În a treia etapă, făptuitorul efectuează o evaluare a riscului de a fi descoperit de terți, chestionând copilul asupra localizării computerului în apartamentul său, precum şi în legătură cu faptul dacă şi alte persoane au acces la el. Etapa a patra marchează o consolidare a relației de prietenie şi încredere, în care minorul şi făptuitorul simt că pot discuta despre orice subiect. În fine, ultimul stadiu este cel în care făptuitorul îi va cere copilului să-i transmită o imagine a sa, într-o ipostază sexual explicită. Un răspuns favorabil la o asemenea solicitare îl va îndemna pe făptuitor să-i transmită, la rândul său, minorului seturi întregi de pornografie infantilă, spre a-i sonda interesul şi a-l face să perceapă situația ca fiind una perfect normală.[16]

În legătură cu acest aspect, este demnă de reținut o opinie a profesorului Max Taylor, director al proiectului COPINE, la Departamentul de Psihologie Aplicată din cadrul Universității Cork/Irlanda. Aparent, nu doar în această a patra etapă a *grooming*-ului, dar şi, în general, anumiți minori ajung să îşi procure singuri imagini de pornografie infantilă. Dacă pozele respective înfățişează minori de vârste apropiate, fenomenul ar putea fi înțeles ca o manifestare a interesului pentru sexualitate, existent la adolescenți şi chiar pre-adolescenți, în evoluția lor

mentală şi biologică. Dacă însă fotografiile expun copii de vârste foarte mici, situaţia este mai îngrijorătoare. Profesorul Taylor consideră că, în aceste cazuri, o punere a semnului de egalitate între un asemenea minor şi infractori adulţi, sub aspectul răspunderii penale, este cel puţin hazardată. Aceşti minori, chiar dacă ajung să deţină materiale electronice ilegale, trebuie să fie priviţi mai degrabă ca victime, decât ca nişte infractori.[17] Este, totodată, momentul în care se va încerca organizarea unei întâlniri cu minorul.[18]

Discuţia se poate realiza, desigur, în plan criminologic, distinct de temeiurile ce pot determina înlăturarea caracterului penal al faptei, datorită minorităţii făptuitorului, în funcţie de legislaţia fiecărui stat.

Totuşi, rolul activ al minorilor în contextul accesului la instrumentarul tehnologic al Internetului poate duce, în anumite împrejurări, la forme de autovictimizare. Aceleaşi trăsături care caracterizează pre-adolescenţa şi adolescenţa favorizează fapte de genul celor în care tinerii reproduc propriile lor imagini, evidenţiind adesea un comportament sexual explicit, diseminându-le pe Web, în modalităţi care îi fac identificabili şi reperabili la distanţă. Internetul abundă în site-uri destinate fotografiilor erotice (nu neapărat pornografice) în care apar expuşi reprezentanţi ai grupei de vârstă 10-14 ani, prin care aceştia, fără să realizeze, se oferă practic potenţialilor infractori sexuali. Deosebit de autopericlitarea care rezultă dintr-un asemenea comportament, în cazuri determinate se poate vorbi şi despre săvârşirea de infracţiuni, atunci când imaginile respective reproduc un comportament sexual explicit al minorilor respectivi.[19]

Practica înregistrează, tot mai des, şi fenomenul de Cyberbulling sau Cyberstalking, o modalitate agresivă de *hărţuire electronică*. Ea se deosebeşte de *grooming* care, deşi reprezintă tot o formă intruzivă de abordare prin Internet, are ca scop obţinerea bunăvoinţei minorului abordat, în vederea pregătirii abuzului fizic, fiind, mai degrabă, un mod subtil, gradual şi, în principiu, neagresiv de confruntare cu tematica sexuală, în general, şi cu cea pornografică, în particular. Hărţuirea sexuală electronică este, în schimb, manifest ameninţătoare, cu consecinţe care au dus chiar la sinuciderea celor vizaţi, aceştia percepând agresiunea mediată electronic mult mai intens, cu un sentiment sporit de disconfort şi insecuritate.[20]

O altă modalitate specifică de abuzuri săvârşite asupra minorilor în Internet priveşte *confruntarea făţişă a acestora cu conţinuturi pornografice*.[21] Problema este una deosebită, în sensul că numărul tot mai ridicat de pagini Web conţinând pornografie amplifică probabilitatea de a fi accesate de copiii pentru care navigarea în Internet nu mai are secrete. Ca şi în cazul lejerităţii de a se expune acţiunilor de *grooming*, şi în privinţa navigării nestingherite prin mediul virtual minorii au o anume contribuţie la facilitarea propriului lor abuz. Contactul cu conţinuturile pornografice nu reprezintă, deci, doar rezultatul unor ciocniri accidentale, ci şi urmarea unei căutări avizate şi chiar perseverente.

Distinct de intenţia manifestată a unor minori de a accesa asemenea materiale, este de notat că anumite servicii gratuite de poştă electronică utilizate de copii înlesnesc spam-ul constând în mesaje cu caracter pornografic şi furnizează, inclusiv, conexiuni către pagini Web ce cuprind pornografie infantilă.

Note:

[1] M.A. Hotca. *Noul Cod penal şi Codul penal anterior: aspecte diferenţiale şi tranzitorii*. – Bucureşti: Editas, 2004, p.238-239.

[2] Codul penal al României // Monitorul Oficial al României, 2004, nr.575.

[3] Monitorul Oficial al României, 2003, nr.342.

[4] *A se vedea:* M.Pătrăuş, C.Fl. Uzvat. *Pornografia infantilă în reglementările actuale* // Dreptul, 2003, nr.4, p.38-52.

[5] *Convenţia internaţională cu privire la drepturile copilului, adoptată la 20 noiembrie 1989 la New York* // Tratate internaţionale, 1998. Vol.1, p.51.

[6] *Internet Service Providers Association, Child Abuse Images and the Internet* // www.ispa.org.za/iweek/2003/presentations/ichetty.doc

[7] *A se vedea:* L.D. Koontz. *Child Pornography is Readily Accessible over Peer-to-Peer Networks*. United States General Accounting Office, Testimony Before the Committee on Government Reform, House of Representatives, File-Sharing Programs // www.gao.gov/new.items/d03537t.pdf

[8] *Internet porn „increasing child abuse”*. Guardian Unlimited, Monday, January 12, 2004 // http://society.guardian.co.uk/children/story/0,1074,1121332,00.html

[9] *Violence against Children in Cyberspace, A contribution to the United Nations Study on Violence against Children.* ECPAT International // http://www.ecpat.net/eng/publications/Cyberspace/index.asp

[10] *A se vedea:* H.D. Dumitru. *Probleme juridice privind abuzurile săvârşite asupra minorilor în Internet*. Pandecte române, 2006, nr.2 // http://www.anisp.ro/?c=articole&idu=101106142000

[11] J.Carr. *Child abuse, child pornography and the internet, NCH the children's charity* // www.make-it-safe.net/eng/pdf/Child_pornography_internet_Carr2004.pdf

[12] ECPAT International. *Violence against Children in Cyberspace, A contribution to the United Nations Study on Violence against Children* // http://www.ecpat.net/eng/publications/Cyberspace/index.asp

[13] *A se vedea:* J.Davidson, E.Martellozzo. *Policing The Internet And Protecting Children From Sex Offenders Online*: *When Strangers Become „Virtual Friends”*. University of Oxford: Cybersafety Conference, 8-10 September 2005 // www.oii.ox.ac.uk/research/cybersafety/extensions/pdfs/papers/julia_davidson.pdf

[14] Save the Children Europe Group, Position Paper regarding online images of sexual abuse and other Internet-related sexual exploitation of Children, updated August 2005 // http://www.savethechildren.it/2003/download/pubblicazioni/Stop-It/SC_Europe_Group_PositionPaper2005.pdf

[15] *A se vedea:* J.Carr. *Child abuse, child pornography and the internet, NCH the children's charity* // www.make-it-safe.net/eng/pdf/Child_pornography_internet_Carr2004.pdf

[16] *Teenage paedophiles are victims too*. Guardian Unlimited, July 18, 2002 // http://society.guardinan.co.uk/children/comment/0,,756822,00.html

[17] *Ibidem.*

[18] *A se vedea:* D.Batty. *Internet grooming: the five stages*. Guardian Unlimited, July 17, 2003 // http://society.guardian.co.uk/children/story/0,,1000260,,00.html

[19] *A se vedea:* H.D. Dumitru. *Probleme juridice privind abuzurile săvârşite asupra minorilor în Internet*. Pandecte române, 2006, nr.2 // http://www.anisp.ro/?c=articole&idu=101106142000

[20] *ECPAT International, Violence against Children in Cyberspace, A contribution to the United Nations Study on Violence against Children* // http://www.ecpat.net/eng/publications/Cyberspace/index.asp

[21] *A se vedea:* J.Stanley. *Child Abuse and the Internet, National Child Protection Clearinghouse* // Child Abuse Prevention Issues, Summer 2001, Number 15 // www.aifs.gov.au/nch/issues/issues15.html

INFRACȚIUNEA DE ÎNCĂLCARE A REGULILOR DE SECURITATE A CIRCULAȚIEI SAU DE EXPLOATARE A MIJLOACELOR DE TRANSPORT DE CĂTRE PERSOANA CARE CONDUCE MIJLOCUL DE TRANSPORT (art.264 C.pen. RM): CONOTAȚII PRACTICE ŞI TEORETICE

Vitalie STATI,
doctor în drept, conferențiar universitar (USM)

SUMMARY

A complex juridical-penal analysis of the offences provided by art.264 of the Criminal Code of Republic of Moldova is carried out in the framework of the present paper. Utilizing a large number of examples from the national judicial practice, the examination of the integrant elements of the mentioned offence is undertaken – the offence object, the objective side of the offence, the subjective side of the offence, the offence subject. The specific aggravated circumstance of the offence provided by art.264 of the Criminal Code of Republic of Moldova, committing the crime being intoxicated, is analyzed as well. The conclusions and the recommendations formulated in the framework of this study can be used in the practical activity, in the process of improving the penal law, as well as in the didactic process.

Articolul 264 C.pen. RM stabileşte răspunderea pentru infracțiunea de încălcare a regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport de către persoana care conduce mijlocul de transport. Acest articol face parte din Capitolul XII „Infracțiuni în domeniul transporturilor" al Părții Speciale a Codului penal. Reieşind din denumirea acestui capitol, ***obiectul juridic generic*** al infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM îl constituie relațiile sociale cu privire la securitatea în transport. Aşa cum se desprinde din art.13 „Securitatea în transport" al Legii Republicii Moldova cu privire la transporturi, adoptate de Parlamentul Republicii Moldova la 21.05.1997[1], securitatea în transport se exprimă în lipsa de primejdii pentru viața şi sănătatea oamenilor, siguranța exploatării mijloacelor de transport, căilor de comunicație, clădirilor, instalațiilor şi protecția mediului înconjurător. Potrivit art.1 din aceeaşi lege, transportul este una dintre ramurile principale ale economiei naționale şi o verigă a structurii sociale a Republicii Moldova şi este chemat să asigure necesitățile în transporturi de mărfuri şi călătorii. Iar din Capitolul III al Legii cu privire la transporturi aflăm că sistemul de transporturi al Republicii Moldova include: transportul feroviar; transportul auto; transportul aerian; transportul naval; transportul urban electric; transportul prin conducte.

Obiectul juridic generic al infracțiunii este constituit din valoarea socială fundamentală în a cărei componență este inclusă, într-o formă specifică, valoarea socială individuală care constituie obiectul juridic special al infracțiunii.

După cum rezultă din art.264 C.pen. RM, obiectul juridic special al infracțiunii analizate are un caracter complex: ***obiectul juridic principal*** îl formează relațiile sociale cu privire la siguranța traficului rutier; ***obiectul juridic secundar*** îl formează relațiile sociale cu privire la sănătatea sau viața persoanei.

Conform art.2 al Legii privind siguranța traficului rutier, adoptate de Parlamentul Republicii Moldova la 7.06.2007[2], siguranța traficului rutier este starea de lucruri în traficul rutier ce reflectă gradul de protecție a participanților la el împotriva accidentelor şi consecinței acestora.

Obiectul material al infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM îl reprezintă corpul persoanei.

Cât priveşte mijlocul de transport, acesta nu mai poate să reprezinte obiectul material al infracțiunii examinate. El poate să reprezinte exclusiv mijlocul de săvârşire a infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM.

Aceasta îşi are cauza în Legea Republicii Moldova pentru modificarea art.264 C.pen. RM din Codul penal al Republicii Moldova, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 21.04.2005.[3] În special, prin această lege, din dispoziția articolului specificat au fost excluse cuvintele „ori daune materiale în proporții mari". Ca urmare a acestei modificări, mijlocul de transport, alte bunuri mobile sau imobile reprezintă obiectul material al faptei prevăzute la art. 242 „Încălcarea regulilor de circulație rutieră soldată cu deteriorarea bunurilor materiale ori cu cauzarea de leziuni corporale uşoare" din Codul contravențional al Republicii Moldova, adoptat de Parlamentul Republicii Moldova la 24.10.2008 (în continuare – C.contr. RM).

Tocmai de aceea, la 11.10.2005, Colegiul penal al Curții Supreme de Justiție a decis aplicarea art.124

din Codul cu privire la contravențiile administrative (similar cu art.242 din Codul contravențional), şi nu a art.264 C.pen. RM, pentru următoarea faptă: la 17.09.2003, C.A., conducând automobilul „Nissan-Micra", care era în stare tehnică bună, se deplasa pe str. Uzinelor din mun. Chişinău, din direcția str. Izmail spre str. Voluntarilor. Deplasarea se făcea pe timp de ploaie. Ajungând în apropierea depozitului pentru materiale de construcții, situat pe str. Uzinelor, 9, dorind să facă manevra de întoarcere, C.A. nu a luat măsuri de asigurare la schimbarea direcției de mers, astfel încât această manevră să fie în siguranță şi să nu creeze obstacole pentru ceilalți participanți la trafic, prin ce a încălcat cerințele Regulamentului circulației rutiere. El nu a oprit autovehiculul pentru a nu pune în pericol siguranța traficului şi a comis tamponarea cu automobilul VAZ-2114, condus de O.V., care se deplasa regulamentar pe str. Uzinelor. În rezultatul accidentului, acest automobil a fost deteriorat, mărimea prejudiciului constituind 14683,12 lei.[4]

Privitor la următorul element constitutiv al infracțiunii – ***latura obiectivă*** – menționăm că nici pe departe oricare accident rutier este un temei de a aplica răspunderea penală conform art.264 C.pen. RM. Latura obiectivă a infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM poate avea numai următoarea structură:

1) fapta prejudiciabilă care constă în acțiunea sau inacțiunea de încălcare a regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport;

2) urmările prejudiciabile, care se exprimă după caz în:

a) vătămarea medie a integrității corporale sau a sănătății (alin.(1) sau (2));

b) vătămarea gravă a integrității corporale sau a sănătății ori decesul unei persoane (alin.(3) sau (4));

c) decesul a două sau mai multor persoane (alin.(5) sau (6));

3) legătura cauzală;

4) mijlocul de săvârşire a infracțiunii.

În această privință, în pct.3 al Hotărârii Plenului Curții Supreme de Justiție „Despre practica judiciară cu privire la aplicarea legislației în cadrul examinării cauzelor penale referitor la încălcarea regulilor de securitate a circulației şi de exploatare a mijloacelor de transport", nr.20 din 8.07.1999 (în continuare – Hotărârea Plenului nr.20/1999)[5], se menționează: „Dacă instanța judecătorească conchide că în acțiunile făptuitorului există o componență a infracțiunii, în sentință urmează să se indice de încălcarea căror reguli de circulație rutieră şi/sau de exploatare a mijloacelor de transport persoana este recunoscută vinovată, în ce mod s-au manifestat concret aceste încălcări şi dacă consecințele survenite se află în legătură de cauzalitate cu încălcările indicate".

Astfel, în procesul calificării, urmează să se stabilească, înainte de toate, care anume reguli de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport au fost încălcate de către făptuitor. Ca exemplu în acest plan poate fi prezentată sentința Judecătoriei Buiucani, mun.Chişinău, din 7.03.2007, de condamnare a lui I.T. conform lit.b) alin.(3) art.264 C.pen. RM. În fapt, la 4.12.2006, I.T., încălcând prevederile alin.(3) pct.8 al Regulamentului circulației rutiere din 27. 07.1999 (în continuare – RCR din 27.07.1999) (care stabilea vârsta minimă de 18 ani a conducătorului mijlocului de transport), aflându-se la volanul automobilului „Dodge Neon", care era în stare tehnică bună, se deplasa pe str. I.Pelivan, din direcția str. N.Costin spre str. A.Donici. De asemenea, I.T. a încălcat prevederile: alin.(1) pct.45 al RCR din 27.07.1999 (care stabilea că conducătorul mijlocului de transport urmează să conducă reieşind din starea psihofiziologică ce influențează atenția şi reacția, din condițiile şi situația rutieră); alin.(1) pct.47 al RCR din 27.07.1999 (care stabilea limita maximă de viteză în localități – 60 km/h, iar I.T. se deplasa cu viteza de 116 km/h). Ca urmare, la intersecția str. I.Pelivan – str. G.Muzicescu, a tamponat cu automobilul pe care îl conducea pe pietonul E.N., care se deplasa regulamentar pe trotuar. În rezultat, la 4.12.2006 E.N. a decedat.[6]

Regulile de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport sunt stabilite în mod obligatoriu în cadrul unor acte normative. În primul rând, ele sunt stabilite în Regulamentul circulației rutiere, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr.357 din 13.05.2009 (în continuare – RCR).[7] Acest act normativ este principalul act de referință pentru art.264 C.pen. RM. Chiar dacă denumirea acestui act normativ este „Regulamentul circulației rutiere", este de menționat că el stabileşte nu doar reguli de securitate a circulației. El conține şi reguli de exploatare a mijloacelor de transport.

Aceasta o confirmă, înainte de toate, lit.a) pct.11 RCR, în conformitate cu care conducătorul de vehicul, înainte de plecare şi în timpul deplasării, este obligat să verifice starea tehnică a vehiculului, în special sistemele de direcție, de frânare, dispozitivele de iluminare şi semnalizare.

Majoritatea regulilor de exploatare a mijloacelor de transport sunt cuprinse în Secțiunea a 18-a „Condiții tehnice pentru admiterea în circulație a autovehiculelor şi remorcilor" din Regulamentul circulației rutiere. În particular, sunt nominalizate devierile de la normativele tehnice, în ale căror cazuri este interzisă exploatarea vehiculelor: pentru sistemele de frânare (alin.(1) pct.122 RCR); pentru sistemul de direcție (alin.(2) pct.122 RCR), pentru dispozitivele de iluminare, semnalizare luminoasă şi sonoră (alin.(3) pct.122 RCR); pentru dispozitivele de ştergere şi de spălare a geamurilor (alin.(4) pct.122 RCR); pentru roți şi pneuri (alin.(5) pct.122 RCR) etc.

De notat că în dispoziția art.264 C.pen. RM regulile de securitate a circulației sunt delimitate de regulile de

exploatare a mijloacelor de transport prin conjuncția „sau”. Totodată, legiuitorul a învederat că a imputa încălcarea regulilor de exploatare a mijloacelor de transport poți doar unei persoane care conduce mijlocul de transport. Cu alte cuvinte, încălcarea regulilor de exploatare a mijloacelor de transport este de neconceput, decât în legătură cu conducerea mijlocului de transport de către aceeaşi persoană. Datorită acestui specific, încălcarea regulilor de exploatare a mijloacelor de transport în condițiile art.264 C.pen. RM trebuie deosebită de încălcarea regulilor de exploatare a mijloacelor de transport în condițiile art.265 „Punerea în exploatare a mijloacelor de transport cu defecte tehnice vădite” din Codul penal.

Legată de un alt aspect este opinia unor autori, potrivit căreia, dacă în rezultatul încălcării regulilor de exploatare a unei maşini autopropulsate (buldozer, excavator, combină de recoltat etc.), victimei i-au fost cauzate vătămarea integrității corporale sau a sănătății ori decesul, atunci făptuitorul trebuie să răspundă pentru una din infracțiunile în domeniul transporturilor.[8] Se pare că această viziune este unilaterală şi nu ia în considerație întreaga gamă a faptelor care pot fi săvârşite în asemenea condiții. Pe bună dreptate, în pct.10 al Hotărârii Plenului nr.20/1999 se menționează: „Instanțele judecătoreşti urmează să diferențieze infracțiunile contra securității circulației rutiere şi exploatării mijloacelor de transport de infracțiunile legate de încălcarea regulilor securității tehnice sau de protecție a muncii la efectuarea lucrărilor cu utilizarea mijloacelor de transport sau cele contra vieții şi sănătății. În cazul în care decesul sau leziunile corporale sunt provocate în urma încălcării regulilor de încărcare şi debarcare a încărcăturilor, reparației mijloacelor de transport, efectuării lucrărilor de construcție, lucrărilor agricole etc., acțiunile persoanelor care au comis astfel de încălcări trebuie să fie încadrate, în dependență de circumstanțele concrete, în baza normei ce prevede responsabilitatea pentru infracțiunile legate de încălcarea regulilor protecției muncii şi securității tehnice ori contra vieții şi sănătății populației”.

În termeni mai precişi, în asemenea ipoteze este aplicabil nu art.264 C.pen. RM. După caz, se va aplica art.149, 157, 183, 300 sau altele din Codul penal.

Dar, în contextul infracțiunii analizate, fapta prejudiciabilă poate consta nu doar în acțiunea sau inacțiunea de încălcare a regulilor de exploatare a mijloacelor de transport. Încălcarea regulilor de securitate a circulației este cealaltă modalitate a acțiunii (inacțiunii) prejudiciabile.

Astfel, ca încălcare activă a regulilor de securitate a circulației trebuie de considerat:

– traversarea trecerii la nivel cu calea ferată, în cazul în care barierele se află în poziția coborâtă sau în curs de coborâre (încălcarea regulilor fixate la alin.(2) pct.24 RCR);

– efectuarea semnalului sonor la o distanță mică, astfel încât îi surprinde pe cei atenționați, determinându-i să efectueze manevre ce pot pune în pericol siguranța traficului (încălcarea regulii fixate la alin.(2) pct.33 RCR);

– mersul cu spatele în intersecții, la trecerile pentru pietoni, în tuneluri, pe poduri, viaducte, rampe şi sub acestea, la trecerile la nivel cu calea ferată şi la o distanță mai mică de 50 m de la acestea, în locurile în care vizibilitatea drumului este mai mică de 100 m (cel puțin într-o direcție, dacă conducătorul vehiculului nu este ajutat de o persoană aflată în afara vehiculului), în locurile de dislocare a stațiilor vehiculelor de rută (încălcarea regulii fixate la alin.(2) pct.41 RCR);

– intrarea vehiculelor pe trotuare şi pe pistele pentru pietoni (ca excepție, se permite intrarea maşinilor care efectuează pe ele lucrări de întreținere sau reparație, având pentru aceasta autorizarea lucrărilor de către administratorul drumului şi acordul poliției rutiere) (încălcarea regulii fixate la pct.44 RCR);

– reducerea bruscă a vitezei şi oprirea imediat după executarea depăşirii, dacă acesta nu este un caz excepțional (încălcarea regulii fixate la pct.51 RCR);

– intrarea în intersecție în cazul în care circulația este blocată în direcția de mers şi, ca urmare, conducătorul va fi forțat să oprească, astfel creând obstacole vehiculelor ce se deplasează pe drumul intersectat (încălcarea regulii fixate la pct.57 RCR) etc.

Prezentarea acestor exemple are un caracter absolut aleatoriu, scopul fiind relevarea diversității de forme şi variații care marchează încălcarea activă a regulilor de securitate a circulației. Acelaşi scop îl vom urmări în punctarea formelor şi variațiilor încălcării pasive a regulilor de securitate a circulației:

– omisiunea de a lăsa liber un spațiu (distanță) față de vehiculul precedent care, în caz de frânare bruscă, i-ar crea posibilitatea să oprească evitând coliziunea (încălcarea regulii fixate la pct.49 RCR);

– omisiunea depăşirii vehiculelor numai pe partea stângă (ca excepție, vehiculele ai căror conducători au semnalizat intenția de a schimba direcția spre stânga şi au început efectuarea acestei manevre, precum şi tramvaiele se depăşesc pe partea dreaptă, dacă pentru aceasta există spațiu suficient) (încălcarea regulii fixate la alin.(1) pct.52 RCR);

– omisiunea revenirii pe banda de circulație inițială, după executarea manevrei de depăşire (cu excepția cazurilor în care depăşirea se efectuează pe banda din dreapta în raport cu vehiculul depăşit) (încălcarea regulii fixate la alin.(3) pct.52 RCR);;

– nereducerea vitezei şi neasigurarea că nu se apropie nici un tren la apropierea de trecerea la nivel cu calea ferată (încălcarea regulii fixate la pct.61 RCR);

– neluarea măsurilor adecvate care vor exclude pornirea de la sine a vehiculului sau utilizarea lui în lipsa conducătorului, înainte de părăsirea vehiculu-

lui de către conducător (încălcarea regulii fixate la alin.(1) pct.71 RCR);

– omisiunea de a scoate vehiculul imediat în afara carosabilului, sau de a-l deplasa cât mai aproape de bordură, şi neanunţarea asistenţei tehnice, în cazul în care vehiculul rămâne în pană (încălcarea regulii fixate la alin.(1) pct.74 RCR) etc.

Nu putem să nu susţinem punctul de vedere al lui A.I. Korobeev care opinează că, în vederea evitării erorilor în procesul de stabilire a faptului de încălcare a regulilor de securitate a circulaţiei sau de exploatare a mijloacelor de transport şi de evaluare corectă a acestui fapt, este necesară dispunerea unei expertize autotehnice.[9]

De exemplu, într-o speţă, este menţionat că raportul de expertiză autotehnică confirmă că automobilul condus de B.L. se deplasa înainte de a începe frânarea cu 79 km/h. Aceasta a condiţionat, inclusiv, condamnarea lui B.L. conform alin.(5) art.177 C.pen. RM din 1961 (corespunde cu alin.(5) art.264 C.pen. RM). În fapt, la 12.07.1996, B.L., conducând automobilul Audi-80 pe str. Calea Ieşilor, mun. Chişinău, dinspre str. Bariera Sculeni spre piaţa Dimitrie Cantemir, pe banda a treia, cu viteza de 79 km/h, a încălcat brutal prevederile pct.45 şi lit.a) alin.(1) pct.46 RCR din 27.07.1999. Drept urmare, fiind neatent şi neadaptând viteza automobilului la condiţiile traficului, a comis tamponarea pietonilor C.I. şi C.A., în urma căreia aceştia au decedat.[10]

Într-o altă speţă, în recurs s-a solicitat anularea sentinţei de condamnare în privinţa lui M.A. conform alin.(3) art.177 C.pen. RM din 1961 (corespunde cu lit.b) alin.(3) art.264 C.pen. RM) şi trimiterea cauzei spre rejudecare, ca motiv invocându-se nerezolvarea fondului cauzei. În urma admiterii recursului, s-a constatat că instanţa de fond nu a examinat sub toate aspectele, complet şi obiectiv, circumstanţele cauzei în ansamblul lor. Astfel, în baza demersului apărătorului, prin încheierea instanţei, pe marginea dosarului penal a fost numită o expertiză autotehnică, iar judecarea cauzei a fost suspendată până la efectuarea expertizei.[11]

De menţionat că, de cele mai dese ori, chestiunile adresate spre soluţionare expertizei autotehnice sunt:

– la ce distanţă unul de altul se aflau mijloacele de transport în momentul intrării unuia din ele în intersecţie şi al apariţiei pericolului de impact, şi era oare suficientă această distanţă pentru o oprire prin frânare?

– care era viteza de deplasare a mijlocului de transport, dacă lungimea parcursului de frânare pe asfaltul uscat a constituit ... metri?

– în care poziţie unul faţă de altul se găsea mijlocul de transport în momentul impactului?

– de cât timp a avut nevoie pietonul pentru a parcurge cu pas accelerat distanţa de la trotuar până la locul în care a fost acroşat, şi a fost oare suficientă această distanţă pentru a opri mijlocul de transport care se deplasa cu viteza de 40 km/h?

– a avut oare conducătorul mijlocului de transport posibilitatea tehnică de a evita impactul în cazul unei acţionări prompte a frânei la apariţia pericolului?[12]

Important este ca, la formularea acestor întrebări, să se ţină cont de explicaţia din pct.12 al Hotărârii Plenului nr.20/1999: „Numai decizia pe marginea chestiunilor speciale ţine de competenţa expertizei. În legătură cu aceasta, fixând expertiza respectivă, instanţa de judecată nu este în drept să înainteze expertului chestiuni de drept (vinovăţia sau nevinovăţia conducătorului de transport) care sunt în exclusivitate de competenţa judecăţii”.

Într-o altă ordine de idei, menţionăm că infracţiunea prevăzută la art.264 C.pen. RM este o infracţiune materială. După cum am mai specificat, infracţiunea se consideră consumată din momentul producerii uneia din următoarele urmări prejudiciabile:

a) vătămarea medie a integrităţii corporale sau a sănătăţii;[13]

b) vătămarea gravă a integrităţii corporale sau a sănătăţii ori decesul persoanei;[14]

c) decesul a două sau a mai multor persoane.[15]

În funcţie de urmarea prejudiciabilă concretă, se va aplica răspunderea în conformitate cu unul din cele şase alineate ale art.264 C.pen. RM. Deci, gradul de gravitate a urmării prejudiciabile se ia în consideraţie la calificarea faptei. În acelaşi timp, în ipoteza prevăzută la alin.(3) sau (4) art.264 C.pen. RM, trebuie făcută individualizarea pedepsei, de vreme ce această ipoteză presupune nu o urmare prejudiciabilă, dar două (având un caracter alternativ): 1) vătămarea gravă a integrităţii corporale sau a sănătăţii; 2) decesul unei persoane. De asemenea, individualizarea pedepsei urmează a se face în ipoteza prevăzută la alin.(5) sau (6) art.264 C.pen. RM. De această dată, criteriul de individualizare este numărul de victime decedate.

Din prevederile pct.5 al Hotărârii Plenului nr.20/1999 reiese următoarea concluzie: încălcarea regulilor de securitate a circulaţiei sau de exploatare a mijloacelor de transport, care a determinat producerea urmărilor prejudiciabile prevăzute de câteva alineate ale art.264 C.pen. RM, dar reprezentând aceeaşi infracţiune, trebuie calificată conform acelui alineat al art.264 C.pen. RM care prevede o pedeapsă mai aspră. Această regulă derivă din prevederile de la lit.c) art.117 C.pen. RM, referitoare la calificarea infracţiunilor în cazul concurenţei dintre două norme speciale, ambele prevăzând componenţe de infracţiuni cu circumstanţe agravante.

Regulile concursului de infracţiuni se vor aplica pentru faptele care au determinat producerea mai multor urmări prejudiciabile, dacă aceste fapte sunt săvârşite la un timp diferit, iar urmările prejudiciabile survenite constituie rezultatul unor încălcări între care nu există nici o legătură.

În contextul explicaţiei de la pct.5 al Hotărârii Plenului nr.20/1999, este oportună prezentarea ur-

mătorului exemplu: G.V. a fost condamnat conform alin.(4) art.264 C.pen. RM pentru faptul că, la 6.05.2003, în or. Cahul, pe str. Mihai Viteazul, conducând automobilul „Opel Cadet", a încălcat regulile de securitate a circulației şi de exploatare a mijloacelor de transport. La concret, a comis un accident rutier, în rezultatul căruia lui V.I. i-a fost cauzată vătămarea medie a integrității corporale sau a sănătății, iar lui D.M. i-a fost cauzată vătămarea gravă a integrității corporale sau a sănătății.[16]

De asemenea, din pct.5 al Hotărârii Plenului nr.20/1999 reiese că, dacă în rezultatul aceleiaşi fapte se produc câteva urmări prejudiciabile – dintre care unele sunt prevăzute în art.264 C.pen. RM, iar altele în art. 242 C.contr. RM – se va aplica răspunderea potrivit art.264 C.pen. RM (şi anume, alineatul din acest articol care prevede pedeapsa mai aspră). În asemenea cazuri, nu se intentează procedura administrativă.

Ca ilustrare a acestei reguli poate servi următoarea speță: P.A. a fost condamnat în conformitate cu alin.(5) art.264 C.pen. RM pentru că, la 22.10.2005, conducând automobilul pe traseul Chişinău-Chetrosu, a ieşit pe contrasens, astfel încălcând prevederile pct.2 RCR din 27.07.1999. Ca urmare, s-a tamponat de un camion „ZIL", condus de P.I. În rezultatul ciocnirii, P.I. a suferit o vătămare uşoară a integrității corporale sau a sănătății. G.A. şi P.A., pasageri în automobilul condus de făptuitor, au suferit vătămări grave ale integrității corporale sau a sănătății, în urma cărora ambii au decedat.[17]

Privitor la acelaşi semn al laturii obiective – urmările prejudiciabile – menționăm că în pct.4 al Hotărârii nr.20/1999 se afirmă: „Nu pot fi trase la răspundere penală persoanele care, deşi au încălcat regulile de circulație şi de exploatare a mijloacelor de transport, dar au pricinuit părții vătămate leziuni corporale uşoare, daună materiale sau morală. În asemenea caz poate surveni răspunderea administrativă potrivit art.124 din Codul cu privire la contravențiile administrative (a se citi – art.242 C.contr. RM – *n.a.*)".

În practica judiciară se respectă această recomandare. Astfel, de exemplu, la 29.09.1998, N.T., conducând automobilul BMW-5203, a încălcat prevederile pct.45 RCR din 27.07.1999. La concret, nu a adaptat viteza mijloacelor de transport în aşa mod încât să poată opri în fața oricărui obstacol previzibil. În urma acestei fapte a tamponat gardul Spitalului orăşenesc nr.1. În consecință, N.T. a fost recunoscut vinovat de comiterea faptei prevăzute la alin.(1) art.124 din Codul cu privire la contravențiile administrative.[18] Într-un alt caz, P.A. a fost tras la răspundere conform alin.(2) art.124 din Codul cu privire la contravențiile administrative. În fapt, acesta, la 16.05.1998, conducând automobilul Moskvici-2140, virând la stânga, nu a conectat sistemul de avertizare luminescentă. P.A. nu a verificat că la depăşire a ieşit automobilul „Opel", cu care ulterior a intrat în coliziune şi pe care l-a deteriorat. Prin aceasta, lui F.N., posesorul acestui automobil, i s-a cauzat un prejudiciu în mărime de 8926 lei.[19]

Menționăm că, în cazul în care încălcarea regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport nu implică producerea urmărilor prejudiciabile, prevăzute la art.264 C.pen. RM, este aplicabil nu numai art.242 C.contr. RM. În funcție de tipul regulilor încălcate, mai sunt aplicabile şi alte articole din Codul contravențional:

– art.228 „Încălcarea regulilor de exploatare a vehiculelor";

– art.235 „Încălcarea regulilor de folosire a centurii de siguranță, a căştii de protecție şi a regulilor privind convorbirile radiotelefonice";

– art.236 „Depăşirea vitezei de circulație stabilită pe sectorul respectiv de drum";

– art.237 „Încălcarea regulilor de traversare a liniei de cale ferată prin pasajul de nivel";

– art.238 „Încălcarea regulilor de oprire şi neacordarea de prioritate pietonilor şi altor participanți la traficul rutier";

– art.239 „Nerespectarea regulilor de circulație în zonele rezidențiale";

– art.240 „Nerespectarea indicatoarelor de semnalizare rutieră şi de acordare a priorității de trecere, a altor reguli de circulație rutieră";

– art.241„Neîndeplinirea indicației legale de oprire a vehiculului şi de acordare vehiculelor a priorității de trecere";

– art.244 „Încălcarea dispozițiilor din Regulamentul circulației rutiere, care a generat pericolul unui accident de circulație" etc.

Încheind analiza urmărilor prejudiciabile, ca semn al laturii obiective a infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM, menționăm că această infracțiune nu este susceptibilă de etape ale activității infracționale. Întrucât făptuitorul poate să manifeste doar imprudență față de urmările prejudiciabile, infracțiunea analizată nu poate avea nici etapă de pregătire, nici etapă de tentativă.

Într-o altă ordine de idei, referindu-se la încălcarea infracțională a regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport, L.Dulko şi T.Laşciuk arată că se are în vedere numai o astfel de încălcare care poate antrena producerea unor urmări prejudiciabile.[20] Astfel, cei doi autori au circumstanțiat, implicit, ***legătura cauzală*** – un alt semn obligatoriu al laturii obiective a infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM.

Legătura cauzală trebuie să se stabilească între fapta prejudiciabilă şi urmările prejudiciabile. În majoritatea cazurilor, stabilirea legăturii cauzale – în timpul urmăririi penale şi al examinării cauzei în judecată – nu prezintă dificultăți. Aceasta deoarece adesea cauza producerii urmărilor prejudiciabile este evidentă. Totuşi, se

atestă şi cazuri când stabilirea legăturii cauzale nu este atât de facilă. În cele mai frecvente situații, aceasta are loc atunci când regulile de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport sunt încălcate de către câțiva participanți la trafic. De asemenea, aceasta se atestă atunci când în derularea evenimentelor se implică factori exogeni: faptele victimei; defectele tehnice ascunse; specificul condițiilor rutiere; influența factorilor naturii etc.

Aşadar, singurul fapt de încălcare a regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport nu este suficient. Se poate întâmpla că urmările, prevăzute în art.264 C.pen. RM, să fie în legătură cauzală cu faptele altor participanți la trafic, cu o forță invincibilă a naturii, cu defecțiunile ascunse ale mijlocului de transport etc. În asemenea cazuri, încălcarea regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport nu poate fi considerată temei de aplicare a art.264 C.pen. RM.

Au dreptate V.I. Kasîniuk şi Z.G. Karceva când menționează că punctul de plecare în stabilirea legăturii cauzale, în cazul unei infracțiuni rutiere, este izolarea artificială a accidentului rutier de alte interconexiuni. Acestei operații trebuie să-i urmeze defalcarea, din tabloul accidentului rutier, a încălcării de către persoana care conduce mijlocul de transport a regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport, precum şi a urmărilor care au survenit în urma acelui accident.[21]

Aceasta înseamnă că examinarea prezenței sau lipsei legăturii cauzale trebuie începută cu stabilirea faptului încălcării regulilor corespunzătoare: în ce se exprimă încălcarea; care prevederi ale Regulamentului circulației rutiere sau ale altor reglementări relevante au fost încălcate? În acest sens, ne raliem poziției lui B.A. Kurinov, care susține că dacă fapta persoanei, care conducea mijlocul de transport, nu contravine nici unei reguli de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport, reiese că nu există nici legătură cauzală între această faptă şi urmările care s-au produs.[22]

În alți termeni, legătura cauzală trebuie stabilită nu pur şi simplu cu acțiunea sau inacțiunea persoanei; legătura cauzală trebuie stabilită cu o încălcare a regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport. Dacă conduita persoanei corespunde acestor reguli, lipseşte legătura cauzală. Chiar dacă urmările produse sunt foarte grave.

Dacă totuşi s-a stabilit faptul încălcării regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport, urmează o altă etapă în procesul de stabilire a legăturii cauzale.

La această etapă, întâi de toate trebuie să se ateste că, în timp, încălcarea regulilor corespunzătoare a precedat producerea urmărilor prejudiciabile. Nu a succedat-o. De asemenea, este necesar să se stabilească că urmările prejudiciabile au survenit anume datorită încălcării de către făptuitor a regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport. Dacă urmările prejudiciabile, specificate în art.264 C.pen. RM, s-ar fi produs oricum, indiferent dacă făptuitorul respecta sau nu regulile corespunzătoare, cauza unor asemenea urmări trebuie căutată nu în acțiunea (inacțiunea) făptuitorului, ci în alte circumstanțe.[23]

Printre particularitățile legăturii cauzale ce caracterizează infracțiunea prevăzută la art.264 C.pen. RM se numără şi aceea că în unele cazuri ea poate avea un caracter complex. Aceasta deosebeşte infracțiunea dată de alte infracțiuni: omor, viol, sustragere etc. De regulă, în cazul acestora legătura cauzală este o legătură nemijlocită dintre fapta prejudiciabilă şi urmările prejudiciabile. Adică, legătură ce presupune o singură verigă în lanțul dintre două fenomene intercondiționate. În contrast, în cazul infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM, acțiunea (inacțiunea) făptuitorului poate fi mediată de faptele altor persoane (conducătorul unui alt mijloc de transport, victima, pietonul, pasagerul etc.), persoane care sunt implicate, într-un mod sau altul, în accidentul rutier.

În acest registru, prezintă interes următoarea speță: V.A. şi N.V. au fost condamnați conform alin.(2) art.177 C.pen. RM din 1961 – pentru încălcarea regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport, care a dus la decesul a două persoane şi la cauzarea vătămării integrității corporale sau a sănătății altor 18 persoane. În fapt, N.V. conducea autocamionul LAZ-52, utilat pentru transportarea oamenilor, deplasându-se pe şoseaua Chişinău-Volgograd. În caroseria autocamionului se aflau 22 elevi. În zona marcată „kilometrul 1502”, în timpul virării la stânga pe un drum secundar, N.V. nu s-a asigurat de securitatea manevrei pe care o efectuează. De aceea, nu a cedat calea automobilului ZIL-MMZ-45020, condus de către V.A. Acesta efectua o depăşire încălcând, de asemenea, regulile circulației rutiere. În rezultat, s-a produs ciocnirea celor două mijloace de transport.

Examinând recursul, instanța superioară a conchis just: răspunderea potrivit art.177 C.pen. RM din 1961 (corespunde cu art.264 C.pen. RM) se aplică dacă există legătură cauzală dintre încălcarea regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport şi urmările prejudiciabile. Întrucât N.V. nu a săvârşit nici o încălcare care s-ar găsi în legătură cauzală cu urmările produse, în fapta lui lipseşte componența de infracțiune. S-a considerat că vinovat de producerea urmărilor este numai V.A.[24]

În cele ce urmează ne vom referi la un alt aspect al medierii acțiunii (inacțiunii) făptuitorului de faptele altor persoane.

Astfel, V.B. Malinin afirmă că semnificația, pe care o are „vinovăția victimei” în contextul stabilirii cauzei accidentului rutier, constă în aceea că fapta victimei

întrerupe dezvoltarea unui lanț de cauzalitate şi, astfel, devine punctul inițial al unui alt lanț de cauzalitate. Tocmai acest din urmă lanț conduce la vătămarea integrității corporale sau a sănătății ori la decesul victimei însăşi. Într-o asemenea ipoteză, cauza unică şi necesară a accidentului rutier este fapta victimei. Iar aceasta exclude răspunderea conducătorului mijlocului de transport pentru urmările survenite.[25]

Tocmai o asemenea ipoteză este reliefată în următoarea explicație din practica judiciară: „Cerințele pct.45 RCR din 27.07.1999 nu presupun în mod exclusiv că pentru orice accident rutier vinovăția revine conducătorului auto şi în cazul concret era necesar de a se ține cont în primul rând de faptul că acțiunea lui G.V., care a trecut drumul într-un loc nepermis, a dus la accidentarea sa. Din declarațiile lui G.V. şi din materialele cauzei reiese că acesta a văzut semaforul la o distanță de 180-200 de metri, însă nu s-a apropiat de locul de traversare şi a păşit pe carosabil fără să se convingă de lipsa mijloacelor de transport (după cum a menționat singur, văzând automobilul doar în momentul tamponării). Alegerea vitezei de deplasare a automobilului, în afara cerințelor relatate în pct.45 RCR din 27.07.1999, mai presupune necesitatea deplasării fără crearea de obstacole pentru alți participanți la traficul auto şi în cazul dat n-au fost depăşite limitele. Conducătorul auto este în drept să se bazeze pe respectarea regulilor şi din partea pietonilor, nefiind obligat să prevadă încălcarea acestora din partea altor persoane”.[26]

Însă, nu trebuie de înțeles că, în toate cazurile, implicarea victimei în accidentul rutier îl absolvă pe conducătorul mijlocului de transport de răspunderea penală. Este posibil ca urmările prejudiciabile produse să se afle în legătură cauzală atât cu fapta victimei, cât şi cu fapta conducătorului mijlocului de transport. Anume la această ipoteză s-a referit A.Boroi: „În situațiile în care acțiunea sau inacțiunea devine periculoasă prin contribuția a două sau a mai multor persoane, toate aceste persoane răspund pentru starea de pericol creată şi rezultatul produs, iar dacă victima însăşi participă la starea de pericol (spre exemplu, o persoană traversează strada, fără să se asigure, şi prin locuri rezervate circulației vehiculelor, fiind ucisă de o maşină), caracterul periculos al situației create se deduce în raport cu toți cei care au contribuit la producerea lui. Nu se produce ... o compensare a culpei (sublinierea ne aparține – *n.a.*). Fiecare din persoanele care au avut o contribuție la rezultat răspund autonom pentru cupla proprie. Cel mult dacă există o culpă a victimei, aceasta va fi avută în vedere la individualizarea răspunderii penale şi la stabilirea despăgubirilor legale”.[27] În acest sens, consemnăm că, potrivit lit.g) art.76 C.pen. RM, la stabilirea pedepsei se consideră circumstanță atenuantă ilegalitatea sau imoralitatea acțiunilor victimei, dacă ele au provocat infracțiunea.

Ideea conturată mai sus o regăsim în pct.6 din Hotărârea Plenului nr.20/1999: „Nu poate fi temei pentru eliberarea conducătorului auto de răspundere penală în cazurile în care în acțiunile lui există componența infracțiunii (sublinierea ne aparține – *n.a.*), chiar şi în cazul în care regulile circulației rutiere şi/sau de exploatare a mijloacelor de transport au fost încălcate şi de către pătimit (conducător auto, pieton, pasager ori alt participant la trafic). Asemenea circumstanțe pot fi luate în considerație de către instanța de judecată doar ca circumstanțe atenuante”.

În concluzie la cele menționate despre legătura cauzală în cazul infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM, menționăm că această legătură este prezentă dacă:

1) încălcarea regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport a precedat producerea urmărilor prejudiciabile;

2) încălcarea respectivă a fost cauza necesară a producerii urmărilor prejudiciabile;

3) încălcarea regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport a creat un pericol real de producere a urmărilor prejudiciabile;

4) încălcarea respectivă a transformat posibilitatea producerii urmărilor prejudiciabile în realitate.

Un alt semn al laturii obiective a infracțiunii analizate este mijlocul de săvârşire a infracțiunii. După cum am menționat *supra*, acesta îl reprezintă mijlocul de transport.

Conform art.132 C.pen. RM, prin „mijloace de transport” se înțelege toate tipurile de automobile, tractoare şi alte tipuri de maşini autopropulsate, tramvaiele şi troleibuzele, precum şi motocicletele şi alte mijloace de transport mecanice.

Există o interpretare judiciară a noțiunilor „alte tipuri de maşini autopropulsate” şi „alte mijloace de transport mecanice”. Astfel, conform pct.2 al Hotărârii Plenului nr.20/1999, prin „alte tipuri de maşini autopropulsate” se înțelege mijloacele de transport care circulă în mod ocazional pe drumurile publice, fiind destinate executării unor lucrări de construcție, agricole, silvice sau altor activități (macarale, excavatoare, combine de recoltare etc.). Prin „alte mijloace de transport mecanice” se înțelege orice mecanisme puse în mişcare cu ajutorul unui motor cu volumul de lucru nu mai mic de 50 cm^3, care sunt subiecte ale regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport.

Mopedul, motoreta, scuterul, bicicleta cu motor şi alte asemenea vehicule nu intră sub incidența noțiunii „mijloc de transport”, deci nu pot constitui mijlocul de săvârşire a infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM. Astfel, de exemplu, potrivit definiției de la art.2 al Legii privind siguranța traficului rutier, mopedul reprezintă un autovehicul cu 2 sau 3 roți, dotat cu motor având capacitate cilindrică de cel mult 50 cm^3, şi cu viteză maximă, prin construcție, de până la 50 km/h. De asemenea, conform pct.7 RCR, ciclomotor este vehiculul

cu două sau trei roți, dotat cu motor cu ardere internă sau electric; capacitatea cilindrică a motorului cu ardere internă nu depăşeşte 50 cm³, puterea motorului, atât a celui cu ardere internă, cât şi a motorului electric, nu depăşeşte 4 kW, iar viteza constructivă a acestuia nu depăşeşte 45 km/h.

Dacă urmările indicate în art.264 C.pen. RM sunt provocate de către conducătorii de moped, motoretă, scuter, bicicletă cu motor sau alte asemenea vehicule, ca urmare a încălcării de către aceştia a regulilor privind menținerea ordinii şi securității circulației, se va aplica nu art.264 C.pen. RM, ci art.269 C.pen. RM.

Poate fie oare considerat locul de săvârşire a infracțiunii semn obligatoriu al laturii obiective a infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM? Reieşind din prevederile pct.6 din Hotărârea Plenului nr.20/1999, nu poate. Potrivit acestei prevederi, pentru aplicarea răspunderii penale în baza art.264 C.pen. RM, nu importă locul unde a fost săvârşită infracțiunea; acesta poate fi automagistrala, strada, curtea, teritoriul unei întreprinderi, câmpul sau alte locuri unde este posibilă circulația mijloacelor de transport.

În acelaşi sens, A.I. Korobeev include în lista locurilor de săvârşire a infracțiunii examinate: drumurile desfundate; pădurea; podul de gheață de pe un râu sau lac etc.[28]

Considerăm unilaterală o asemenea poziție: în pct.1 RCR se menționează că Regulamentul circulației rutiere cuprinde normele ce determină circulația vehiculelor şi a pietonilor pe drumurile publice ale Republicii Moldova, precum şi pe teritoriile adiacente acestora (deci, nu mai este de actualitate prevederea din pct.1 RCR din 27.07.1999, conform căreia Regulamentul cuprinde normele ce determină circulația vehiculelor şi pietonilor pe întreg teritoriul țării). Totodată, conform pct.7 RCR, drum public este orice cale de comunicație terestră, inclusiv construcțiile artificiale şi drumurile rudimentare, deschisă pentru circulația vehiculelor şi a pietonilor, administrată de un organ abilitat; pe lângă carosabile, elemente ale drumului se consideră benzile de separare, trotuarele, acostamentele, şanțurile şi decorurile. Este esențială condiția deschiderii căii de comunicație terestră pentru circulația vehiculelor şi a pietonilor, precum şi a administrării acestei căi de un organ abilitat. Astfel, de exemplu, potrivit art.5 din Legea drumurilor a Republicii Moldova, adoptate de Parlamentul Republicii Moldova la 22.06.1995[29], administrarea drumurilor se efectuează fie de către organele de stat, abilitate de Guvern, fie de către autoritățile administrației publice locale, fie de către persoanele fizice sau juridice care le au în proprietate.

În cazul în care condiția analizată nu e îndeplinită (adică locul săvârşirii faptei nu este deschis pentru circulația vehiculelor şi a pietonilor, nici nu este administrat de un organ abilitat în calitate de drum public sau de teritoriu adiacent acestuia), nu vom putea vorbi despre o încălcare a regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport, reguli fixate în Regulamentul Circulației Rutiere. Deci, va fi aplicabil nu art.264 C.pen. RM. Se va aplica, după caz, art.149 sau 157 C.pen. RM.

Următorul element constitutiv al infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM este ***latura subiectivă***. Aceasta se caracterizează prin intenție sau imprudență față de fapta prejudiciabilă, şi numai prin imprudență față de urmările prejudiciabile.

În legătură cu aceasta, nu putem să nu reproducem opinia lui A.I. Korobeev: „Analiza practicii judiciare arată că regulile de securitate a circulației rutiere sau de exploatare a mijloacelor de transport sunt încălcate mai cu seamă intenționat (sublinierea ne aparține – *n.a.*), iar față de urmările acestor încălcări făptuitorul manifestă imprudență (încredere exagerată sau neglijență”).[30] Aşadar, nu poate fi exclusă cu totul posibilitatea manifestării imprudenței față de fapta prejudiciabilă, în contextul infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM. Aceasta deoarece legiuitorul nu specifică în acest articol care formă a vinovăției trebuie să manifeste făptuitorul în raport cu fapta prejudiciabilă. Spre deosebire, de exemplu, de art.213 C.pen. RM, în care se constată că regulile sau metodele de acordare a asistenței medicale se încalcă din neglijență.

Din acest unghi, pare a fi prea categorică remarca dintr-un caz din practica judiciară: „Pentru a emite o sentință de condamnare, instanțele trebuiau să obțină probe incontestabile despre aceea că inculpatul a procedat în pofida Regulamentului circulației rutiere, încălcând intenționat (sublinierea ne aparține – *n.a.*) prevederile alin.(1) pct.11 RCR din 27.07.1999”.[31]

Aşa cum s-a afirmat anterior, față de urmările prejudiciabile făptuitorul manifestă încredere exagerată sau neglijență.

Privitor la încrederea exagerată, de exemplu – atunci când se depăşeşte viteza de deplasare maximal admisibilă, când se intră în intersecție la semnalul roşu al semaforului, când se angajează intrarea pe trecerea la nivel cu calea ferată, deşi semnalele luminoase şi semnalul sonor o interzic etc. – făptuitorul, dându-şi seama că încalcă regulile corespunzătoare, contează pe abilitățile sale sau pe finalul pozitiv pe care l-au avut asemenea manevre în trecut, sau pe funcționarea impecabilă a sistemului de frânare a mijlocului de transport pe care îl conduce, sau chiar pe rezonabilitatea şi atenția altor participanți la trafic.

Mai dificil este a stabili că făptuitorul a manifestat neglijență față de urmările prejudiciabile. Mai ales dacă accidentul rutier se produce într-un asemenea loc şi în asemenea condiții când făptuitorul nu se putea aştepta la apariția vreunui pericol.

Dup cum am menționat deja, în unele cazuri nu un singur conducător al mijlocului de transport, dar doi sau mai mulți încalcă regulile de securitate a circulației

sau de exploatare a mijloacelor de transport. Nu sunt rare nici cazurile când, de rând cu vinovăția făptuitorului, se atestă şi vina victimei. Pietonii, bicicliştii şi alți participanți la trafic devin victime ale accidentelor rutiere inclusiv din cauza propriei imprudențe. În alte cazuri, vinovați sunt exclusiv conducătorii mijloacelor de transport, iar alți participanți la trafic nu poartă nici o vină.

În acele situații, când vinovăția conducătorului mijlocului de transport lipseşte, răspunderea pentru producerea accidentului rutier trebuie să o poarte acei participanți la trafic care se fac vinovați de producerea acestuia. Are dreptate A.I. Korobeev când afirmă: „Conducătorului mijlocului de transport, care nu a încălcat nici o regulă de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport, nu i se poate imputa nepreîntâmpinarea consecințelor situației de accident, care a fost provocat de fapta victimei sau a altor participanți la trafic. Dacă calculul persoanei este întemeiat, însă circumstanțe neprevăzute sau neexecutarea obligațiilor de către alte persoane au condiționat aceste consecințe, atunci nici ele, nici faptele care le-au provocat, nu-i pot fi imputate”.[32]

Vizavi de un alt aspect ce caracterizează latura subiectivă a infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM, menționăm că, în acord cu pct.9 al Hotărârii Plenului nr.20/1999, dacă vătămarea integrității corporale sau a sănătății ori decesul victimei au fost provocate intenționat, atunci se va aplica nu art.264 C.pen. RM, ci normele corespunzătoare ce incriminează faptele contra vieții sau sănătății persoanei.

Sub acest aspect, este relevant următorul exemplu: prin sentința Colegiului penal al Tribunalului mun. Chişinău, M.E., fiind învinuit în baza pct.6 art.88 C.pen. RM din 1961 (adică pentru omor săvârşit prin mijloace periculoase pentru viața mai multor persoane), a fost condamnat în baza alin.(3) art.177 C.pen. RM din 1961 (corespunde cu lit.b) alin.(3) art.264 C.pen. RM). Sentința menționată a fost atacată cu apel de către procuror şi reprezentantul legitim al părții vătămate din motivul încadrării juridice greşite a infracțiunii. În rezultat, Colegiul penal al Curții de Apel a admis apelul, a casat sentința primei instanțe, iar M.E. a fost condamnat conform pct.6 art.88 C.pen. RM din 1961. Ultima decizie a fost menținută de instanțele superioare: Colegiul penal al Curții Supreme de Justiție şi Plenul Curții Supreme de Justiție. În fapt, M.E., fiind în relații ostile cu M.G., se afla în noaptea de 10.08.1997 în stare de ebrietate în satul Truşeni. Urmărind scopul de a-l omorî pe M.G., a ieşit din barul „Corona”, situat în acest sat, şi s-a urcat în automobilul „Moskvici-412”. Conducându-l cu viteză sporită, la o distanță de aproximativ 200 m de la barul „Corona”, l-a tamponat intenționat pe M.G. Acesta se deplasa pe jos în nemijlocita apropiere de trotuar, pe partea carosabilă. În urma vătămării cauzate, la 18.08.1997 M.G. a decedat.[33]

Ultimul element constitutiv al infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM este ***subiectul*** infracțiunii.

Acesta este persoana fizică responsabilă care la momentul săvârşirii faptei a atins vârsta de 16 ani. În afară de aceasta, subiectul trebuie să aibă calitatea specială de persoană care conduce mijlocul de transport.

Conducerea mijlocului de transport este acea operație tehnică prin care o persoană pune în mişcare mijlocul de transport şi îl dirijează potrivit cu scopurile urmărite de ea. Este deplasarea mijlocului de transport, deci aflarea acestuia în mişcare. Câtă vreme mijlocul de transport nu a pornit, nu se poate vorbi despre o conducere a acestuia. În context, G.Marcov susține, cu drept cuvânt: „Nu sunt suficiente decuplarea frânei de mână, introducerea cheii în contact sau aşezarea pe scaunul şoferului într-un autovehicul pregătit de plecare”.[34]

Trebuie însă să se rețină existența unei activități de conducere, în condiții ilegale, atunci când conducătorul a fost găsit în timp ce staționa cu mijlocul de transport, însă din probele administrate rezultă neîndoielnic că mai înainte de a se fi oprit el a condus mijlocul de transport în acele condiții. De asemenea, dirijarea şi manevrarea unui mijloc de transport împins cu mâna, în scopul pornirii motorului, constituie o activitate de conducere. La fel, în situația tractării, în scopul de a fi pornit motorul, cel aflat la volanul mijlocului de transport remorcat efectuează o activitate de conducere propriu-zisă. Se consideră conducere şi dirijarea unui mijloc de transport ce se deplasează pe o şasea, în pantă, coborând, în virtutea inerției, nu prin acționarea dispozitivului mecanic de propulsie.[35]

Este necesar a menționa că calitatea cerută subiectului în art.264 C.pen. RM este determinată de natura activității pe care o efectuează persoana (conducerea unui mijloc de transport), iar nu de existența unei abilități pentru desfăşurarea acestei activități. Este suficient ca făptuitorul să conducă *de facto* un mijloc de transport, chiar dacă această calitate nu se sprijină pe o recunoaştere oficială. Aceasta rezultă din pct.7 al Hotărârii Plenului nr.20/1999, conform căruia lipsa permisului de conducere nu poate servi temei pentru liberarea făptuitorului de răspundere penală; la calificarea conform art.264 C.pen. RM nu contează nici dacă făptuitorul este sau nu proprietar al mijlocului de transport, nici dacă l-a răpit sau dacă proprietarul i-a predat sau nu conducerea mijlocului de transport.

Astfel, într-o speță, M.M. a fost condamnat conform alin.(2) art.264 C.pen. RM, chiar dacă nu poseda permis de conducere, nici nu avea cunoştințe despre dispozițiile Regulamentului circulației rutiere, nici dexteritatea necesară de a conduce în siguranță un mijloc de transport.[36]

De menționat, că aplicarea art.264 C.pen. RM nu exclude aplicarea art.232 „Conducerea vehiculului de către o persoană care nu are asupra sa permis de conducere” şi a alin (1) art.233 „Conducerea vehicu-

lului în stare de ebrietate produsă de alcool, predarea conducerii lui către o persoană care se află în stare de ebrietate produsă de alcool sau de alte substanțe" din Codul contravențional.

În altă ordine de idei, în acord cu pct.8 al Hotărârii Plenului nr.20/1999, în cazul încălcării regulilor de securitate a circulației sau de exploatare a mijloacelor de transport în timpul instruirii cursanților, răspunderea o poartă instructorul auto, dacă el nu a întreprins la timp măsuri pentru a preveni urmările prejudiciabile specificate în art.264 C.pen. RM, nu însă persoana ce efectuează pregătirea practică.

Această regulă își găsește confirmarea în pct.7 RCR: prin „conducător" se înțelege, inclusiv, persoana care efectuează instruirea în conducerea autovehiculului.

Încheind analiza subiectului infracțiunii analizate, este necesar să consemnăm că nu se va aplica art.264 C.pen. RM, dacă urmările prejudiciabile prevăzute de acest articol sunt provocate de încălcarea regulilor de conducere sau de exploatare a mașinilor de luptă, speciale sau de transport. În acest caz, făptuitorul trebuie să fie nu pur și simplu persoana care conduce astfel de mașini. El trebuie să aibă și calitatea de militar. De aceea, se va aplica art.382 C.pen. RM.

De exemplu, U. a fost condamnat conform alin.(4) art.182 „Răpirea mijloacelor de transport" din Codul penal din 1961 și art.253 din același Cod (corespunde cu art.382 C.pen. RM) pentru că, în timpul satisfacerii serviciului militar, a pătruns pe teritoriul parcului auto al unității militare, de unde a răpit automobilul GAZ-33073, pentru a se deplasa în satul Cotiujeni, raionul Briceni. La întoarcere în unitate, conducând automobilul ce avea sistemul de frânare defectat, pe traseul Cotiujeni–Briceni a încălcat regulile de conducere a automobilului, provocând un accident soldat cu cauzarea vătămării medii a integrității corporale sau a sănătății.[37]

În finalul studiului asupra infracțiunii prevăzute la art.264 C.pen. RM ne vom referi la circumstanța agravantă specifică a acestei infracțiuni: potrivit alin.(2), (4) și (6), răspunderea se agravează dacă infracțiunea e săvârșită în stare de ebrietate.

Noțiunea „stare de ebrietate" este definită în Ordinul Ministerului Sănătății și Protecției Sociale nr.401 din 3.10.2006 cu privire la examinarea medicală pentru stabilirea stării de ebrietate și naturii ei[38]: stare survenită în urma consumului de alcool și/sau de alte substanțe ce provoacă ebrietate și care are drept urmare dereglarea psihofuncțională a organismului.

În alin.(2), (4) și (6) art.264 C.pen. RM se dezvoltă de fapt ideea formulată la lit.a) pct.14 RCR. Conform acesteia, conducătorului de vehicul îi este interzis să conducă vehiculul dacă se află, inclusiv, în stare de ebrietate. Această interdicție a fost nesocotită de către făptuitor în următorul caz: C.S. a fost condamnat în baza alin.(4) art.177 C.pen. RM din 1961 (corespunde cu alin.(4) art.264 C.pen. RM) pentru că, la 10.05.2003, fiind în stare de ebrietate alcoolică, conducând automobilul „Volkswagen Getta", deplasându-se pe digul lacului din apropierea satului Colonița, raionul Ialoveni, l-a tamponat pe A.S. și M.T. Prima victimă a decedat pe loc, iar celei de-a doua i s-a cauzat vătămarea ușoară a integrității corporale sau a sănătății.[39]

În alt context, susținem opinia lui A.Saharciuk, potrivit căreia gradul de ebrietate trebuie luat în considerație la individualizarea pedepsei pentru infracțiunea examinată.[40] Anume gradul de ebrietate, și nu însăși ebrietatea. Accentuam aceasta, pentru că, în conformitate cu alin.(2) art.77 C.pen. RM, dacă circumstanțele menționate la alin.(1) al acestui articol sunt prevăzute în articolele din Partea Specială a Codului penal în calitate de circumstanțe agravante ale infracțiunii corespunzătoare, ele nu pot fi considerate concomitent ca circumstanțe care agravează pedeapsa. Or, la lit.j) alin.(1) art.77 C.pen. RM ca circumstanță care agravează pedeapsa e nominalizată „săvârșirea infracțiunii de către o persoană în stare de ebrietate". În concluzie, aplicarea răspunderii conform alin.(2), (4) și (6) art.264 C.pen. RM exclude referirea la lit.j) alin. (1) art.77 C.pen. RM. Această concluzie o confirmă și recomandările corespunzătoare din pct.11 al Hotărârii Plenului nr.20/1999.

Finalmente, consemnăm că refuzul, împotrivirea sau eschivarea conducătorului mijlocului de transport de la testarea alcoolscopică, de la examenul medical, în vederea stabilirii stării de ebrietate și a naturii ei sau de la recoltarea probelor biologice în cadrul acestui examen medical, atrage răspunderea penală conform alin. (3) art.264[1] C.pen. RM.

Note:

[1] Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1997, nr.67-68.

[2] Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2007, nr.103-106.

[3] Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2005, nr.69-70.

[4] Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.1ra-518/2005 din 11.10.2005 // Moldlex

[5] Culegere de Hotărâri ale Plenului Curții Supreme de Justiție (mai 1974-iulie 2002). – Chișinău: Tipografia Centrală, 2002, p.340-345.

[6] Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.1re-665-2007 din 3.10.2007 // Moldlex

[7] Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2009, nr.92-93.

Printre alte acte normative relevante se numără: Legea privind siguranța traficului rutier; Regulamentul Ministerului Transporturilor și Telecomunicațiilor din 9.12.1999 cu privire la asigurarea securității circulației rutiere la întreprinderile, instituțiile, organizațiile ce efectuează transporturi de pasageri și mărfuri (Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2000, nr.46-49); Regulile de testare tehnică obligatorie a autovehiculelor și remorcilor acestora, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr.1047 din 8.11.1999 cu privire la reorganizarea Sistemului informațional automatizat

de căutare „Automobilul” în Registrul de stat al transporturilor şi introducerea testării obligatorii a autovehiculelor şi remorcilor acestora (Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1999, nr.126-127) etc.

[8] *A se vedea:* Е.В. Болдырев, К.Е. Лысков, О.А. Соя-Серко. *Судебное разбирательство дел об автотранспортных преступлениях.* – Москва, 1975, p.27.

[9] *A se vedea:* А.И. Коробеев. *Транспортные преступления.* – Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2003, p.125.

[10] Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.1r/e-26/98 din 19.03.1998 // Moldlex

[11] Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.1r/a-48/2000 din 18.04.2000 // Moldlex

[12] *A se vedea:* В.И. Жулев. *Транспортные преступления. Комментарий законодательства.* – Москва: Спарк, 2001, p.96.

[13] *A se vedea* în acest sens: Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.1ro-200/2003 din 16.12.2003 // Moldlex

[14] *A se vedea* în acest sens: Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.1r/a-48/2000 din 18.04.2000 // Moldlex

[15] *A se vedea* în acest sens: Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.1r/e-26/98 din 19.03.1998 // Moldlex

[16] Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.1ra-695/2004 din 26.10.2004 // Moldlex

[17] Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.1ra-41/2007 din 16.01.2007 // Moldlex

[18] Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.1r/e-206/99 din 12.10.1999 // Moldlex

[19] Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.1r/e-59/2000 din 13.06.2000 // Moldlex

[20] *A se vedea:* Л.Дулько, Т.Лащук. *О практике применения судами законодательства об ответственности за транспортные преступления* (ст.206, 206^2, 206^3, 207^2, 208 УК) // Судовы весник, 1999, nr.1, p.33-36.

[21] *A se vedea:* В.И. Касынюк, З.Г. Корчева. *Вопросы квалификации транспортных преступлений*. – Киев, 1988, p.21.

[22] *A se vedea:* Б.А. Куринов. *Квалификация транспортных преступлений.* – Москва, 1965, p.96.

[23] *A se vedea:* А.И. Коробеев. *Op. cit.,* p.133.

[24] Постановление Президиума Верховного Суда МССР №4у-185/88 от 29 июня 1988 г. // Moldlex

[25] *A se vedea:* В.Б. Малинин. *Причинная связь в уголовном праве.* – Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2000, p.285.

[26] Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.1ra-728/2004 din 13.10.2004 // Moldlex

[27] A.Boroi. *Infracțiuni contra vieții*. – Bucureşti: ALL Beck, 1999, p.192.

[28] *A se vedea:* А.И. Коробеев. *Op. cit.*, p.126.

[29] Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1995, nr.62-63.

[30] А.И. Коробеев. *Op. cit.,* p.135.

[31] Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.4-1r/a-9/99 din 11.10.1999 // Moldlex

[32] А.И. Коробеев. *Op. cit.,* p.137.

[33] Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.4-1r/a-9/99 din 11.10.1999 // Moldlex

[34] G.Marcov. *Infracțiuni săvârşite în cadrul circulației rutiere* // Revista Română de Drept, 1968, nr.2, p.34.

[35] *A se vedea:* C.Turianu. *Infracțiunile rutiere*. – Bucureşti: ALL Beck, 2000, p.23.

[36] Decizia Colegiului penal al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.1ra-411/2005 din 28.06.2005 // Moldlex

[37] Hotărârea Prezidiului Judecătoriei Supreme a Republicii Moldova nr.4p-95/96 din 1.04.1996 // Moldlex

[38] Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2007, nr.60-63.

[39] Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr.4-1re-165/2004 din 27.09.2004 // Moldlex

[40] *A se vedea:* А.Сахарчук. *Деяния, связанные с управлением транспортным средством лицом в состоянии опьянения* (ст.317^1 УК) // Судовы весник, 2007, nr.1, p.61-63.

ЮРИДИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ПРИМЕНЕНИЯ НОРМ ОБЫЧНОГО ПРАВА В МОЛДОВЕ

Андрей БОРШЕВСКИЙ,
доктор исторических наук, старший научный сотрудник
Института культурного наследия Академии наук Молдовы,
старший преподаватель юридического факультета Комратского госуниверситета
Борис СОСНА,
доктор права, и.о. профессора Европейского университета Молдовы

SUMMARY

This article describes a customary law role in Moldova. Customary law is recognized, not because it is backed by the power of some strong individual or institution, but because each individual recognizes the benefits of behaving in accordance with other individuals' expectations, given that others also behave as he expects.

В средневековой Молдове важную роль в жизни общества играли обычаи, которые в тот период являлись источниками права, на основе которых судебные учреждения выносили свои приговоры.

Обычай как источник права называется *обычным правом.*[1] Оно представляет собой совокупность норм, которые вырабатываются в течение длительного времени в какой-нибудь общественной сфере и становятся юридическими, получив закрепление тем или иным способом со стороны органов государственной власти, обеспечивающих своей принудительной силой их закрепление и соблюдение.

Обычное право – это самая ранняя форма правовых отношений, которая, как господствующая и единственная, соответствует первоначальным ступеням классового общества. Развитие обычного права, как и права вообще, определяется общим ходом социально-экономического развития и отражает соответствующие общественные отношения. Поэтому можно без преувеличения сказать, что материалы обычного права являются одним из важнейших источников не только для освещения общеисторических и социологических проблем различных народов, но и для разрешения проблем развития права этих народов.[2]

До 40-х годов XVIII века в правовой жизни Молдовы значительную роль играл обычай земли – «*obiceiul pământului*» (в научном лексиконе – «обычное право»). Часто в целях подчеркивания силы обычаев земли документы указывают на старинное происхождение этих норм – «старый закон» (legea veche).[3]

Для гражданского права Молдовы XIV-XVIII вв., особенно наследственного и вещного, одним из главных источников являлось обычное право. По свидетельству Д.Кантемира, молдавский народ придерживался различных обычаев, сохранившихся во время его переселения и изгнания, таких как: право наследования, завещания, распределения наследственного имущества среди наследников[4], то есть народ руководствовался в основном нормами обычного права.

Если обычай не в состоянии был решать сложные судебные процессы, то вступали в силу писаные рецепциированные законы – византийское право, Василики и Шестикнижье Арменопуло, т.е. писаные законы, а в начале XIX века и законы Андронакия Донича.

До начала XVIII века в области гражданского права в основном действовали нормы обычного права, а в турецко-фанариотский период расширяется основа применения различных кодификаций за счет использования византийских законов, вводимых в стране более широко, одновременно с появлением в Молдове господарей-греков.

Нормы обычного права регулировали организацию публичных торгов с аукциона (согласно обычаю земли, в XVIII веке – первой половине XIX века, о недвижимости, подлежавшей продаже с аукциона, извещали всех возможных покупателей, в зависимости от степени материального состояния. Если продавалась недвижимость феодала, то представитель уездного исправничества громким голосом объявлял, под барабанный бой, о предстоящей продаже, разъезжая по соседним селам, ярмаркам, улицам городов, столицы, в господарском Диване. По поводу этого распространенного обычая возникла пословица: «*A bate toba în târg şi la moară*» – бить в барабан в ярмарочные дни и у мельницы, т.е. оповещать о предстоящей продаже в самых оживленных местах), залоговые правоотношения (в XVIII веке существовал обычай, согласно которому, если дебитор вовремя не вернул деньги или другое имущество, залог переходил в собственность кредитора и из владения условного, временного превращался во владение законное, постоянное. Как отражение

этого явления появилась пословица: «*Zălogul dacă zăboveşte, nu se mai iveşte*» – задержавшийся залог не вернешь).

Обычное право регламентировало вопросы семейно-брачных отношений, в том числе наделение приданным, которые при вступлении в брак дарились молодым супругам или родственникам невесты и жениха. Обычай приданого как институт общественного быта, этнографо-юридическое явление и брака и семьи в целом характеризуется многими традициями, формирование которых уходит корнями в глубь веков.

Первые сведения о выделении приданого невесте и жениху в Молдове содержатся в документах XV века. В начале XVIII века Д.Кантемир, описывая молдавские свадебные обряды, отмечал, что молодых, помимо подарков, наделяли приданым, размер которого определялся родителями обеих сторон.

Согласно нормам обычного права, приданое состояло из недвижимого и движимого имущества. В него кроме земли, скота могли входить дом и земли при доме, виноградники, земледельческие орудия. Кроме того, приданое невесты обязательно включало ковры и ткацкие изделия, сундук с личными вещами, утварь и т.д., то есть все, что необходимо было молодой семье для начала совместной жизни. При женитьбе, молдоване наделяли приданым и сыновей. В документе первой половины XIX века было отмечено, что «мать – Харитонова, жительница местечка Теленешть Ясского уезда, подарила на свадьбе сыну своему 8 десятин земли, 2 ковра, много домашней утвари, 40 овец, 2 быка и телегу». Братья получали приданое наравне с сестрами. В XVIII веке – первой половине XIX века их наделяли как движимым, так и недвижимым имуществом. И если до 80-х годов XVIII века дети разного пола могли получать от родителей не одинаковое количество приданого, то со вступлением Молдовы в капиталистическую эпоху данный обычай соблюдается более строго.

С конца XVIII века, когда начинается переход от феодализма к капитализму и развиваются товарно-денежные отношения, в качестве приданого все чаще стали дарить и деньги. Так, в 1830 г. жительница г.Орхей Н.Тэут получила в качестве приданого, помимо движимого и недвижимого имущества, две тысячи рублей. В1847 г., невеста С.Чугуряну, уроженка г.Яссы, получила в приданое пять тысяч леев и много драгоценностей.

Молдавскому феодальному праву, связанному с институтом приданого, были характерны некоторые особенности, требовавшие неукоснительного соблюдения. Невыполнение их могло привести к серьезным последствиям. При определенных обстоятельствах, обычай приданого носил силу закона. Так, например, в августе 1831 г. жена Харитонова, вошедшая в чужую семью со своим имуществом, не считалась полной его распорядительницей, не распоряжалась им как хотела, не могла назначить после себя наследников. Право же полной собственности предполагало право посмертного распоряжения, произвольного назначения наследников. Однако, благодаря живучести обычаев, связанных с приданым, в тот период в крестьянской семье сохранились определенные равноправные отношения супругов, что сказывалось на решении жизненных вопросов и рода в целом.

В случае смерти жены ее приданое распределялось между детьми (если они были), а родители умершей продолжали сохранять за собой право свободного наделения каждого из ее детей частью приданого с учетом равного распределения. В имущественно-правовых отношениях в указанный период данный аспект института приданого прослеживается также в обычном праве многих народов Европы. У членов семьи не было отдельной собственности, все приобретенное ими составляло общую их собственность. Однако в исключительных случаях они могли иметь отдельную личную собственность, в том числе и дети, на которую родители не имели права претендовать, так как в случае смерти матери недвижимое приданое могло переходить к детям. И, хотя оно оставалось на хранение у отца, ключ от места, где оно хранилось, забирали родители умершей до совершеннолетия детей. Кроме того, это имущество могло быть отдано в опеку. Пахотная земля, полученная в качестве приданого, оставалась в распоряжении мужа до совершеннолетия детей, а урожай использовали по потребностям. Если же муж пытался распорядиться приданым, родственники жены имели право вмешиваться, защитить имущество покойной и даже взять на сохранение до достижения детьми совершеннолетия. При этом муж обязан был соблюдать древний обычай, не препятствуя ему. Это свидетельствует о том, что нормы молдавского феодального права в данном конкретном случае действовали под воздействием как обычного, так и кодифицированного права.

Влияние обычая сказывалось и на такой собственности имущественных отношений супругов, как семейная общность. При этом общее право супругов распространялось на имущество, предназначенное на общие цели семьи, а также на имущество, совместно приобретенное супругами в браке.

Обычное право регламентировало также возраст вступления в брак (зрелым возрастом вступления в брак считались 15-16 лет для мужчин и 13-15 лет для девушек).

Существенную роль играли обычаи в праве наследования, которое возникает еще до образования молдавского государства. В XVIII веке – первой по-

ловине XIX века в Молдове нормы обычного права в области права наследования в основном стабилизировались. Согласно некодифицированному праву, предусматривались пять степеней очередности наследников. Представители последующих степеней к наследованию не призывались, если в наследство вступали наследники предыдущей очереди.

К наследникам первой очереди относились родственники умершего по нисходящей линии: сыновья, дочери, внуки и т.д. Между детьми умершего наследство делилось в равных долях. Внуки наследодателя по праву представления получали долю умерших родителей. При жизни родителей они не призывались к наследованию.

К наследникам второй очереди относились восходящие родственники наследодателя: отец, дед, бабка и его полнородные братья и сестры, а также дети ранее умерших братьев и сестер. Если эти лица пережили наследодателя, то к наследованию призывались только родители покойного и его полнородные братья и сестры. Между ними наследство делилось поровну. Если же на день смерти наследодателя в живых оставался только один из родителей покойного, то доля умершего родителя делилась поровну между его родителями. Дети умерших братьев и сестер наследодателя получали их долю по праву представления.

К наследникам третьей очереди относились неполнородные братья и сестры наследодателя, а также дети умерших неполнородных братьев и сестер, наследовавшие по праву представления.

Отметим, что молдавское обычное и кодифицированное право подразделяло братьев и сестер на полнородных (происходящих от одних и тех же родителей) и неполнородных. Братья и сестры, происходящие от одного и того же отца и разных матерей или от одной матери и разных отцов назывались неполнородными (в первом случае – единокровные, во втором – единоутробные).

К наследникам четвертой очереди относились все остальные боковые кровные родственники без ограничения степени родства.

В последнюю очередь к наследованию призывался переживший супруг.

Согласно обычаю земли, если наследодатель решил кому-то из прямых наследников отказать в наследстве, он обязан был это решение аргументировать, поскольку прямые наследники не могли быть обойдены.

В обычном праве XVI-XVII веков внедряется обычай (*синисфора*), по которому дочь, получившая ранее приданное, могла участвовать в наследовании земли. Данная норма допускалась по отношению к наследованию по закону (обычаю).

В обычном праве Молдовы были известны определенные преимущества при наследовании для младшего сына (или для младшей дочери), получавшего родительский дом. В одном из поземельных документов отмечено, что «в связи с тем, что все сыновья поженились, а дочери вышли замуж, родной дом с усадебным участком оставляю самой младшей из сестер Настасии, ибо она еще не успела обзавестись семьей».[5]

В обычном праве молдован было предусмотрено, что по случаю женитьбы первого сына во время семейного совета или совета родственников определялся объем отцовского имущества, предназначенного для младшего сына или для младшей дочери.

Действовавшие нормы обычного права определяли меры гражданской и уголовной ответственности родителей и опекунов за проступки несовершеннолетних. Последние же должны были содержать своих кормильцев до достижения ими преклонного возраста, помогать в случае болезни и т.д. Возникшие во времена кровнородственной общины, а может быть и раньше, традиции семейной или групповой солидарности настолько укоренились в семейно-общественной жизни молдован, что даже в переходный от феодализма к капитализму период не исчезают, а совершенствуются и их продолжают соблюдать в новых условиях. Вопреки тенденции к индивидуализации ответственности каждого за свои дела и поступки, что, естественно, соответствовало нормам классического права, в Молдове в начале XIX века остаются еще в силе черты семейной и групповой ответственности.

Нормы обычного права регулировали и ряд уголовных и процессуальных правоотношений.

Так, например, в первой половине XVIII века некоторое распространение имел судебный поединок (в молдавских селах Транснистрии). Он назначался в тех случаях, когда ответчик обвинял истца в намеренной лжи. Документы начала XVIII века очень редко упоминают судебный поединок как пережиток «Суда Божьего», известный в литературе под названием «поле». В силу того, что «поле» применялось только по нормам обычного права, чрезвычайно трудно восстановить картину всего института, ибо фактически никаких доказательств этому не осталось.

В Молдове существовал определенный партикуляризм феодального обычного права[6], корни которого уходят в раннефеодальный период.

Юридические обычаи одной деревни или общины нередко отличались от обычаев другой деревни или общины. Бывали случаи региональности, когда определенные нормы Нижней Молдовы оказывались неприемлемыми для Верхней Молдовы, и наоборот. Однако эти различия не существенны. Обычное право молдован XVIII – начала XIX вв., т.е. периода, когда многие написанные нормы начали приобретать кодифицированный характер,

отличалось от неписаных норм раннего и развитого феодализма, которые сохранялись благодаря устной форме закона.[7] Поэтому важно иметь в виду, что сам акт записей правового обычая, сохранившегося до этого лишь в памяти его знатоков – «законоговорителей», знаменовал начало обособления от народа обычного права, так как до тех пор пока оно опиралось на устную народную традицию, оно могло изменяться, отражая, наряду со старым, и новые моменты. Фиксация же части обычного права в сборниках, анафорах, изводах и т.д. придавала ему окончательный, неизменный характер.

Ряд письменных законодательных норм составлялся на основе узаконения юридических обычаев. Письменные законы фиксировали обычаи, складывавшиеся веками и мало изменившиеся, во всяком случае под воздействием сознательной инициативы, именно потому, что они были обычаями и, в силу традиции, считались нерушимыми, священными. Отсюда неполнота и фрагментарность юридических обычаев, ибо их многообразие не поддавалось сплошной фиксации. Отсюда же и противоречивость отдельных положений, которые подчас фиксировались в то время, когда их действенность была уже утрачена.

Молдавское обычное право XVIII – начала XIX вв. не было слаборазвитым, так как неписаные законы, благодаря православной религии, смогли перенять многие элементы канонического права. Нельзя считать молдавское обычное право статичным, неизменным.

В соборных грамотах, особенно второй половины XVIII века, составители придавали огромное значение всем деталям, даже самым, казалось бы, незначительным, таким как движение, слово и поступок участников процесса, местоположение относительно друг друга. В записях обычного права с точностью подробного сценария расписаны все действия, необходимые для успешного осуществления каждого акта, регулировавшего различные стороны общественной жизни молдован.

Было бы ошибочно считать, что в XVIII – начале XIX вв. продолжали господствовать неписаные законы. Наоборот, в данный период обычаи вступают в фазу разложения; более того, в этот временной промежуток они уже не контролировали многие стороны юридической жизни страны, за исключением институтов гражданского права, где обычное право по-прежнему главенствовало.

Утверждение турецко-фанариотского режима привело к всестороннему насаживанию норм византийского права и вытеснению из юридической практики Молдовы обычного права. Нормы юридических обычаев, сталкиваясь с письменным правом, постепенно уступали последнему.

В XVIII веке обычное право, все больше подвергаясь воздействию представителей господствующего класса, продолжает видоизменяться. Юридические обычаи проходят фильтр цензуры. Их делят на хорошие и неприемлемые, нерациональные и т.д. В юридической практике вводятся новые понятия: апробированный обычай, утвержденный обычай, которые изнутри разлагают обычное право. Таким образом, неписаное право постепенно дорабатывается с учетом нужд феодальной юстиции и суда.

Серьезный конфликт между обычным правом и законодательством прослеживается в ходе анализа судебных книг (*cărți de judecată*) и господарских соборных грамот. Так, например, Хрисов 1752 г. отчетливо требует: «Обычаи, признанные ранее как хорошие, но не отвечающие в данный момент интересам страны, должны дорабатываться. И так должно поступать со всеми обычаями». Мысль об искоренении «плохих» обычаев встречается также в грамотах К.Маврокордата 1746 и 1749 гг.[8]

Несмотря на то, что к концу позднего феодализма в юридической и судебной практике края неписаные обычаи теряют силу, в общественной жизни они продолжают занимать видные позиции. Однако это не есть свидетельство «неповторимой», «особой» роли обычного права молдован. Главными виновниками данного явления были Османская империя и господствующие классы страны. Турция возражала против выработки в Молдове собственных законов, а господствующие классы были неспособны составлять кодификацию законов на основе местных юридических обычаев.

Важное значение обычного права подтверждается их применением в судах даже после присоединения Бессарабии в 1812 году к России и постепенной инкорпорацией юридической системы области в общеимперскую.

Согласно Уставу образования Бессарабской области (1818 год), дела в Верховном Совете производились «с соблюдением узаконений Российской Империи и с сохранением прав и обычаев земли в отношении защищения частной собственности; а гражданские тяжебные и межевые дела отправляются на одном языке – молдавском, и судятся по основанию законов и обычаев молдавских».[9]

При вынесении решения, руководствоваться общеизвестными местными обычаями могли и введенные после судебной реформы 1869 года в Бессарабии мировые судьи, но лишь в том случае, когда применение местных обычаев дозволялось законом или в случаях, не предусмотренных законами.[10] В юридической доктрине Российской империи под обычаем подразумевалось постоянное однообразное соблюдение, в течение более или менее

продолжительного времени, какого либо правила, выработанного и усвоенного народом.[11] Как норма права, равносильная закону, он признавался лишь тогда, когда им устанавливалось правило, которое касается юридической стороны народной жизни. Под обычаем, отмечал в 1878 году Сенат, следует понимать такое юридическое правило, которое не выражено в законе, но которому постоянно подчиняются жители данной местности, признавая его для себя обязательным, как и сам закон.[12]

Разрешение руководствоваться местными обычаями содержалось и в других нормативных актах реформ 60-х годов XIX века. В статье 21 Положения от 19 февраля 1861 года было определено, что при назначении опекунов и попечителей, при проверке их действий крестьяне руководствовались своими местными обычаями. Статьей 38 этого же Положения им предоставлялось, в порядке наследования имущества, право руководствоваться своими местными обычаями.[13]

Отметим, что статья 130 Устава гражданского судопроизводства, как указывал Сенат, давала право мировому судье (но не обязывала) руководствоваться общеизвестными местными обычаями[14] (в отличие от местных гражданских законов, которые имели приоритет перед имперским законодательством и применялись в обязательном порядке), да и то лишь в определенных законом случаях – по ссылке одной или обеих сторон (без таковой ссылки мировой судья не вправе был основывать свое решение на местном обычае[15]) и когда применение местных обычаев дозволялось законом или в случаях, не предусмотренных законами, а также если местный обычай являлся общеизвестным.[16]

Литература:

[1] Д.И. Мейер. *Русское гражданское право*. – Петроград, 1914, с.42-46.

[2] *Там же.*

[3] *Там же,* с.37.

[4] Д.Кантемир, с.124.

[5] А.Галбен. *Ук. соч.,* с.139-140.

[6] П.В. Советов. *Развитие феодализма и крестьяне Молдавии (очерки истории ренты в XVI-начале XVIII вв.).* – Кишинев, 1980, с.73.

[7] А.Галбен. *Ук. соч.,* с.59.

[8] П.В. Советов. *Ук. соч.*, с.58-62.

[9] Полное собрание законов Российской империи. Собрание первое. Том 35. 1818. – СПб., 1830, с.222-227.

[10] Судебные Уставы 20 ноября 1864 г. с изложением рассуждений, на коих они основаны. Ч.III. Устав гражданского судопроизводства. – СПб., Издание Государственной Канцелярии, 1867, с.68.

[11] Основы гражданского процесса. Практический комментарий основных положений Устава гражданского судопроизводства / Сост. В.Л. Исаченко. – СПб, 1904, с.283.

[12] *Там же,* с.284.

[13] А.П. Боршевский. *Правовые аспекты принятия решений и применения местных законов и обычаев мировыми судами Бессарабии в гражданском процессе (60-70-е гг. XIX в.)* // Revistă de ştiinţe socio-umane, 2006, № 2(3), с.50.

[14] К.П. Победоносцев. *Судебное руководство. Сборник правил, положений и примеров, извлеченных из теории и практики гражданского судопроизводства с полным указателем к судебным и распорядительным решениям по сему предмету Кассационных департаментов Сената*. – СПб., 1872, с.351.

[15] А.Гожев. *Систематический сборник решений Гражданского кассационного департамента Правительствующего сената за 1875 год.* Т.II. – СПб., 1878, с.836.

[16] К.П. Победоносцев. *Ук. соч.,* с.352.

PROVOCAREA CORUPERII PASIVE

Ion ȚURCAN,
judecător la Judecătoria Centru, mun. Chişinău

SUMMARY

Lately, in the practice of criminal investigation there are more often they resort to attempts to trace out the corrupt actions and persons by means of carrying out of efficient actions of investigation. In investigation practice there are cases of executive investigation when specially equipped cars pass by mobile or immobile posts of motorway police patrols, deliberately violating the rules of the road traffic with the aim of tracing out and punishing those liable to corruption. Duch a practice is always considered as a provocation.

În ultimul timp, în practica de urmăririe penală tot mai frecvent se recurge la încercările de a depista faptele şi persoanele corupte prin intermediul efectuării unor acşiuni operative de investigaţie. Sunt cunoscute din pracica operativă de investigaţie cazuri, când automobile special amenajate trec pe lângă posturile fixe sau mobile ale patrulelor poliţiei rutiere încălcând intenţionat regulile de circulaţie rutieră în scopul depistării colaboratorilor predispuşi la corupere.

O asemenea practică întotdeauna s-a considerat ca fiind o provocare.

De pe aceste poziţii urmează să examinăm legalitatea depistării persoanei cu funcţie de răspundere – subiect al coruperii pasive prin intermediul înmânării acesteia a unor semne băneşti în prealabil prelucrate, marcate.

În timpul de faţă, inclusiv graţie televiuziunii, altor surse de informare în masă, cunoaştem că o asemenea metodă se aplică foarte des, chiar constituind metoda principală de probare a faptelor legate de coruperea pasivă. În viziunea colaboratorilor organelor de drept, asemenea măsuri operative de investigare îşi găsesc suportul juridic în Legea privind activitatea operativă de investigaţie, nr.45-XIII din 12.04.1994[1], la care în art.6 pct.2 sunt formulate asemenea acţiuni operative de investigaţie, cum este experimentul operativ, marcarea cu substanţe chimice şi alte substanţe speciale, infiltrarea operativă, controlul transmiterii banilor sau a altor valori materiale extorcate etc. Totuşi, considerăm că subiecţii activităţii operative de investigaţie manifestă o anumită grabă în obţinerea „rezultatelor”, astfel fiind ignorate prevederile art.10 al Legii enunţate, care reglementează utilizarea rezultatelor activităţii operative de investigaţie. Astfel, eroarea de bază care se comite constă în obţinerea concomitentă, simultană, a următoarelor rezultate: pornirea urmăriri penale, obţinerea de probe şi, astfel, dobândirea temeiurilor pentru aplicarea măsurilor procesuale de constrângere.

Totodată, potrivit art.10 alin.(1) al Legii enunţate, „rezultatele activităţii operative de investigaţie pot fi utilizate la pregătirea şi efectuarea acţiunilor de urmărire penală şi la înfăptuirea măsurilor operative de investigaţie în scopul prevenirii, curmării şi descoperirii infracţiunilor, precum şi în calitate de probe pentru cauzele penale”. Astfel, în cazul dat, în baza acţiunilor operative de investigaţie poate fi pornită urmărirea penală, însă fără de pornirea urmăririi penale nu pot fi efectuate (cu unele excepţii) nici acţiuni de urmărire penală.

Potrivit art.274 alin.(1) C.proc.pen., „organul de urmărire penală sesizat în modul prevăzut în art.262 şi 273 dispune, prin ordonanţă, începerea urmăririi penale în cazul în care, din cuprinsul actului de sesizare sau al actelor de constatare rezultă o bănuială rezonabilă că a fost săvârşită o infracţiune şi nu există vreuna din circumstanţele care exclud urmărirea penală, informând despre aceasta persoana care a înaintat sesizarea sau organul respectiv”.

Astfel, în norma dată este prevăzută lista exhaustivă a temeiurilor pentru pornirea urmăririi penale, între ele fiind şi „bănuiala rezonabilă că a fost săvârşită o infracţiune şi nu există vreuna din circumstanţele care exclud urmărirea penală”. Totodată, bănuiala rezonabilă poate apărea şi în urma acţiunilor operative de investigaţie.

Totuşi, suntem de părere că înseşi rezultatele acţiunilor operative de investigaţie, prin prisma institutului admisibilităţii probelor, nu pot fi considerate ca probe, ele fiind dobândite până la pornirea urmăririi penale, până la adoptarea ordonanţei de pornire a urmăririi penale. Or, nu în zadar, în art.10 alin.(2) al Legii menţionate este expres indicat că „materialele controlului operativ nu constituie temei pentru limitarea drepturilor, libertăţilor şi intereselor legitime ale persoanelor fizice şi juridice”, ceea ce, cu condiţia autorizării acţiunilor date de către judecătorul de instrucţie, este posibil de a efectua în cadrul urmăririi penale.

Printre sarcinile activității operative de investigație, prevăzute de art.2 al Legii, nu este prevăzută expres o asemenea sarcină precum este „dobândirea probelor", o asemenea sarcină fiind deci una secundară.

Astfel, efectuarea în cadrul activității operative de investigație a experimentului operativ poate constitui, în dependență de rezultatele sale, temei pentru pornirea urmăririi penale, în cadrul căreia deja este posibilă efectuarea, în condițiile art.123 alin.(1) C.proc.pen., a experimentului în procedura de urmărire penală. Potrivit acestui articol, „ în scopul verificării şi precizării datelor ce au importanță pentru cauza penală şi care pot fi reproduse în condițiile efectuării unor experimente şi a altor activități de investigații, organul de urmărire penală este în drept să efectueze un *experiment în procedura de urmărire penală*".

Observăm distincția între experimentul operativ şi experimentul efectuat în procedura penală. Astfel, doar experimentul în procedura de urmărire penală poate constitui probă pentru demonstrarea evenimentelor şi faptelor legate de realizarea intenției persoanei cu funcție de răspundere în vederea pretinderii, primirii sau acceptării bunurilor necuvenite. În consecință, concluzionăm că rezultatele experimentului operativ pot avea doar o importanță de uz intern, precum şi pot servi ca temei pentru pornirea urmăririi penale. La fel, rezultatele experimentului operativ pot constitui temei pentru concedierea persoanei cu funcție de răspundere care este funcționar public, din motivul pierderii încrederii.

Aşadar, corespunzător urmează a fi apreciate şi rezultatele experimentului operativ, cum este verificarea lucrătorilor poliției rutiere prin intermediul îndreptării spre posturile poliției rutiere a unor automobile special amenajate. Rezultatele experimentului operativ pot constitui temei pentru pornirea urmăririi penale, ulterior fiind posibilă efectuarea experimentului în procedura penală.

În acest sens, demnă de reținut este practica judiciară. „Astfel, la 11.06.2000, la orele 24.00, G.G., în timpul executării obligațiilor de serviciu, a oprit automobilul VAZ-2108, condus de V.B. (comisarul poliției din Soroca). În mărturiile sale V.B. susține că G.G. a luat de la el 100 lei pentru a-i permite plecarea, fără a întocmi un proces-verbal. Instanța de fond şi respectiv, de apel şi recurs, au ajuns la concluzia că G.G. nu a luat banii în mână (nu a fost corupt), că aceştia au fost aruncați de V.B. pe capotul maşinii poliției rutiere. Deci, de fapt, a fost o provocare de corupere, deoarece *în lipsa dovezilor de săvârşire a acestei infracțiuni din partea reprezentantului poliției s-a făcut o încercare de a crea probe artificiale*".[2]

Potrivit art.2 lit.a) al Legii enunțate, „experimentul operativ poate fi efectuat pentru relevarea atentatelor criminale, prevenirea, curmarea, descoperirea infracțiunilor şi a persoanelor care le organizează, le comit sau le-au comis, precum şi asigurarea compensării daunei cauzate de infracțiune". O asemenea cerință a legiuitorului şi determină îndreptarea activității subiecților activității operative de investigație. Totodată, cu unele excepții, fiind posibilă săvârşirea unor acțiuni procesuale care nu suferă amânare. Experimentul în procedura de urmăririe penală nu se atribuie la categoria dată de acțiuni. Deşi considerăm că în cazul extorcării bunurilor necuvenite asemenea acțiuni procesuale urmează a fi săvârşite urgent, totuşi aceste acțiuni de urmărire penală urmează a fi efectuate de către ofițerul de urmărire penală şi nicidecum de către lucrătorul operativ.

La fel, este important a menționa în acest context că, potrivit art.251 alin.(2) C.proc.pen., „încălcarea prevederilor legale referitoare la competența după materie sau după calitatea persoanei, la sesizarea instanței, la compunerea acesteia şi la publicitatea şedinței de judecată, la participarea părților în cazurile obligatorii, la prezența interpretului, traducătorului, dacă sunt obligatorii potrivit legii, atrage nulitatea actului procedural".

Iar potrivit alin.(3) al aceluiaşi articol, „nulitatea prevăzută în alin.(2) nu se înlătură în nici un mod, poate fi invocată în orice etapă a procesului de către părți şi se ia în considerare de instanță, inclusiv din oficiu, dacă anularea actului procedural este necesară pentru aflarea adevărului şi justa soluționare a cauzei".

Astfel, potrivit art.269 alin.(1) C.proc.pen., „organul de urmărire penală al Centrului pentru Combaterea Crimelor Economice şi Corupției efectuează urmărirea penală în privința infracțiunilor prevăzute la art.236-261[1], 324-326, 330-336 din Codul penal, iar în privința infracțiunilor prevăzute la art.191, 195, 327-329 din Codul penal – numai în cazurile în care prejudiciul respectiv a fost cauzat în exclusivitate autorităților şi instituțiilor publice, întreprinderilor de stat sau bugetului public național".

Aşadar, în cazul în care urmărirea penală a fost pornită şi efectuată de către un alt organ de urmărire penală, altul decât CCCEC, în lipsa unei ordonanțe motivate a Procurorului General sau a adjunctului lui privind împuternicirea unui alt organ de urmărire penală, decât cel al CCCEC, de a efectua în acest sens acțiunile procesuale în cadrul dosarelor penale privind învinuirea persoanelor cu funcție de răspundere în comiterea infracțiunii prevăzute de art.324 C.pen., instanța de judecată, prin prisma normelor enunțate, va pronunța o sentință de încetare a procesului penal.

Este evident că oricare acțiuni procesuale nu trebuie să poarte un caracter de provocare, la baza căreia întotdeauna se află instigarea la comiterea unor fapte care pot avea consecințe nefaste pentru alte persoane.

În acest context, considerăm necesar şi oportun de a face trimitere la Hotărârea CEDO în cazul *Teixeiro de Castro împotriva Portugaliei*[3], fiind apreciat critic faptul recurgerii la agenții provocatori.

În speța dată, doi polițiști în civil s-au adresat unui individ suspectat ca fiind implicat în micul trafic de droguri, cu scopul de a obține la el heroină. Prin intermediul unui alt individ, cei doi polițiști au stabilit contacte cu petiționarul, care acceptase să le livreze produsul. El 1-a procurat de la un terț și a fost arestat în momentul când îl transmitea polițiștilor.

Petiționarul s-a plâns că nu a beneficiat de un proces echitabil, în măsura în care el fusese incitat de polițiști să comită infracțiunea de care a fost ulterior acuzat.

Curtea Europeană a statuat că intervenția agenților infiltrați trebuie să fie prescrisă şi înzestrată cu garanții, chiar dacă este vizată combaterea traficului de stupefiante. Exigențele generale de echitate, consacrate în Articolul 6 „Dreptul la un proces echitabil" al Convenției Europene pentru Apărarea Drepturilor şi Libertăților Fundamentale ale Omului, se aplica procedurilor referitoare la toate tipurile de infracțiuni penale, de la cea mai simplă, la cea mai complexă. Interesul public nu ar justifica utilizarea elementelor obținute în rezultatul unei provocări din partea poliției. Astfel, în acest caz cei doi polițiști nu s-au limitat doar la o examinare pasivă a activității delicvente a reclamantului, dar exercitase asupra lui o influență de natură să-l incite la comiterea infracțiunii. CEDO a decis că activitatea celor doi polițiști o depăşise pe cea a unui agent infiltrat, deoarece ei provocaseră infracțiunea şi că nimic nu indica la faptul că, fără intervenția lor, aceasta ar fi avut loc. [4]

Provocarea constituie determinarea artificială a persoanei la comiterea unor fapte prejudiciabile, ceea ce în limbajul juridic constă în crearea artificială de probe în vederea acuzării ulteriorare a persoanei. De menționat că art.311 alin.(2) lit.c) C.pen. sancționează denunțarea cu bună-ştiință falsă în scopul de a-l învinui pe cineva de săvârşirea unei infracțiuni însoțită de crearea artificială a probelor acuzatoare, fapta constituind infracțiune.

Un criteriu de delimitare a legalității acțiunilor lucrătorilor operativi şi a ofițerilor de urmărire penală de comportamentul provocator în procesul de depistare a persoanelor cu funcție de răspundere corupte îl constituie faptul că inițiativa de comitere a infracțiunii aparține ultimilor. Însăşi propunerea din partea persoanei cu funcție de răspundere de a-i oferi un avantaj necuvenit deja nu mai constitie o divulgare a intenției. Dar, ținând cont de faptul că infracțiunea de corupere pasivă se consideră consumată din momentul pretinderii bunurilor necuvenite, propunerea dată urmează a fi considerată ca infracțiune consumată. Prun urmare, efectuarea în asemenea cazuri a experimentului operativ, precum şi a experimentului în cadrul urmăririi penale, deja nu mai constituie o provocare, deoarece asemenea acțiuni nu inițiază şi nici nu instigă la comiterea infracțiunii, dar intervin deja după consumarea infracțiunii.

Astfel, într-un caz examinat de CEDO,[5] reclamantul M. Sermet Mustafa Unel, care în perioada anilor 1997-2000 a deținut funcția de director general al Aviației civile a Turciei, a fost condamnat pe faptul coruperii pasive, şi anume: pe faptul că a pretins 50 000 dolari SUA de la A.O., proprietarul unei firme aeriene, pentru eliberarea autorizației de zbor. În plângerea depusă procurorului, A.O. a declarat că anterior i-a mai transmis reclamantului avantaje necuvenite pentru a obține autorizații de zbor. După depunerea cererii, de către parchet au fost organizate şi petrecute acțiunile operative de investigație soldate cu reținerea în flagrant a reclamantului.

Examinând materialele cauzei, Curtea Europeană a considerat că acesta se deosebeşte de cauzele *Teixera de Castro împotriva Portugaliei* şi *Ramanausckas împotrva Lituaniei* – prin natura infracțiunii şi rolul jucat de către polițiști.

Astfel, reclamantul a fost reținut în cadrul unei operațiuni autorizate de instanța de judecată, după ce a fost recepționată plângerea lui A.O. Un argument suplimentar că A.O. nu este un agent provocator îl constituie circumstanța că acesta a fost acuzat în fapta de corupere activă, pe care el a recunoscut că a efectuat-o anterior în privința reclamantului. De asemenea, Curtea nu a reținut nici acțiunile polițiştilor ca provocare a infracțiunii, deoarece pe parcursul procesului judiciar reclamantul nu a invocat faptul că a fost incitat de către poliție să comită infracțiunea.

Observăm că Curtea Europeană destul de consecvent se referă şi la faptul că dacă unele circumstanțe de fapt şi de drept nu au fost invocate de reclamanți în fața instanțelor naționale, atunci ei sunt decăzuți din dreptul de a invoca asemenea pretenții în fața Curții.

La fel, prin prisma acestei Hotărâri, unul dintre temeiurile de respingere a cererii menționate fiind şi faptul că în cazul dat A.O. a fost tras la răspundere penală pentru corupere activă, considerăm oportun de a ne referi şi la aprecierea, din punctul de vedere al normelor materiale şi procesual penale, a acțiunilor persoanelor care transmit avantajele necuvenite.

În cazul dat există păreri contradictorii.

Astfel, unii autori consideră că acțiunile persoanei care a transmis bunurile necuvenite sub „control" nu pot fi calificate drept infracțiune de corupere activă, deoarece persoana nu urmăreşte scopul transmiterii valorilor indicate în art.325 C.pen., chiar şi pentru că ea conştientizează că, fiind ulterior arestată (reținută), persoana cu funcție de răspundere nu va putea să

îndeplinească acțiunile sau inacțiunile ce i se solicită, iar dorința realizării scopului dorit este un element obligatoriu al laturii subiective a coruperii active.[6] Întrucât persoana care a transmis anumite valori în condițiile indicate „sub control" nu a comis nici o infracțiune, în prezența ei urmează de adoptat o ordonanță de neîncepere a urmăririi penale, în legătură cu lipsa în acțiunile sale a componenței de infracțiune.[7]

Considerăm că o asemenea interpretare nu poate fi acceptată din motivul că „părerea eronată a persoanei cu funcție de răspundere în privința scopurilor urmărite de corupător, pentru care contează însuşi faptul primirii de către funcționar a banilor şi nu îndeplinirea de către funcționar a careva acțiuni, nu trebuie să aibă o careva valoare juridică".[8] Infracțiunea de corupere pasivă nu poate fi realizată în absența infracțiunii de corupere activă, ele fiind infracțiuni corelative. Faptul că persoana transmite bunurile necuvenite sub control, nu înseamnă nici pe aproape că ea nu urmăreşte în continuare scopurile indicate în lege. Prin urmare, urmărirea penală în asemenea cazuri, inclusiv prin prisma jurisprudenței CEDO, urmează a fi pornită şi încetată în temeiul art.325 alin.(4) C.pen., potrivit căruia „persoana care a promis, a oferit sau a dat bunuri ori servicii enumerate la art.324 este liberată de răspundere penală dacă ele i-au fost extorcate sau dacă persoana s-a autodenunțat neştiind că organele de urmărire penală sunt la curent cu infracțiunea pe care a săvârşit-o".

În al doilea rând, la comiterea unei asemenea fapte (provocarea coruperii) indică şi lipsa unei înțelegeri prealabile între persoana care oferă remunerarea ilegală şi persoana cu funcție de răspundere privind acordul ultimei de a primi bunul necuvenit. Absența unei asemenea înțelegeri şi refuzului persoanei de a primi bunul necuvenit constituie temei pentru considerarea acțiunilor de investigație sau de urmărire penală ca o provocare. Persoana care a încercat să transmită aceste valori în scopul creării artificiale a probelor acuzatoare, în scopul denunțării ulterioare, urmează să poarte răspundere în baza art.311 alin.(2) lit.c) C.pen. Totodată, ținând cont de construcția legislativă a acestei norme, fapta respectivă va fi considerată ca infracțiune consumată nu din momentul transmiterii bunurilor necuvenite, dar, spre regret, doar după ce provocatorul va face denunțarea, cu bună-ştiință falsă, la organul de urmărire penală. Iată de ce considerăm necesar de a fi incriminată într-un articol aparte fapta de provocare a coruperii, potrivit căruia infracțiunea ar putea fi considerată consumată din momentul în care provocatorul a încercat să transmită careva valori. La fel, în sprijinul opiniei enunțate invocăm şi faptul că, în absența unei asemenea norme, în afara reglementării penale rămân şi fapte de provocare a coruperii pasive săvârşite în scop de şantaj.

La fel, la aprecierea faptului dacă a existat sau nu o provocare a infracțiunii de corupere pasivă, considerăm oportun şi chiar obligatoriu de a face trimitere la Hotărârea CEDO pronunțată în cazul *M. Kestas Ramanausckas împotriva Lituaniei*.[9]

Potrivit circumstanțelor de fapt, reclamantului M. Kestas Ramanausckas, care în perioada anilor 1998-1999 activa în funcția de procuror, un ofițer operativ din cadrul unui serviciu special anticorupție, A.Z., prin intermediul lui V.S., i-a propus în repetate rânduri 3000 dolari SUA pentru clasarea unei cauze penale. Obținând acordul lui M. Kestas Ramanausckas de a primi banii, A.Z. a depus un raport prin care a solicitat autorizarea organizării măsurilor operative de investigație în vederea reținerii în flagrant a inculpatului, ceea ce a şi fost făcut. Instanțele naționale ale Lituaniei, condamnându-1 pe M. Kestas Ramanausckas, au invocat că din partea autorităților nu a avut loc o incitare la comiterea infracțiunii, în special indicându-se că „conform materialelor cauzei, nu sunt careva probe care ar demonstra că voința inculpatului a fost suprimată, ceea ce nu i-ar fi permis să evite un comportament ilegal. A.Z. nu i-a ordonat şi nu 1-a amenințat pe inculpat, ultimul fiind conştient de faptul că primeşte avantaje necuvenite".

Curtea a menționat că ea nu neagă faptul că este destul de dificilă probarea unor categorii de infracțiuni, printre care şi cele legate de corupție. Pentru a le putea combate, poliția este nevoită să recurgă din ce în ce mai des la agenții infiltrați, la informatori şi la practica transmiterii avantajelor necuvenite „sub control", ceea ce, de altfel, este permis şi de către Convenția penală a Consiliului Europei, care la §35 prevede posibilitatea aplicării de tehnici speciale în lupta cu criminalitatea organizată şi corupția, cu condiția ca acestea să nu aducă atingere drepturilor fundamentale ale omului. Totodată, dacă utilizarea agenților infiltrați poate fi tolerată, în măsura în care sunt protejate drepturile omului, atunci în nici un caz nu poate fi luată o poziție similară față de provocarea polițienească, aceasta condiționând existența unui proces inechitabil.

Va fi provocare polițienească ori de câte ori polițiştii nu se vor limita la o examinare permanentă, dar pasivă a activității criminale, exercitând asupra făptuitorului o influență de natură să instige comiterea unei infracțiuni, pentru ca ulterior să tragă persoana la răspundere penală. Nu va fi însă provocare când persoanele care transmit avantajele necuvenite au început să colaboreze cu organele de poliție după ce deja avusese loc contactul cu făptuitorul şi, respectiv, polițiştii doar au controlat transmiterea avantajelor necuvenite.

Mai mult ca atât, din moment ce făptuitorul a declarat că a fost provocat la primirea avantajelor necuvenite,

de obligația instanței este să verifice temeinicia acestor afirmații şi să se expună asupra acestora.

Curtea a reținut că în cadrul şedințelor de judecată nu a fost audiat V.S., locul aflării căruia nu a putut fi stabilit.

Conform materialelor cauzei, solicitarea privind autorizarea măsurilor operative privind transmiterea „sub control" a fost făcută în momentul în care A.Z. deja luase contact, prin intermediul Iui V.S., cu petiționarul, ultimul acceptând să primească suma de 3000 dolari SUA. Pentru Guvern această cronologie a fost suficientă pentru a considera că A.Z. şi V.S. au acționat cu titlu privat şi, respectiv, au autorizat transmiterea „sub control" a avantajelor necuvenite, pentru a documenta o infracțiune care deja se plănuia să fie săvârşită. Insă, autoritățile naționale nu se pot exonera de răspunderea pentru acțiunile de natură polițienească pe care le-a săvârşit A.Z. cu „titlu privat". Responsabilitatea autorităților este cu atât mai evidentă cu cât acțiunile înfăptuite de către A.Z., până la raportare, sunt în afara oricărui cadru legal, nefiind autorizate de judecător.

De către autorități nu au fost date careva explicații cu privire la motivele personale ale lui A.Z., care „din propria sa inițiativă" a intervenit pe lângă petiționar, neputând fi reținut că acesta avea în examinare un dosar operativ, care însă nu poate fi prezentat, deoarece a fost distrus odată cu expirarea termenului de prescripție de cinci ani.

Pentru a stabili dacă A.Z. şi V.S. s-au limitat sau nu la „examinarea permanentă şi pasivă a actului ilicit", Curtea a reținut următoarele: în primul rând, conform materialelor cauzei, nimic nu atestă faptul că reclamantul a mai comis anterior careva infracțiuni de corupție. De asemenea, cum reiese din convorbirile telefonice, toate întâlnirile aveau loc la inițiativa lui A.Z., ceea ce contrazice afirmațiilor Guvernului că reclamantul nu a fost supus la presiuni sau amenințări. Astfel, reclamantul a cedat insistențelor lui A.Z. şi V.S. de a comite infracțiunea, fără să fi avut intenția inițială de a o săvârşi.

Aceste circumstanțe au permis Curții să constate că A.Z. şi V.S. nu s-au limitat la simpla examinare permanentă şi pasivă a actului ilicit.

Astfel, ținând cont de cele expuse, Curtea, luând în considerație pericolul social al faptelor de corupție şi dificultatea documentării acestora, totuşi a estimat că acțiunile lai A.Z. şi V.S. au avut ca efect provocarea reclamantului la săvârşirea infracțiunii pentru care a fost condamnat şi nimic nu indică la faptul că, fără intervenția lor, infracțiunea ar fi fost comisă.

Note:

[1] Legea privind activitatea operativă de investigație, nr.45-XII din 12.04.1994 (republicată în Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1994, nr.5/133).

[2] V.Zubco. *Jurisprudența privind infracțiunile de corupție.* – Chişinău: Ulysse, 2003 p.83.

[3] Affaire *Teixera de Castro c. Portugal*. Requete nr.44/1997/828/1034, 09.07.1998, www.echr.coe.int/echr/hudoc

[4] *A se vedea:* N.Mole, C.Harby. *Dreptul la un proces echitabil. Ghid privind punerea în aplicare a Articolului 6 al Convenției Europene pentru Drepturile Omului.* – Chişinău, 2003, p.49.

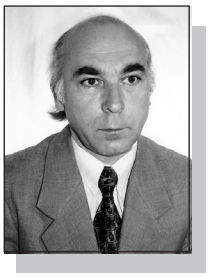
[5] Affaire Unel c. Turquie, Requete nr.35686/02, 27.08.2008 www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc.

[6] *A se vedea:* П.Янин. *Взяточничество и должностное злоупотребление*. – Москва: «Бизнес-школа» Интет – Синтез, 2001, p.61-62.

[7] *A se vedea:* Б.Волженкин. *Провокация или оперативный эксперимент* // Законность, 1996, nr.6, p.29.

[8] Н.Егорова. *Провокация взятки либо коммерческого подкупа* // Российская юстиция, 1997, nr.8, p.27.

[9] Affaire *Ramanauskas c. Lituanie.* Requete nr.74420/01, 05.02.2008 www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc.



PROTECŢIA CONSUMATORULUI ÎN VIZIUNEA LEGISLAŢIEI ROMÂNEŞTI ŞI A CELEI COMUNITARE

Ion ŢUŢUIANU,
doctor în drept, lector universitar (Universitatea de Stat din Bacău)

SUMMARY

In the globalization epoch when the consumption phenomenon appears, dignifies in the juridical domain a new branch which is the „consumption law". The European Union extension induce the newest members (of U.E.) the necessity of harmonization of the law by transposition of the following directives: nr. 87/102/CE; 84/450/EEC; 92/59/EEC; 99/44/EC; 85/374/; 98/27/EC; 97/7/EC; 87/577/EEC. All these generated in Romania a series of internal regulations, for which is responsible the National Authority for the Consumers' Protection.

Dincolo de disputa europeano-americană* asupra întâietăţii lansării noţiunii, legislaţia românească defineşte ***consumatorul*** ca fiind persoana fizică care dobândeşte, utilizează şi consumă, ca destinatar final, produse obţinute de la agenţi economici sau care beneficiază de servicii prestate de aceştia.[1]

Chiar dacă cei doi factori determinanţi – atât producătorul, cât şi consumatorul – au o colaborare încă din antichitate, accentul protejării consumatorului a fost determinat în ultimele decenii de dezvoltarea ştiinţei, a tehnicii şi tehnologiei, a comerţului şi a pieţelor de desfacere, când consumatorul a fost pus în faţa unor produse din ce în ce mai complexe, protejarea apărând ca o necesitate care s-a materializat în legislaţie. Dacă în perioada 1940-1989 statul se considera potectorul cetăţenilor, neputându-se pune la îndoială calitatea produsului aparţinând statului care îşi aroga atribute de atotbun, atotştiutor şi a toate protector, după 1989, când se abandonează economia centralizată, trecându-se la economia de piaţă, apare interesul protecţiei consumatorului, determinat fiind şi de dorinţa integrării în structurile europene.

Totodată, în perioada de tranziţie, care în mod dirijat nu se mai termină, se constată practici incoerente ale comercianţilor în relaţia cu consumatorul. Cea dintâi reglementare pe această temă s-a concretizat în Ordonanţa Guvernului nr.21/1992 privind protecţia consumatorilor şi care prevede: „Statul, prin mijloacele prevăzute de lege, protejează cetăţenii în calitatea lor de consumatori, asigurând cadrul necesar accesului neîngrădit la produse şi servicii, informării lor complete despre caracteristicile esenţiale ale acestora, apărării şi asigurării drepturilor şi intereselor legitime ale persoanelor fizice împotriva unor practici abuzive, participării acestora la fundamentarea şi luarea deciziilor ce îi interesează în calitate de consumatori".

Sub incidenţa aceleiaşi Ordonanţe cad „produsele noi care sunt comercializate, folosite sau recondiţionate şi serviciile destinate consumatorilor, cu excepţia produselor care se comercializează ca antichităţi şi a produselor necesar a fi reparate sau recondiţionate pentru a fi utilizate, cu condiţia ca operatorul economic să informeze cumpărătorul despre aceasta".

Tematica a atins un aşa interes în faţa revoluţiei comerciale transformate rapid în consumism pur, iar consumatorul fiind adesea neglijat, tratat ca simplu spectator în faţa unor produse de proastă calitate ori periculoase, publicitate înşelătoare, infantilizarea consumatorului prin jocuri şi concursuri cu miză economică în rândul cărora s-ar putea încadra înşelătoarele jocuri de tip caritas sau transmisiuni televizate cu false previziuni ale viitorului individului care sună prin telefon.

În faţa acestei tehnici agresive de vânzare s-a impus o aşa-zisă „mişcare consumistă," ale cărei origini pornesc din SUA, extinzându-se apoi în Europa, formându-se un adevărat grup de presiune urmărind şi informarea, educarea consumatorilor, ajungându-se până la crearea unui „drept al consumaţiei".[2]

Astfel, România adoptă, prin Legea nr.296 din 18 iunie 2004, Codul consumului, care defineşte consumatorul ca fiind „orice persoană fizică sau grup de persoane fizice constituite în asociaţii care cumpără, dobândesc, utilizează ori consumă produse sau servicii în afara activităţii profesionale".[3] Tot în acest sens sunt adoptate şi alte acte normative, ca: Legea nr.240 din 7 iunie 2004 privind răspunderea producătorilor pentru pagubele generate de produsele defecte, precum şi Legea nr.37 din 16 ianuarie 2002 privind aprobarea Ordonanţei Guvernului nr.58/2000 pentru modificarea şi completarea Ordonanţei Guvernului nr.21/2000

*Americanii susţin că noţiunea a fost exprimată pentru prima dată de preşedintele SUA, John Kennedy, în faţa Congresului, în anul 1962, în timp ce europenii susţin că aparţine economiştilor europeni, folosită în timpul crizei din 1930.

privind protecția consumatorilor. Printre drepturile enumerate de consumator se află: cel de a fi protejați împotriva riscului de a achiziționa un produs sau de a li se presta un serviciu care ar putea să le prejudicieze viața, sănătatea sau securitatea ori să le afecteze drepturile şi interesele legitime; de a fi informați complet, corect şi precis asupra caracteristicilor esențiale ale produselor şi serviciilor, astfel încât decizia pe care o adoptă în legătură cu acestea să corespundă cât mai bine nevoilor lor, precum şi de a fi educați în calitatea lor de consumatori, de a avea acces la piețe care le asigură o gamă variată de produse şi servicii de calitate, de a fi despăgubiți pentru pagubele generate de calitatea necorespunzătoare a produselor şi serviciilor, folosind în acest scop mijloace prevăzute de lege, de a se organiza în asociații pentru protecția consumatorilor, în scopul apărării intereselor lor.

Aplicarea legislației amintite se face prin intermediul *Autorității Naționale pentru Protecția Consumatorilor*[4], aflată în subordinea Guvernului, care:

a) cordonează şi realizează strategia şi politica Guvernului în domeniul protecției consumatorilor, acționează pentru prevenirea şi combaterea practicilor care dăunează vieții, sănătății, securității şi intereselor economice ale consumatorilor;

b) asigură armonizarea cadrului legislativ național cu reglementările din Uniunea Europeană în domeniul protecției consumatorilor;

c) desfăşoară activitatea de informare şi educare a cetățenilor privind drepturile pe care le au în calitate de consumatori;

d) evaluează efectele pe piață ale sistemelor de supraveghere a produselor şi serviciilor destinate consumatorilor;

e) efectuează activități de analiză şi marcare a metalelor prețioase şi aliajelor lor şi de expertizare a acestora şi a pietrelor prețioase;

f) autorizează persoanele fizice şi juridice, în condițiile legii, să efectueze operațiuni cu metale prețioase, aliaje ale acestora şi pietre prețioase;

g) este autoritatea desemnată pentru aplicarea Programului de atestare a procesului Kimberley.

Orice contract încheiat între comercianți şi consumatori pentru vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii va cuprinde clauze contractuale clare, fără echivoc, pentru a căror înțelegere nu este necesar a avea cunoştințe despre ele.

Un domeniu de mare actualitate, care cuprinde un număr impresionant de consumatori şi nu putea să rămână nereglementat, este cel legat de furnizarea serviciilor de Internet, avându-se în vedere că datele şi informațiile accesate pe Internet pot cauza prejudicii persoanelor fizice şi juridice. Pe de altă parte, răspunderea civilă a comercianților care furnizează servicii de acces sau găzduire este una dintre chestiunile controversate, având-se în vedere şi miza economică, dar şi faptul că în cursul primilor ani ai generalizării Internetului anumite grupuri reprezentând interesul intermediarilor au pus în valoare, cu succes, oportunitatea de a prevedea în beneficiul lor o exonerare de răspundere.[5] Preocuparea de reglementarea acestui domeniu o aflăm în Statele Unite, unde în legea privitoare la drepturile de autor au fost inserate dispoziții care reglementează şi răspunderea intermediarilor, în legea germană din 1997 şi apoi în Directiva europeană în materie[6] care armonizează anumite aspecte ale regimului răspunderii prestatorilor de servicii on line pentru trei tipuri de activități: simplu transport, caching şi găzduirea informațiilor aparținând unor terți, impunând următoarele principii:

– răspunderea intermediarilor nu poate fi angajată decât în caz de greşeală;

– enumeră limitativ ipotezele în care comportamentul lor va putea fi considerat greşit;

– exclude posibilitatea edictării unei obligații generale de supraveghere a informațiilor transmise sau stocate;

– exclude obligația de a căuta efectiv fapte sau circumstanțe care indică activități ilicite.[7]

Alt organism neguvernamental cu personalitate juridică în domeniu este *Asociația pentru protecția consumatorilor*, având ca scop unic apărarea drepturilor şi intereselor legitime ale membrilor sau ale consumatorilor, în general. Acestea se constituie la nivel național, județean şi local şi pot deveni parteneri sociali cu drept de reprezentare în organismele consultative cu rol în domeniul protecției consumatorilor şi în care organismele administrației publice sunt reprezentate numai dacă au cel puțin 800 de membri. Ele sunt consultate de organismele administrației publice cu atribuții în domeniu şi au dreptul de a fi sprijinite de organele administrației publice centrale şi locale pentru atingerea obiectivelor, de a primi sume de la bugetul de stat şi de la bugetele locale, de a introduce acțiuni în justiție pentru apărarea drepturilor consumatorilor.

Pentru a se asigura cadrul informațional şi organizatoric necesar pentru stabilirea şi aplicarea politicii de protecție a consumatorilor şi corelarea acțiunilor organismelor guvernamentale cu cele neguvernamentale, art.44 din OG nr.21/1992 prevede că atât la nivel central, cât şi la nivel local se constituie *Consiliul consultativ*, format din reprezentanți ai serviciilor publice deconcentrate ale ministerelor, prefect sau primar sau reprezentanții lor, competența şi atribuțiile organismului fiind stabilite de Guvern pe fiecare nivel în parte.

Romania a adoptat în anul 2002 Legea nr.365 privind comerțul electronic, care reglementează regulile răspunderii de servicii, completând, prin art.12,13,14, principiile răspunderii prevăzute în art.998 Cod civil, dar fiind şi o transpunere a Directivei europene în ordinea juridică internă.

Acțiuni concrete în sprijinul consumatorilor le-au constituit elaborarea a două programe preliminare

pentru informarea şi protejarea drepturilor fundamentale ale consumatorilor adoptate de Consiliu la 14 aprilie 1975 şi la 19 mai 1981.[8]

Aceste programe au stabilit următoarele obiective fundamenatale:

– referitor la protecţia intereselor economice ale consumatorilor, s-au adoptat reglementări în privinţa *încheierii contractelor*.

În ţările Uniunii Europene, utilizându-se noţiuni ca „timpul de reflexie", având un rol preventiv, fie instituirea în favoarea consumatorului a unui „drept de răzgândire" ori de retragere a consimţământului acordat.[9] Procedeul constă în a permite consumatorului, posterior semnării unui contract, să revină asupra acceptării emise într-un interval de timp, de regulă 7 zile de la data încheierii contractului.

Ca urmare a negocierilor de aderare a României la Uniunea Europeană, s-a stabilit transpunerea şi implementarea în legislaţia naţională a reglementărilor comunitare privind supravegherea suplimentară a instituţiilor de credit, a societăţilor de asigurări, a societăţilor de servicii, de instituţii financiare şi a societăţilor de administrare a investiţiilor dintr-un conglomerat financiar, prevăzute în Directiva Parlamentului şi a Consiliului 2002/87 CE din 16 decembre 2002, transpusă în legislaţia românească prin Ordonanţa de Urgenţă a Guvernului României nr.98 din 6 decembrie 2006.[10]

O instituţie care a cunoscut o dezvoltare de amploare este cea a creditului pentru consum.

Conceptul descrie o realitate economică extrem de prolifică, achiziţionarea pe credit a unei game tot mai largi de bunuri şi servicii.[11] Dar, cu toată iluzia ce o poate crea, avantajele creditului, consumatorul trebuie protejat de sistemul îndatoririi excesive, prin încheierea unor contracte de credit cărora financiar nu le poate face faţă, capcana cumpărării mult prea pripite a unor bunuri inutile ori inadecvate trebuinţelor sale. Aceasta a determinat nevoia unei reglementaări exprese a condiţiilor de contractare pe credit pentru bunuri de larg consum, care s-a făcut simţită în dreptul românesc prin adoptarea Legii nr.289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor persoane fizice,[12] ca o transpunere a Directivei nr.87/112/CEE.

Sancţiuni pentru încălcarea drepturilor consumatorilor

Ordonanţa nr.21/1992 prevede în art.49 şi măsuri de sancţionare a celor care încalcă normele legale, în vederea limitării prejudicierii consumatorilor.

În principiu, procedura de constatare şi aplicare a sancţiunilor este reglementată în dreptul comun prin OG nr.2/2001 privind regimul juridic al contravenţiilor. Potrivit acestui act normativ, agentul constatator, ca urmare a controlului efectuat, poate dispune aplicarea sancţiunii amenzii contravenţionale, potrivit dispoziţiilor art.50 şi 51, sau poate să ia anumite măsuri pentru limitarea prejudicierii consumatorilor, în temeiul art.55, propunând, totodată, şi sancţiuni complementare. În situaţia când contravenientul nu achită amenda în termen de 30 de zile, neexistând nici posibilitatea executării silite, Autoritatea Naţională pentru Protecţia Consumatorilor va sesiza instanţa de judecată, în vederea înlocuirii amenzii cu sancţiunea obligării contravenientului la prestarea unei activităţi în folosul comunităţii sau, potrivit alin.(2) art.60, transformarea amenzii în închisoare contravenţională.

Agentul constatator are posibilitatea să dispună şi: oprirea definitivă a comercializării şi retragerea din circuitul consumului uman a produselor, oprirea temporară a prestării serviciilor, importului, fabricaţiei, comercializării produselor sau a utilizării acestora la prestarea serviciilor, până la remedierea deficienţelor, distrugerea produselor periculoase oprite definitiv de la comercializare, dacă acestea constituie singurul mijloc care face să înceteze pericolul. Dintre măsurile complementare care pot fi luate menţionăm: închiderea temporară a unităţii pe o durată de cel mult 6 luni, închiderea temporară a unităţii pe o durată de la 6 luni la 12 luni, închiderea definitivă a unităţii, suspendarea sau retragerea, după caz, a avizului, acordului sau a autorizaţiei de executare a unei activităţi. Propunerea sancţiunilor complementare se face către conducătorii autorităţilor publice, în conformitate cu art.54 din OG nr.21/ 1992.

Note:

[1] *A se vedea:* C.T. Ungureanu. *Drept internaţional privat. Protecţia consumatorilor şi răspunderea pentru produsele nocive.* – Bucureşti: ALL Beck, 1999, p.4.

[2] *A se vedea:* J.Goicovici. *Dreptul consumaţiei.* – Cluj-Napoca: Sfera Juridică, 2006, p.16.

[3] Anexă la Codul consumului, p.13.

[4] Înfiinţată prin H.G. nr.755/2003, H.G. nr.2009/2005 şi H.G. nr.1121/2005.

[5] *A se vedea:* V.-V. Patriciu, I.Vasiu, G.-P. Şerban. *Internetul şi dreptul.* – Bucureşti: All Beck, 1999, p.3.

[6] www.juriscom.net/espace2/2ce0615.htm.

[7] *A se vedea:* M.Bocşa. *Răspunderea comercianţilor în contractele de furnizare de servicii Internet //* Revista de Drept Comercial, 2009, nr.3, p.48.

[8] *A se vedea:* O.Manolache. *Drept comunitar.* – Bucureşti: ALL Beck, 2002, p.345.

[9] *A se vedea:* N.Diaconu. *Dreptul Uniunii Europene.* – Bucureşti: Lumina Lex, 2007, p.292.

[10] *A se vedea:* D.Mazilu. *Transpunerea şi implementarea reglementărilor comunitare privind supravegherea suplimentară a instituţiilor de credit, a societăţilor de asigurare şi sau reasigurare, a societăţilor de servicii de investiţii financiare şi a societăţilor de administrare a investiţiilor dintr-un conglomerat financiar //* Revista de Drept Comercial, 2007, nr.11, p.58.

[11] *A se vedea:* Gh.Stancu. *Corelaţia dintre normele comunitare şi cele interne în privinţa protecţiei consumatorilor //* Revista de Drept Comercial, 2008, nr.1, p.14.

[12] Monitorul Oficial al României, 2004, nr.611, Partea I.

REGLEMENTĂRI JURIDICE PRIVIND FORMELE DE GUVERNĂMÂNT DIN SOCIETĂȚILE CU DEMOCRAȚIE TÂNĂRĂ

Serghei MIŞIN,
jurist

SUMMARY
The article is devoted to the study of the modern parliamentarism. The problems of separation of powers in a state during the transition period is accentuated. The mechanism of separation, cooperation and counterbalance in the activity of branches of the state in parliamentary republic is analyzed.

Schimbările radicale care au avut loc în structura politică, economică şi socială a statelor socialiste din Europa Centrală şi de Est către sfârşitul anilor ’90 au determinat apariţia unui nou regim, ce implica construcţia instituţională a statului, care, de altfel, practic în nici o ţară nu a trecut numai cu succese, ci şi cu crize de regim politic.

Trecerea ţărilor Europei Centrale şi de Est de la un regim totalitar la unul democratic a pus în centrul atenţiei construcţia unui stat nou şi alegerea formei de guvernământ care să corespundă structurii acestuia.

Ţările din Europa Centrală şi de Est au pledat, de regulă, pentru un stat unitar. Aceasta pentru că federalismul a suferit în aceste ţări eşecuri importante. Să ne amintim de Iugoslavia, cu războiul de secesiune ce a avut un efect deosebit de tragic, de Cehoslovacia, cu divorţul de catifea, care a decurs destul de paşnic şi în rezultatul căruia s-au format două state independente – Cehia şi Slovacia.

Statul unitar este prevăzut în Constituţia Poloniei din aprilie 1997, prin art.3: „Republica polonă este un stat unitar”, în Constituţia Cehiei din 1992 prin art.1: „Republica Cehă este un stat de drept suveran, unitar şi democratic, fondat pe respectul drepturilor şi libertăţilor omului şi cetăţeanului”. În Constituţia Ungariei nu este prevăzut *expresis verbis* caracterul unitar al statului. Art.5 al acesteia stipulează că „Republica Ungaria salvgardează libertatea şi puterea poporului, suveranitatea şi integritatea teritorială a ţării, frontierele înregistrate în tratatele internaţionale”. Constituţia României prevede la art.1: „România este stat naţional, suveran şi independent, unitar şi indivizibil”.

Este cunoscut că sistemul politic al societăţii include totalitatea instituţiilor statale şi nestatale, luate în unitatea şi interacţiunea lor, care participă, într-un fel sau altul, la viaţa politică a ţării. Instituţiile statului se învestesc conform Constituţiei întru organizarea puterii în stat.

Forma de guvernământ desemnează modul de organizare şi exercitare a puterii de stat, structura internă şi externă a conţinutului puterii.[1]

Forma de guvernământ constituie aspectul cel mai pregnant al statului, al exercitării puterii prin intermediul organelor statului şi împărţirea competenţei între ele. Ea se raportează, în principiu, la trăsăturile definitorii ale şefului de stat şi la raporturile sale cu puterea legiuitoare.[2]

Altfel spus, forma de guvernământ este modul în care sunt constituite şi funcţionează organele supreme, ea se referă la metodica de constituire a organismelor de guvernare în stat, de organizare şi stabilire a competenţelor lor.[3]

În doctrina dreptului constituţional nu există o părere unitară asupra noţiunilor „formă de guvernământ” şi „regim politic”. În special, în dreptul constituţional francez aceste categorii uneori se utilizează în condiţii echivalente,[4] alteori comportă şi anumite valenţe de categorie şi parte componentă a categoriei.[5] În doctrina rusă prof. V.V. Maklakov face o diferenţiere netă între aceste concepte.[6]

Iată de ce în statele postcomuniste ale Europei Centrale şi de Est problema limitării prerogativelor şefului statului a fost una dintre cele mai importante probleme în perioada „meselor rotunde” şi a fost rezolvată în folosul alegerii formei de guvernământ – republică parlamentară (Ungaria), sau a unei forme mixte: parlamentară-prezidenţială (Polonia, România).[7]

Preşedintele României nu are o posibilitate reală de a dizolva parlamentul. Prevederile art.89 alin.(1) stipulează condiţionarea dizolvării parlamentului de respingerea de către acesta de două ori în 60 de zile a votului de încredere pentru formarea guvernului.

În România, durata mandatului prezidenţial (4 ani) diferă de durata acestuia în Ungaria, Cehia, Slovacia (5 ani).

În doctrină se obişnuieşte a prezenta sistemul prezidenţialist prin trei caracteristici principale:

– alegerea directă a preşedintelui;

– alegerea prin scrutin majoritar a parlamentarilor;

– puterea reală de a dizolva parlamentul.

Cele trei elemente considerate esențiale pentru definirea sistemului politic prezidențialist nu întotdeauna se respectă. Practica vieții sociale şi politice din perioada de tranziție de la sistemul totalitar la sistemul democratic este deosebit de diversificată.

Din punctul de vedere al dreptului constituțional, putem vorbi despre două modele de regim politic: semiprezidențial şi parlamentar. Şi aici intervin partidele politice. Rolul partidelor politice este determinant pentru construcția instituțională. Modul în care sunt organizate, rolul liderilor în viața de partid, capacitatea lor de a guverna – toate acestea formează elementele vieții politice ale unui stat.

Se ştie că forma de guvernământ, cum este republica parlamentară, se caracterizează prin participarea partidelor la viața politică, iar disciplina de partid asigură liderilor posibilitatea de a controla parlamentul. Orientarea spre funcția de preşedinte al țării şi spre funcția de prim-ministru sunt hotărâtoare. Aceşti factori devin definitorii în viața politică.

Schimbările în aceste domenii au loc permanent: un partid monopolist, un echilibru sau neechilibru al partidelor reprezentate în parlament.

Constituția, după părerea noastră, nu poate să cuprindă tot divertismentul lor. De aceea, după cum e şi firesc, ea trasează doar liniile generale.

În doctrină se consideră, pe bună dreptate, că un rol important în această direcție îl are cultura politică. Cultura politică „îşi pune amprenta de o manieră indirectă, dar profundă, asupra regimului politic. Neluarea ei în considerație poate duce la separare între acțiunea politică şi tendința generală a societății.

Or, forțele politice care influențează funcționarea regimului sunt dependente de sistemul de atitudini şi comportamente politice general acceptate”.[8]

„Dacă o parte a funcționarilor publici afirmă că la noi există deja o societate civilă matură, iar statul şi comunitatea în întregime sunt democratice, apoi alții consideră că suntem doar la început de cale. Principalul constă în faptul ca direcția aleasă să fie corectă, să nu pornim pe cale greşită. Temei pentru o atare teamă îl constituie faptul că noțiunile „societate civilă” şi „democrație” sunt interpretate foarte variat şi nu rareori eronat. În unele publicații se pot întâlni sugestii, potrivit cărora aceste două noțiuni importante sunt utilizate pentru speculații politice, făcându-se multă demagogie, afirmându-se că, de fapt, actuala guvernare doreşte doar în vorbe integrare europeană cu o societate civilă dezvoltată şi democrație largă, dar în realitate nu întreprinde nimic în acest sens”.[9]

Or, instituțiile judiciare şi mecanismele independente, imparțiale şi eficiente de supraveghere constituie garanți ai reglementărilor legale pe care democrația este fundamentată. Pentru ca aceste instituții şi mecanisme să asigure deplina respectare a legii, să-şi îmbunătățească justețea proceselor şi să îndrepte injustițiile, trebuie să existe accesul la toate remediile administrative şi judecătoreşti pe baza egalității, precum şi respectarea hotărârilor administrative şi judecătoreşti, atât de către organele statului, cât şi de către reprezentanții autorității publice, precum şi de către fiecare cetățean.[10]

Republica Moldova, pe parcursul unei perioade mici de independență şi suveranitate, a experimentat, cu anumite rezerve, mai multe forme de guvernământ: prezidențială, semiprezidențială şi, în cele din urmă, după anul 2000 – republică parlamentară.

Dacă e să ne referim la Constituția Republicii Moldova, adoptată la 29 iulie 1994, relativ la forma de guvernământ se subliniază că în regimul politic puterea constituie un „lucru public”, iar deținătorii ei o exercită nu în virtutea unui drept propriu, ci a unui mandat, conferit de corpul special, fără să specifice dacă ea este parlamentară, prezidențială sau semiparlamentară.

De altfel, în mai multe constituții ale statelor lumii nu se stipulează *expresis verbis* forma de guvernământ. Aceasta pentru că forma de guvernământ a unui stat este mereu în schimbare, mereu în transformare în raport cu condițiile social-politice şi economice noi, create în societate. Făcând lumină în această direcție, vom observa, mai ales, că statele de democrație tânără din Europa Centrală şi de Est, după ce au scuturat jugul totalitar, în evoluția lor spre un stat de drept au schimbat mai multe forme de guvernământ.

„Forma organizării de stat intră ca o componentă indispensabilă a sistemului statal de drept al Europei Centrale şi de Est, care şi-au pus scopul organizării unei societăți civile, a unei democrații reale, scopul creării statului de drept, una dintre componentele definitorii ale căruia este dominația dreptului, a Constituției şi a Legii”.[11]

„Reforma constituțională din iulie 2000 a stabilit în Republica Moldova starea juridică privilegiată a Parlamentului, a învestit cu prerogative destul de largi Guvernul țării şi a păstrat împuternicirile constituționale pentru activitatea fructuoasă a şefului de stat – Preşedintele Republicii Moldova”.[12]

Există însă şi opinia că regimul parlamentar din Republica Moldova este doar o variantă de tranziție de la forma de guvernământ mixtă la republica parlamentară.[13]

De altfel, se ştie că „ ... democrația nu constă doar în simpla existență a instituțiilor politice democratice alese liber şi corect, ci şi în modul permanent şi efectiv de participare a cetățenilor la luarea deciziilor. Reconsiderarea cetățeanului, transformarea sa în autentic centru al vieții politice, fără de care democrația rămânea doar

o simplă iluzie, implică responsabilitatea şi responsabilizarea actorilor politici importanți: instituțiile de stat, organizațiile civile, mass-media.

Consultarea cetățenilor presupune asumarea matură a responsabilității politice pe care votul o conferă actorilor politici. Responsabilitatea parlamentară tradițională se cere transformată în coresponsabilitate, într-o colaborare conştientă şi sistematică între politicieni şi alegători. Doar astfel încrederea în valorile şi practicile democratice şi în instituțiile ce le realizează, poate constitui un fundament al stabilității dinamice a sistemului democratic”.[14]

Note:

[1] *A se vedea:* Gh.Costachi. *Forma de guvernământ şi eficiența mecanismului de guvernare //* Legea şi Viața, 2000, nr.5, p.10.

[2] *A se vedea:* I.Muraru. *Drept constituțional şi instituții politice***.** – Bucureşti: ACTAMI, 1997, p.147.

[3] *A se vedea:* Gh.Costachi. *Statul de drept: între teorie şi realitate***.** – Chişinău, 2000, p.128.

[4] *A se vedea:* G.Hermet et al. *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques.* 4-edition. – Paris, 2000, p.240.

[5] *A se vedea:* M. de Williers. *Dictionnaire de droit constitutionnel***.** – Paris: Dalloz, 1998, p. 174.

[6] *A se vedea:* В.В. Маклаков. *Предисловие к русскому изданию книги Ж.-П. Жаке. Конституционное право и политические институты:* Учебное пособие / Перевод с франц. – Москва: Юристъ, 2002, p. 14-15.

[7] *A se vedea:* А.Медушевский. *Размышления о современном российском конституционализме.* – Москва: РОССПЭН, 2007, p.145.

[8] Cr.Pîrvulescu. *Politici şi instituții politice.* – Bucureşti: Trei, 2000, p.80.

[9] Rezoluția Mesei rotunde ştiințifico-practice „Spre o societate civilă, democratică prin drept” // Revista Națională de Drept. 2006, nr.12, p.81.

[10] *A se vedea:* M.Drilea. *Organizarea statului Republica Moldova potrivit principiului separației puterilor, prevăzut în Constituție //* Legea şi Viața, 2008, nr.2, p.41-44.

[11] Gh.Costachi. *Organizarea de stat – componentă de bază a statalității //* Revista Națională de Drept, 2007, nr.3, p.33-34.

[12] В.М. Иванов. *Конституционное право Республики Молдова.* – Кишинэу: УЛИМ, 2000, p.274.

[13] *A se vedea:* В.Мишин. *Проблемы разделения властей в государстве в переходном периоде.* – Кишинэу, 2003, p.87.

[14] I.Morei. *Funcționarea instituțiilor democratice în Republica Moldova //* Materiale ale Conferinței teoretico-ştiințifice internaționale „Funcționarea instituțiilor democratice în statul de drept”, 25-26 ianuarie, 2003, mun. Bălți. – Chişinău: Tipografia Centrală, 2003, p. 27.

ЮРИДИЧЕСКАЯ СИЛА ОРДОНАНСОВ, ИЗДАВАЕМЫХ ПРАВИТЕЛЬСТВОМ РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА

Олег ПОАЛЕЛУНЖЬ,
докторант (МолдГУ)

Рецензент: ***Григорий ФЁДОРОВ****, доктор права, и.о. профессора (МолдГУ)*

SUMMARY

Starting to create the state of law, Republic of Moldova has assumed the responsibility of selecting the most progressive „juridical manners" in order to settle the social relation, which has brought about an additional study in the fphere of normative acts and in the sphere of juridical power of these acts.

Юридическая сила – сопоставительное свойство нормативно-правовых актов. Она является таковой потому что выражает степень «подчинённости» нормативного акта актам вышестоящих органов. Подчиненность (соответствие) нормативно-правовых актов актам вышестоящих органов, выражением которых является их юридическая сила, и верховенство среди них Конституции и законов представляет собой принцип законности.[1] Необходимость укрепления законности является одной из основных обязанностей государства. Законность – это принцип, заключающийся в том, что все органы государственной власти и государственного управления, все должностные лица, общественные организации и граждане в своей деятельности обязаны точно и неуклонно исполнять законы и основанные на них подзаконные акты.[2]

Согласно ст.102 Конституции Республики Молдова, ордонансы являются нормативными актами высшего исполнительно-распорядительного органа Республики Молдова, т.е. Правительства. Правильное решение вопроса об юридической силе «ордонансов» имеет большое теоретическое и практическое значение. Глубокое исследование этого вопроса явилось одним из мероприятий по ликвидации недостатков и пробелов в разработке правовой теории.

Сложность вопроса состоит в том, что система законодательства бывшей МССР, а после и независимой Республики Молдова, не знала такого нормативного акта как ордонанс Правительства.

Данная новизна для законодательства Молдовы появилась после принятия высшим законодательным органом республики Закона о внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Молдова от 05.07.2000 года, посредством которого изменилась и дополнилась статья 106/2 «Делегирование законодательных полномочий». Таким образом, в целях реализации программы деятельности Правительства, Парламент, по предложению Правительства, может принять специальный закон, уполномочивающий Правительство издавать ордонансы в областях не являющихся предметом органических законов.

По мнению румынских авторов, делегирование законодательных полномочий является одним из разновидных способов взаимодействия между Парламентом и Правительством в силу принципа разделения властей в государстве. На основании этого принципа, Правительство наделено правом осуществления в определённых условиях законодательной функции.[3] Другими словами, «законодательное делегирование» – деятельность органов публичной власти, на основании парламентских полномочий и в определённых условиях, по принятию нормативно-правовых актов, регулирующих общественные отношения в сфере парламентской компетенции.[4]

При законодательном делегировании форма акта не делегируется, т.е., ордонанс не может носить форму документа на основании которого он создан, однако может иметь равную юридическую силу.[5]

Какова же юридическая сила «ордонанса» как нормативно-правового акта издаваемого высшим исполнительно-распорядительным органом Республики Молдова и какую ступень в иерархической лестнице законодательства он занимают?

Как уже отмечалось, под «юридической силой» нормативно-правового акта в юридической литературе принято понимать внутреннее свойство нормативно-правового акта, обусловленное местом органа его принявшего в системе государственных органов и его компетенцией которым он наделяется государством по закону.[6]

В зависимости от этих же критериев, в каждой стране, а точнее, в каждой правовой системе устанавливается строгая иерархия, т.е. строгая система расположения, соподчинённости нормативно-правовых актов,[7] которая, рассматриваемая в связи с решающим принципом иерархического построения нормативных актов – верховенством закона, является основанием для разделения нормативных юридических актов на две группы: *законы* и *подзаконные акты*.[8]

Отметим, что нормативные акты высших исполнительно-распорядительных органов

Республики Молдовы в виде ордонансов авторы юристы относят к подзаконным нормативным актам.[9]

Из скудной практики по наделению Правительства Республики Молдова полномочиями по изданию «ордонансов» можно сделать вывод, что данная необходимость возникает в тот промежуток времени, когда парламентёры находятся на каникулах, т.е., после завершения предыдущей сессии Парламента и до возобновления очередной. К примеру, 11.07.2003 года Парламент Республики Молдова принял Закон о наделении Правительства полномочиями по изданию ордонансов, в котором говорится, что, согласно ст.1 органического закона №304 от 11.07.2003, на основании ст.106/2 Конституции Республики Молдова, со дня вступления в силу настоящего закона, но не ранее завершения первой очередной сессии Парламента 2003 года и до возобновления его работы во второй очередной сессии, Правительство уполномочивается издавать ордонансы в следующих областях, не являющихся предметом органических законов:

а) регулирование использования государственных резервов для обеспечения продовольственной, фуражной, ветеринарной и фитосанитарной безопасности в целях возмещения возможного ущерба от стихийных бедствий, эпидемий, эпизоотий и др.;

б) регулирование в рамках законодательства обеспечения энергетической безопасности национальной экономики.

Статья 2 – Ордонансы, изданные Правительством на основании статьи 1, не подлежат утверждению Парламентом и вступают в силу со дня их опубликования в Официальном Мониторе Республики Молдова.

Статья 3 – Правительству представлять Парламенту изданные им ордонансы в трёхдневный срок со дня подписания. Несоблюдение указанного срока влечёт недействительность ордонансов.

Таким образом, государство санкционировало акт Правительства именуемым «ордонансом», придавая ему юридическую силу равную ординарному закону, т.е., умалчивая, законодатель, признаёт, что «ордонансы» являются теми же ординарными законами в материальном, но не в формальном смысле.[10]

Другой аспект, на который следует обратить внимание в данном контексте – часть (4) ст.106/2 Конституции Республики Молдова, устанавливающая, что если это предусмотрено уполномочивающим законом, «ордонансы» подлежат утверждению Парламентом. Проект закона об утверждении ордонансов представляется в срок, установленный уполномочивающим законом. Несоблюдение этого срока влечёт недействительность «ордонанса». Если Парламент не отклоняет проекта закона об утверждении ордонансов, последние остаются в силе.

Из содержания данной статьи можно сделать вывод о существовании двух видов ордонансов Правительства:

1) ордонансы, подлежащие обязательному утверждению Парламентом *и*

2) ордонансы, не подлежащие утверждению Парламентом.

Объяснения по поводу различия этих двух видов ордонансов находим и у румынских авторов. К примеру, Тудор Дрэгану отмечает, что юридические нормы ордонансов, не подлежащие утверждению Парламентом, действуют в том промежутке времени, в котором Парламент уполномочил Правительство издавать ордонансы. После истечения этого срока, нормы, которые содержатся в ордонансе, теряют свою юридическую силу, т.е. данная категория норм является временной. И наоборот, ордонансы, утверждённые Парламентом, как правило, действуют до их официальной отмены, изменения, временного приостановления и т.д. Автор также придерживается мнения, согласно которому нормы, устанавливаемые правительством в ордонансе, обладают силой закона, границы и условия действия которого зависят от усмотрений уполномочивающего закона.[11]

В заключении можно сказать, что в иерархической лестнице системы правовых актов ордонансы Правительства занимают то же место и обладают той же юридической силой что и ординарные законы.

Подтверждением наших выводов служит и часть (5) ст.106/2 Конституции Республики Молдова, которая указывает, что после истечения срока установленного для издания «ордонансов», они могут быть признаны утратившими силу, приостановлены или изменены только законом.

Литература:

[1] В.Чебан. *Основные черты нормативно-правовых актов //* Закон и Жизнь, 2007, №1, с.20.

[2] В.М. Чхиквадзе. *Государство, демократия, законность.* – Москва, 1967, с.382.

[3] M.Preda. *Drept Administrativ. Partea Specială.* – Bucureşti: Lumina LEX, 2001, p.75.

[4] N.Lungeanu. *Noțiunea delegării legislative: concepte şi opinii* // Legea şi Viața, 2006, nr.1, p.28.

[5] *Там же,* с.29.

[6] *Основы государства и права* / Под общей редакцией С.А. Комарова. – Москва: Манускрипт, Русь-90, 1996, с.45.

[7] М.Н. Марченко. *Теория Государства и Права.* 2-е издание. – Москва: Проспект, 2004, с.513.

[8] *Там же*, с.44.

[9] *См., например:* Gh.Avornic. *Teoria generală a dreptului.* Ediția a doua. – Chişinău, Cartier Juridic, 2004, p.291; B.Negru, A.Negru. *Teoria generală a dreptului şi statului.* – Chişinău: Bons Offices, 2006, p.317; Г.Фёдоров. *Теория государства и права*. – Кишинэу: Реклама, 2004, p.337; Г.Фёдоров. *Юридические коллизии: понятие, причины, виды и способы их предотвращения //* Закон и Жизнь, 2007, №1, с.8.

[10] M.Corj, V.Balmuş, N.Lungean. *Aspecte ale delegării legislative //* Legea şi Viața, 2006, nr.9, p.7.

[11] T.Drăganu. *Drept Constituțional şi Instituții Politice:* Tratat elemetar. – Bucureşti: Lumina LEX, 1998, p.135.

Semnat pentru tipar 9.10.2009. Formatul 60x84 1/8.
Tipar ofset. Coli tipar conv. 10,5. Tiparul executat la tipografia Î.S, „Dinamo”.
Tiraj – 650.