

REVISTA NAȚIONALĂ DE DREPT

(Publicație periodică științifico-practică)

nr. 5 (163) 2014

Certificatul de înregistrare
nr. 1003600061124 din 27 septembrie 2000

Publicație acreditată de Consiliul Suprem
pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică
al Academiei de Științe a Moldovei prin
Hotărârea nr. 61 din 30.04.2009

Categoria C

FONDATORI:

Universitatea de Stat din Moldova
Universitatea de Studii Politice
și Economice Europene
„Constantin Stere” din Moldova
Uniunea Juriștilor din Moldova

REDACTOR-ȘEF

Gheorghe AVORNIC

REDACTOR-ȘEF ADJUNCT

Sergiu BĂIEȘU

(doctor în drept, conferențiar universitar, decanul Facultății de
Drept, Universitatea de Stat din Moldova)

Stilizator *Antonina DEMBIȚHI*

Machetator *Maria BONDARI*

COLEGIUL DE REDACȚIE:

Gheorghe Ciocanu (doctor habilitat în științe fizico-matematice,
profesor universitar, rectorul Universității de Stat din Moldova),
Elena Aramă (doctor habilitat în drept, profesor universitar),
Victoria Arhiliuc (doctor habilitat în drept, profesor universitar),
Flavius-Antoniu Baias (doctor, conferențiar universitar,
decanul Facultății de Drept, Universitatea din București),
Sergiu Brînză (doctor habilitat în drept, profesor universitar),
Cătălin Bordeianu (doctor în drept, profesor universitar, România),
Ion Craiovan (doctor în drept, profesor universitar, România),
Gheorghe Chibac (doctor în drept, profesor universitar),
Spyros Flogaitis (doctor în istorie și drept, profesor universitar
(Grecia), Director al Organizației Europene de Drept Public),
Ion Guceac (doctor habilitat în drept, profesor universitar),
Raisa Grecu (doctor habilitat în drept, profesor universitar,
USPEE „Constantin Stere”),
Ioan Humă (doctor în drept, profesor universitar, România),
Gheorghe Mihai (doctor în drept, profesor universitar, România),
Nicolae Sadovei (doctor în drept, conferențiar universitar),
Andrei Smochină (doctor habilitat în drept),
Florin Streteanu (doctor în drept, profesor universitar, decanul
Facultății de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca),
Vytautas Nekrosius (doctor habilitat în drept,
profesor universitar, Lituania),
Tzyetan Sivkov (doctor în drept, profesor universitar, Bulgaria),
Trebkov A.A. (doctor în drept, profesor, Președintele Uniunii
Juriștilor din Federația Rusă),
Tudorel Toader (doctor în drept, profesor universitar, decanul
Facultății de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza, Iași),
Alexandru Țiclea (doctor în drept,
rectorul Universității Ecologice București, România).

ADRESA REDACȚIEI:

MD 2009, Chișinău, str. Al. Mateevici, 60, bir. 222
Telefoane: 57-77-52, 57-76-90
e-mail: revistadrept@yahoo.com
Indexul PM 31536

SUMAR

Sergiu BRÎNZĂ

Circumstanța agravantă consemnată la lit.h) alin.(2)
art.145 CP RM: studiu de drept penal..... 2

Vitalie STATI

Infrațiunea de împiedicare intenționată a activității
mass-media sau de intimidare pentru critică (art.180¹
CP RM): analiză de drept penal. *Partea I* 8

Iurie MIHALACHE

Întreprinderea: subiect de drept sau obiect al rapor-
turilor civile? 13

Igor BOTEZATU, Nicolae BUZA

Răspunderea penală a participanților la infracțiunile
de război 18

Alexandru CUZNEȚOV, Ghenadie PAVLIUC

Delimitarea lacunelor în drept de alte fenomene și
situații în cadrul procedurii de aplicare a dreptului . 26

Mihai CORJ

Un alt punct de vedere asupra hotărârilor Curții
Constituționale nr. 4 din 22 aprilie 2013 și nr. 36 din
5 decembrie 2013 30

Василий ФЛОПЯ

Принуждение лица к изъятию органов или тканей
с целью трансплантации..... 36

Ilie MĂMĂLIĞĂ, Adrian CREȚU

Leasingul – contract modern în dreptul comerțului
internațional 40

Лейла Ш. АЛИЕВА

Конституционный принцип разделения властей:
новые тенденции 45

Tatiana MACOVEI

Particularitățile încetării raporturilor juridice
de muncă ale femeilor 53

Veronica NEGRU

Tehnici specifice precedentului în dreptul continental 58

Nicolae BUZA

Atentate indecente ca modalitatea infracțiunilor de
război contra persoanelor 62

Octavian PASAT

Stabilirea și analiza juridico-vamală și penală a
infracțiunilor comise pe teritoriul statelor limitrofe. 67

Camelia Nicoleta OLTEANU

Constituția de la 1952 – instrument de legitimare al
partidului 71

Lucia RUSU

Cererile și plângerile – ca modalitate de realizare
a dreptului la un proces penal contradictorial 76

Daniela POPESCU

Drepturile și obligațiile statelor riverane în Zona
Economică Exclusivă..... 80

Augustin PROCOPOVICI

Locul răspunderii financiare (ca formă distinctă) în
sistemul răspunderii juridice 84



CIRCUMSTANȚA AGRAVANTĂ CONSEMNAȚĂ LA lit.h) alin.(2) art.145 CP RM: STUDIU DE DREPT PENAL

Sergiu BRÎNZA,

doctor habilitat în drept, profesor universitar (USM)

REZUMAT

În cadrul prezentului articol, printre altele, se argumentează că, în sensul lit.h) alin.(2) art.145 CP RM, reprezentant al autorității publice este exponentul intereselor oricărei autorități publice centrale sau al autorităților publice locale; militarul este cetățean al Republicii Moldova care îndeplinește serviciul militar, după caz: prin contract; în termen; cu termen redus; ca rezervist concentrat sau mobilizat. Se arată că sintagma „în timpul îndeplinirii obligațiilor de serviciu”, utilizată la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM, presupune că victima – reprezentantul autorității publice sau militarul, atunci când este lipsită de viață, se află în exercițiul funcțiunii, în exercițiul atribuțiilor sale de serviciu. Se relevă că lit.h) alin.(2) art.145 CP RM poate să reprezinte o normă generală față de alin.(3) art.142 și art.342 CP RM.

Cuvinte-cheie: omor, obligații de serviciu, reprezentant al autorității publice, militar, rudă apropiată, victimă.

SUMMARY

In the present article, among others, it is argued that under lett.h) par.(2) art.145 PC RM, the public authority representative is the exponent of the interests of any central or local public authorities; a military is the citizen of the Republic of Moldova who is in military service, by contract or within a time frame, by limited term or is an mobilized or active reservist. In addition, it is shown that the phrase “during service obligations”, used at lett.h) par.(2) art.145 PC RM, means that the victim – the public authority representative or the military, when he loses his life, is in the exercise of his function, in the exercise of his duties. In this regard, it is argued that lett.h) par.(2) art.145 PC RM may be a general norm to par.(3) art.142 and art.342 PC RM.

Keywords: murder, service obligations, public authority representatives, military, close relative, victim.

Rațiunea cuprinderii unei asemenea agravante în Codul penal este condiționată de calitatea unor victime de a fi reprezentanți ai autorității de stat. Ocrotirea autorității de stat împotriva infracțiunilor comise de elemente antisociale și anarhice, care sfidează ideea de lege în Republica Moldova, presupune și ocrotirea vieții funcționarilor, care dețin atribuții ce implică exercițiul acestei autorități. Orice atingere adusă vieții unui reprezentant al autorității publice sau unui militar, care se află în exercițiul funcției sau pentru fapte îndeplinite în exercițiul funcției, constituie, în același timp, o manifestare a lipsei de respect față de autoritățile publice.

În practica judiciară, I.H. și I.G. au fost condamnați pentru pregătirea instigării la omorul săvârșit asupra unui reprezentant al autorității publice, în legătură cu îndeplinirea de către acesta a obligațiilor de serviciu, în următorul caz: *pe parcursul anilor 2005-2006, între primarul unui sat din raionul Anenii Noi, I.G., și juristul primăriei respective, I.H., pe de o parte, și viceprimarul aceleiași localități, I.C., și consilierul Consiliului sătesc, I.B., pe de altă parte, s-au stabilit relații ostile. Motivul acestor relații a fost că cel din urmă, îndeplinindu-și obligațiile de serviciu în calitate de consilier, i-a demascat pe I.H. și I.G. la ședințele Consiliului sătesc, în legătură cu delapidarea banilor publici. Relațiile ostile au devenit mai tensionate începând cu 24.06.2005, când a fost convocată ședința extraordinară a Consiliului sătesc, la care un grup de consilieri, printre care și I.B., au solicitat revocarea primarului I.G. Decizia Consiliului sătesc a fost anulată prin hotărâre judecătorească. În iunie 2006, V.B., nepotul lui I.C., intenționând să-l provoace pe I.G., i-a comunicat acestuia că I.B. și-a pus scopul să-l lichideze fizic. La care a adăugat că este dispus să se ocupe de*

omorul lui I.B. Însă I.G. a refuzat propunerea lui V.B. La 16.10.2006, V.B. a încercat iarăși să-i provoace pe I.H. și I.G. la comiterea infracțiunii. La 31.10.2006, noaptea, V.B., sub controlul colaboratorilor MAI, a înscenat asasinarea lui I.B., sub acest pretext cerând bani de la I.H. și I.G. În aceeași noapte, I.H. și I.G. au fost reținuți de către colaboratorii MAI.

În vederea aplicării răspunderii în baza lit.h) alin.(2) art.145 CP RM, este necesară întrunirea cumulativă a următoarelor condiții:

1) victima infracțiunii are calitatea specială de reprezentant al autorității publice, de militar sau de rudă apropiată a acestora;

2) infracțiunea de omor este săvârșită în timpul sau în legătură cu îndeplinirea de către reprezentantul autorității publice sau de către militar a obligațiilor de serviciu.

Cât privește *prima* condiție din cele menționate mai sus, prin „reprezentant al autorității publice” se înțelege exponentul intereselor oricărei autorități publice centrale sau ale autorităților publice locale.

În general, în legislație, prin „autoritate publică”, se înțelege structura organizatorică sau organul, instituite prin lege sau printr-un alt act administrativ normativ, care acționează în regim de putere publică în scopul realizării unui interes public (art.2 al Legii contenciosului administrativ a Republicii Moldova, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 10.02.2000²; art.3 al Legii Republicii Moldova cu privire la investițiile în activitatea de întreprinzător, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 18.03.2004³; art.2 al Legii cu privire la funcția publică și statutul funcționarului public, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 04.07.2008⁴).

Din titlul III „Autoritățile publice” al Constituției



Republicii Moldova se desprinde că autoritățile publice centrale sunt: Parlamentul, Președintele Republicii Moldova, Guvernul, ministerele, alte autorități administrative centrale. Autoritățile publice locale sunt: consiliile locale, primarii, autoritățile UTA Găgăuzia.

Lista detaliată a autorităților publice centrale sau locale, care activează în Republica Moldova o găsim în anexa nr.1 la Hotărârea Guvernului privind punerea în aplicare a unor acte legislative, nr.1001 din 26.12.2011⁵. Conform acesteia, Lista autorităților publice, care cad sub incidența Legii cu privire la funcția publică și statutul funcționarului public (anexa nr.1) și Legii pentru aprobarea Clasificatorului unic al funcțiilor publice, adoptate de Parlamentul Republicii Moldova la 21.07.2011⁶, include:

I. Organe ale autorităților publice: A. Secretariatul Parlamentului, Aparatul Președintelui Republicii Moldova, Cancelaria de Stat (inclusiv oficiile teritoriale): 1) Secretariatul Parlamentului Republicii Moldova, 2) Aparatul Președintelui Republicii Moldova; 3) Cancelaria de Stat (inclusiv oficiile teritoriale); B. Autoritățile publice autonome (aparatură centrală și subdiviziunile teritoriale): 1) Curtea de Conturi; 2) Centrul pentru Drepturile Omului; 3) Comisia Electorală Centrală; 4) Centrul Național pentru Protecția Datelor cu Caracter Personal; 5) Consiliul Coordonator al Audiovizualului; 6) Consiliul Concurenței; 7) Serviciul de Informații și Securitate; 8) Comisia Națională de Integritate; 9) Serviciul de Protecție și Pază de Stat; 10) Consiliul pentru prevenirea și eliminarea discriminării și asigurarea egalității.

II. Autorități ale administrației publice centrale: A. Organele centrale de specialitate ale administrației publice și alte autorități publice: a) *Ministere:* 1) Ministerul Economiei; 2) Ministerul Finanțelor; 3) Ministerul Justiției; 4) Ministerul Afacerilor Interne; 5) Ministerul Afacerilor Externe și Integrării Europene; 6) Ministerul Apărării; 7) Ministerul Dezvoltării Regionale și Construcțiilor; 8) Ministerul Agriculturii și Industriei Alimentare; 9) Ministerul Transporturilor și Infrastructurii Drumurilor; 10) Ministerul Mediului; 11) Ministerul Educației; 12) Ministerul Culturii; 13) Ministerul Muncii, Protecției Sociale și Familiei; 14) Ministerul Sănătății; 15) Ministerul Tineretului și Sportului; 16) Ministerul Tehnologiei Informației și Comunicațiilor; b) *Alte autorități administrative centrale:* 1) Biroul Național de Statistică; 2) Agenția Relații Funciare și Cadastru; 3) Biroul Relații Interetnice; 4) Agenția „Moldsilva”; 5) Agenția Rezerve Materiale; 6) Agenția Turismului; 7) Centrul Național Anticorupție; c) *Alte autorități publice:* 1) Casa Națională de Asigurări Sociale; 2) Serviciul de Stat de Arhivă, inclusiv arhivele centrale de stat (Arhiva Națională și Arhiva organizațiilor social-politice); 3) Consiliul Național pentru Acreditare și Atestare; 4) Consiliul Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică; 5) Centrul Serviciului Civil; 6) Serviciul de Stat de Curieri Speciali; B. Autorități din subordinea (sau de pe lângă) organelor centrale de specialitate ale administrației publice și din subordinea altor autorități administrative centrale (aparatură centrală și subdiviziunile teritoriale): a) *Ministerul Economiei:* 1) Agenția Proprietății Publice; 2) Agenția pentru Protecția Consumatorilor; 3) Inspectoratul Principal de Stat pentru Supravegherea Tehnică a Obiectelor Industriale Periculoase; 4) Camera de Licențiere; 5) Agenția pentru Eficiență Energetică; b)

Ministerul Finanțelor: 1) Inspectoratul Fiscal Principal de Stat; 2) Inspekția financiară; 3) Serviciul Vamal; 4) Agenția Achiziții Publice; 5) Serviciul de control și verificare din cadrul Consiliului de supraveghere a activității de audit; c) *Ministerul Justiției:* 1) Direcția de justiție a Unității teritoriale autonome cu statut special Găgăuzia (Gagauz-Yeri); 2) Departamentul de administrare judecătorească; 3) Centrul de Informații Juridice; 4) Serviciul Stare Civilă; 5) Centrul de armonizare a legislației; 6) Oficiul central de probațiune; 7) Departamentul instituțiilor penitenciare; d) *Ministerul Afacerilor Interne:* 1) Serviciul Protecției Civile și Situațiilor Excepționale, inclusiv direcțiile și secțiile teritoriale; 2) Biroul Migrație și Azil (cu excepția angajaților Centrului de cazare); 3) Inspectoratul General al Poliției, inclusiv subdiviziunile teritoriale ale acestuia; 4) Departamentul Poliției de Frontieră; e) *Ministerul Dezvoltării Regionale și Construcțiilor:* Inspekția de Stat în Construcții; f) *Ministerul Agriculturii și Industriei Alimentare:* 1) Inspectoratul de Stat pentru Supravegherea Producției Alcoolice; 2) Agenția Națională pentru Siguranța Alimentelor; 3) Agenția de Intervenție și Plăți pentru Agricultură; g) *Ministerul Mediului:* 1) Inspectoratul Ecologic de Stat; 2) Agenția „Apele Moldovei”; 3) Agenția pentru Geologie și Resurse Minerale; 4) Agenția Națională de Reglementare a Activităților Nucleare și Radiologice; 5) Serviciul Piscicol; h) *Ministerul Educației:* Agenția de Asigurare a Calității; i) *Ministerul Culturii:* Agenția de Stat pentru Protecția Moralității; j) *Ministerul Muncii, Protecției Sociale și Familiei:* 1) Agenția Națională pentru Ocuparea Forței de Muncă; 2) Inspekția Muncii; 3) Fondul republican de susținere socială a populației; 4) Inspekția Socială; k) *Ministerul Apărării:* 1) Marele Stat Major al Armatei Naționale; 2) Centrele militare teritoriale;

III. Autorități ale administrației publice locale: A. Autoritățile administrației publice locale de nivel al doilea și ale municipiului Bălți: 1) Aparatul președintelui raionului; 2) Direcția generală/Direcția/secția/serviciul din subordinea consiliului raional/municipal și al comitetului executiv al U.T.A. Găgăuzia (cu excepția serviciilor ce activează pe lângă direcțiile/secțiile autonome); 3) Aparatul Adunării Populare al U.T.A. Găgăuzia; 4) Aparatul Comitetului executiv al U.T.A. Găgăuzia; 5) Primăria mun. Chișinău; 6) Primăria mun. Bălți; 7) Preturile mun. Chișinău; B. Autoritățile administrației publice locale de nivelul întâi: Primăriile orașelor (municipiilor), satelor (comunelor).

Este cazul de menționat că unele autorități publice nu sunt specificate în lista enunțată *supra*. Este vorba de: Agenția Națională pentru Reglementare în Energetică; Agenția Națională pentru Reglementare în Comunicații Electronice și Tehnologia Informației; Agenția Medicamentului și Dispozitivelor Medicale; Serviciul de Supraveghere de Stat a Sănătății Publice, etc.

Reprezentantul unor asemenea autorități publice poate fi, de asemenea, victimă a infracțiunii prevăzute la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM.

În altă ordine de idei, autoritatea publică trebuie deosebită de instituția publică. Reprezentantul unei instituții publice nu poate fi victimă a infracțiunii specificate la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM.

În opinia lui R.Popov, „instituția publică și autoritatea publică sunt entități publice diferite, care nu pot fi confun-



date. Autoritatea publică este cea care constituie instituția publică, în baza unui act pe care-l emite, și care finanțează integral sau parțial instituția publică de la bugetul său.

Astfel, de exemplu, conform alin.(1) art.32 al Legii Republicii Moldova privind administrația publică centrală de specialitate, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 04.05.2012⁷, pentru realizarea unor funcții de administrare, sociale, culturale, de învățământ și a altor funcții de interes public cu caracter necomercial, de care este responsabil ministerul sau altă autoritate administrativă centrală, cu excepția celor de reglementare normativ-juridică, supraveghere și control de stat, precum și a altor funcții care implică exercitarea prerogativelor de putere publică, în sfera de competență a acestora pot fi constituite instituții publice.

Conform legislației, sunt instituții publice: instituțiile de stat de învățământ; instituțiile medico-sanitare publice; Compania „Teleradio-Moldova”; Agenția Națională Arheologică; Agenția de Inspectare și Restaurare a Monumentelor; Agenția de transplant; Centrul de Cultură și Istorie Militară; Unitatea consolidată pentru implementarea și monitorizarea Programului de restructurare a sectorului vitivinicol; Centrul de Guvernare Electronică (E-Government); Institutul de Cercetări pentru Culturile de Câmp „Selecția”; Institutul de Fitotehnie „Porumbeni”; Enciclopedia Moldovei; Agenția Națională Transport Auto; Căpitanăia portului Giurgiulești, etc.”⁸.

În alt context, la art.2 al Legii contenciosului administrativ, se stabilește printre altele: „Sunt asimilate autorităților publice, în sensul prezentei legi (*subl. ne aparține*), persoanele de drept privat care exercită atribuții de putere publică sau utilizează domeniul public, fiind împuternicite prin lege să presteze un serviciu de interes public, inclusiv persoanele care prestează servicii notariale”. Considerăm că o astfel de asimilare poate fi făcută în contextul Legii contenciosului administrativ, nu și în contextul lit.h) alin. (2) art.145 CP RM.

Persoanele de drept privat – care exercită atribuții de putere publică sau utilizează domeniul public, fiind împuternicite prin lege să presteze un serviciu de interes public – sunt: persoanele care prestează servicii notariale; auditorul; avocatul. Nu este exclus să existe și alte asemenea categorii de persoane. Important este să existe o confirmare în textul unui act normativ că astfel de persoane îndeplinesc cumulativ următoarele trei condiții: a) sunt persoane de drept privat; b) exercită atribuții de putere publică sau utilizează domeniul public; c) sunt împuternicite prin lege să presteze un serviciu de interes public.

Persoanele de drept privat – care exercită atribuții de putere publică sau utilizează domeniul public, fiind împuternicite prin lege să presteze un serviciu de interes public – nu reprezintă autoritatea publică. Astfel de persoane sunt persoane publice (în accepțiunea alin.(2) art.123 CP RM), însă nu sunt reprezentanți ai autorității publice. Nu oricare persoană publică poate fi reprezentant al autorității publice. Iată de ce persoanele de drept privat – care exercită atribuții de putere publică sau utilizează domeniul public, fiind împuternicite prin lege să presteze un serviciu de interes public – nu pot avea calitatea de victimă a infracțiunii prevăzute la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM.

În legislația autohtonă, nu există o formulare a noțiunii „reprezentant al autorității publice”. Totuși, din anumite

surse oficiale, ne putem da seama de înțelesul acestei noțiuni. De exemplu, în Hotărârea Curții Constituționale a Republicii Moldova privind controlul constituționalității dispozițiilor art.183 din Codul penal, nr.1 din 11.01.2001⁹, se arată printre altele: „Legiuitorul a statuat că persoana cu funcție de răspundere în autoritățile publice este investită, în numele statului, cu împuterniciri legale; abilitată cu dreptul de a desfășura acțiuni care comportă consecințe juridice pentru toți sau pentru majoritatea cetățenilor; acțiunile ei pe linie de serviciu nefiind limitate la cadrul unui anumit departament, sistem etc.”. De asemenea, din varianta inițială a pct.1 al Hotărârii Plenului Judecătorei Supreme „Cu privire la aplicarea legislației referitoare la răspunderea penală pentru mituire”, nr.6 din 11.03.1996, se menționa că „reprezentanți ai autorității publice sunt funcționarii organelor de stat investiți cu dreptul de a înainta cerințe, precum și de a lua decizii obligatorii pentru executare de către cetățeni, întreprinderi, instituții, organizații, indiferent de apartenență, și membrii consiliilor raionale și locale, judecătoria, procurorii..., lucrătorii organelor de poliție, inspectorii de stat etc.”¹⁰. O asemenea explicație lipsește în textul Hotărârii Plenului Curții Supreme de Justiție cu privire la aplicarea legislației referitoare la răspunderea penală pentru corupere pasivă ori activă, nr.5 din 30.03.2009¹¹. Aceasta nu înseamnă că explicația reprodușă mai sus și-a pierdut relevanța.

Din sursele oficiale precitate, aflăm că putem deosebi două varietăți de reprezentanți ai autorității publice: 1) persoanele care desfășurează nemișcitat autoritatea legislativă, executivă sau judecătorească și care au dreptul de a realiza pe linia de serviciu acțiuni care generează consecințe juridice obligatorii pentru toți cetățenii sau pentru o mare parte dintre aceștia; 2) alte persoane care dețin funcții ale autorității publice și care au dreptul de a înainta cerințe persoanelor fizice sau juridice care nu li se subordonează, adică persoanelor din afara sistemului organizațional, din care fac parte acești reprezentanți ai autorității publice.

Într-adevăr, în literatura de specialitate, se menționează că reprezentantul autorității publice îi sunt specifice următoarele trăsături: are dreptul de a realiza pe linia de serviciu acțiuni care generează consecințele juridice obligatorii pentru toți cetățenii sau pentru o mare parte a acestora; are atribuții de autoritate în raport cu persoanele din afara sistemului organizațional din care face parte acest reprezentant al autorității publice¹². Ne raliem acestui punct de vedere.

Totodată, nu putem agreea opinia S.A. Iakovleva, care consideră că reprezentantul autorității publice trebuie să fie neapărat o persoană cu funcție de răspundere¹³. Mai acceptabilă este poziția E.L. Tamojnik, conform căreia și un funcționar public, care nu este persoană cu funcție de răspundere, poate avea calitatea de reprezentant al autorităților publice¹⁴. Această poziție își găsește confirmare în legea penală: în art.134⁵ CP RM, este utilizată expresia „persoane cu funcție de răspundere ori funcționari ai unei autorități publice”. În concluzie, reprezentant al autorității publice este: 1) persoana cu funcție de răspundere, care exercită funcții ale autorității publice; 2) alt funcționar public care exercită funcții ale autorității publice.

În încheierea analizei noțiunii „reprezentant al autorității publice”, vom menționa că în alin.(2) art.63 al Codului civil se stabilește printre altele: „Persoana juridică de



drept public se consideră constituită în momentul intrării în vigoare a actului normativ prin care se aprobă regulamentul ori statutul ei sau în momentul indicat în act¹⁵. Astfel, persoana are calitatea de reprezentant al autorității publice în perioada în care autoritatea publică funcționează în condițiile legii. Pentru atestarea calității de reprezentant al autorității publice, în cazurile necesare, urmează a se stabili momentul de constituire și/sau momentul de dizolvare a autorității publice respective.

Pentru identificarea înțelesului noțiunii „militar”, vom apela la prevederile unor acte legislative. Astfel, potrivit art.2 al Legii cu privire la statutul militarilor, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 22.07.2005¹⁵, militarii sunt cetățenii Republicii Moldova care îndeplinesc serviciul militar în baza obligațiunii militare sau a încadrării prin contract, în conformitate cu legislația în vigoare^{16, 17}. Această definiție este completată de unele dispoziții din Legea Republicii Moldova cu privire la pregătirea cetățenilor pentru apărarea Patriei, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 18.07.2002¹⁸: cetățenii care îndeplinesc serviciul militar se numesc militari (alin.(2) art.7); serviciul militar se îndeplinește în următoarele forme: a) serviciul militar prin contract¹⁹; b) serviciul militar în termen²⁰; c) serviciul militar cu termen redus²¹; d) serviciul militar ca rezerviști concentrați sau mobilizați²² (alin.(2) art.4). Aceleași forme ale serviciului militar sunt enumerate în art.128 CP RM.

Cu privire la definiția legislativă a noțiunii „militar”, se impun unele precizări:

1) conform alin.(3) art.4 al Legii cu privire la pregătirea cetățenilor pentru apărarea Patriei, sunt considerați în serviciul militar și studenții instituțiilor militare de învățământ²³. Deci, și aceștia pot fi victime ale infracțiunii prevăzute la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM;

2) nu toți rezerviștii au calitatea de militari. Doar rezerviștii concentrați sau mobilizați au această calitate.

În corespundere cu Legea cu privire la pregătirea cetățenilor pentru apărarea Patriei, rezerviștii pot fi chemați pentru instrucție la concentrări militare la data și pe durata stabilită prin hotărâre de Guvern în temeiul Legii Republicii Moldova cu privire la rezerva Forțelor Armate, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 18.07.2002²⁴ (alin.(1) art.36); încorporarea rezerviștilor la mobilizare se efectuează de către autoritățile administrației publice locale, în comun cu centrele militare, conform Planului de completare a Forțelor Armate aprobat de către ministrul apărării (alin.(1) art.37).

De asemenea, conform alin.(1) art.20 al Legii cu privire la rezerva Forțelor Armate, rezerviștii pot fi chemați la concentrări speciale pentru participare la lichidarea consecințelor calamităților naturale, avariilor tehnogene și catastrofelor.

În timpul aflării la concentrările speciale, rezervistul poate fi victimă a infracțiunii prevăzute la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM;

3) militar este nu doar cetățeanul Republicii Moldova, dar și reprezentantul forței militare străine în Republica Moldova. În conformitate cu art.2 al Legii Republicii Moldova cu privire la statutul forței militare străine în Republica Moldova, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 13.11.2003²⁵, forța militară străină în Republica Moldova constituie efectivul trupelor militare ale

uneia dintre părțile la acordurile internaționale, cu armamentul și tehnica militară din dotare, în timpul aflării lor provizorii pe teritoriul Republicii Moldova sau al tranziției acestuia în legătură cu participarea la activități comune; activități comune înseamnă participarea la: a) operațiuni de menținere a păcii, efectuate sub egida ONU și a OSCE; b) lichidarea consecințelor calamităților naturale; c) acordarea ajutorului umanitar; d) operațiuni de căutare și salvare; e) exerciții, aplicații militare bilaterale sau multinaționale în conformitate cu acordurile internaționale la care Republica Moldova este parte.

Așadar, reprezentantul forței militare străine în Republica Moldova poate fi victimă infracțiunii prevăzute la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM. Excepție constituie cazul când un asemenea reprezentant are calitatea de persoană care se bucură de protecție internațională. Or, omorul unei asemenea persoane atrage răspunderea conform alin.(3) art.142 CP RM.

În afară de reprezentant al autorității publice și militar, victimă a infracțiunii prevăzute la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM poate fi ruda apropiată a reprezentantului autorității publice sau a militarului. În conformitate cu alin.(4) art.134 CP RM, rude apropiate se consideră următoarele patru categorii corelative de persoane: 1) părinții în raport cu copiii, sau viceversa; 2) înfietorii în raport cu copiii înfiați, sau viceversa; 3) frații în raport cu surorile, sau viceversa; 4) bunicii în raport cu nepoții lor, sau viceversa.

Circumstanța agravantă, prevăzută la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM, este aplicabilă pe toată durata îndeplinirii de către reprezentantul autorității publice sau de către militar a calității respective (din momentul dobândirii ei prin modalități specifice fiecăreia până în momentul pierderii acesteia: pensionare, demisie, trecere în rezervă etc.).

Am menționat *supra* că, pentru aplicarea răspunderii conform lit.h) alin.(2) art.145 CP RM, cea de-a doua condiție este ca infracțiunea de omor să fie săvârșită în timpul sau în legătură cu îndeplinirea de către reprezentantul autorității publice sau de către militar a obligațiilor de serviciu.

În principiu, noțiunea „săvârșirea infracțiunii în legătură cu îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu” urmează a fi interpretată ca și noțiunea similară din dispoziția de la lit.d) alin.(2) art.145 CP RM. Astfel, expresia „în legătură cu” din dispoziția de la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM trebuie interpretată în sensul că omorul poate fi săvârșit: 1) până la îndeplinirea obligațiilor de serviciu (în scopul neadmirării); 2) în momentul îndeplinirii obligațiilor respective (în scopul reprimării); 3) după îndeplinirea obligațiilor de serviciu (din răzbunare).

Noutate prezintă sensul noțiunii „în timpul îndeplinirii obligațiilor de serviciu”. Se are în vedere ipoteza când victima – reprezentantul autorității publice sau militarul, atunci când este lipsită de viață, se află în exercițiul funcțiunii, în exercițiul atribuțiilor sale de serviciu.

De exemplu, conform Legii Republicii Moldova privind statutul ofițerului de informații și securitate, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 19.07.2007²⁶, ofițerul de informații aflat în exercițiul funcției este reprezentantul autorității publice și se află sub protecția legilor Republicii Moldova (alin.(2) art.4); se consideră exercițiul al funcției: a) îndeplinirea obligațiilor de serviciu în timpul sau în afara orelor de



program; b) executarea ordinelor și dispozițiilor date de șefii superiori; c) executarea serviciului de alarmă; d) participarea la întruniri, exerciții, competiții și la alte activități al căror inițiator sau participant este Serviciul; e) aflarea în misiune, în detașare sau la studii, inclusiv peste hotare; f) aflarea la tratament medical; g) deplasarea la locul serviciului, misiunii, detașării, studiilor sau tratamentului și retur; h) apărarea vieții, sănătății, onoarei și demnității persoanei; i) acordarea de ajutor organelor de prevenire și combatere a infracțiunilor pentru asigurarea legalității și ordinii de drept; j) participarea la acțiunile de prevenire și lichidare a consecințelor calamităților naturale, ale avariilor tehnogene și ale altor catastrofe; k) aflarea în prizonierat (cu excepția cazurilor de predare benevolă), în situația de ostatic sau de persoană internată; l) dispariția până la declararea dispariției fără urmă sau până la declararea decesului, în modul stabilit de lege; m) alte acțiuni calificate de instanța de judecată ca fiind săvârșite în interesul persoanei, societății și statului (alin.(1) art.25); ofițerul de informații nu se consideră în exercițiul funcției în cazul: a) comiterii de infracțiune, cu excepția acțiunilor săvârșite într-o situație de risc profesional întemeiat; b) comiterii de fapte care sunt urmare a consumului benevol de băuturi alcoolice, substanțe toxice sau droguri; c) săvârșirii unui act sau unei tentative de sinucidere, dacă aceste acțiuni nu au fost provocate de o stare patologică sau de acțiuni de constrângere (alin. (2) art.25).

Prevederi similare putem găsi în alte acte normative (de exemplu, în: Legea cu privire la activitatea Poliției și statutul polițistului²⁷; Legea Republicii Moldova cu privire la Centrul Național Anticorupție, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 06.06.2002^{28,29}; Legea Republicii Moldova cu privire la Poliția de Frontieră, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 28.12.2011^{30,31} etc.).

Calitatea specială a victimei, alături de timpul săvârșirii infracțiunii – în timpul serviciului – determină agravarea răspunderii penale; astfel, în acest caz fapta nu mai poate fi calificată conform alin.(1) art.145 CP RM. Această împrejurare va trebui dovedită în mod concret, luându-se în calcul sfera atribuțiilor de serviciu aferente calității speciale a victimei, precum și specificul îndeplinirii acelor atribuții (sub aspectul locului, timpului și modului de îndeplinire), în conformitate cu dispozițiile legale.

Ipozeza analizată presupune două situații: 1) omorul este săvârșit în timpul îndeplinirii nemijlocite de către victimă a unor obligații de serviciu concrete; 2) omorul este săvârșit în timpul îndeplinirii de către victimă a obligațiilor de serviciu, îndeplinirea implicând totalitatea acțiunilor îndreptate spre atingerea unui anumit rezultat peste un oarecare timp.

Deși omorul este săvârșit în timpul îndeplinirii de către victimă a obligațiilor de serviciu, nu putem afirma că acesta este săvârșit în scopul reprimării victimei pentru îndeplinirea respectivelor obligații. Nu există o legătură cauzală între infracțiunea de omor și îndeplinirea de către victimă a obligațiilor de serviciu. În ipoteza dată, agravanta funcționează, indiferent de motivul infracțiunii, chiar dacă acesta nu are vreo legătură cu îndeplinirea de către reprezentantul autorității publice sau de către militar a obligațiilor de serviciu (gelozie, răzbunare, interes

material etc.). Când privește răzbunarea, aceasta are la bază relațiile personale de ostilitate dintre făptuitor și victimă, relații care nu sunt legate relevant cu serviciul victimei.

În încheiere, specificăm că dispoziția de la lit.h) alin. (2) art.145 CP RM își găsește aplicare doar în cazul în care nu operează o normă specială (de exemplu, alin.(3) art.142, art.342 CP RM).

Ca rezultat al investigării circumstanței agravante, specificată la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM, considerăm necesară formularea următoarelor **concluzii**:

1) în vederea aplicării răspunderii în baza lit.h) alin. (2) art.145 CP RM, este necesară întrunirea cumulativă a următoarelor condiții: a) victima infracțiunii are calitatea specială de reprezentant al autorității publice, de militar sau de rudă apropiată a acestora; b) infracțiunea de omor este săvârșită în timpul sau în legătură cu îndeplinirea de către reprezentantul autorității publice sau de către militar a obligațiilor de serviciu;

2) în sensul lit.h) alin.(2) art.145 CP RM, prin „reprezentant al autorității publice” se înțelege exponentul intereselor oricărei autorități publice centrale sau ale autorităților publice locale;

3) reprezentant al autorității publice este: a) persoana cu funcție de răspundere, care exercită funcții ale autorității publice; b) alt funcționar public care exercită funcții ale autorității publice;

4) reprezentantul unei instituții publice nu poate fi victimă a infracțiunii specificate la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM;

5) persoanele de drept privat – care exercită atribuții de putere publică sau utilizează domeniul public, fiind împuternicite prin lege să presteze un serviciu de interes public – nu pot avea calitatea de victimă a infracțiunii prevăzute la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM;

6) în sensul lit.h) alin.(2) art.145 CP RM, militarul este cetățean al Republicii Moldova care îndeplinește serviciul militar, după caz: prin contract; în termen; cu termen redus; ca rezervist concentrat sau mobilizat;

7) sunt considerați în serviciul militar și studenții instituțiilor militare de învățământ;

8) reprezentantul forței militare străine în Republica Moldova poate fi victima infracțiunii prevăzute la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM. Excepție constituie cazul când un asemenea reprezentant are calitatea de persoană care se bucură de protecție internațională. Or, omorul unei asemenea persoane atrage răspunderea conform alin.(3) art.142 CP RM;

9) în afară de reprezentant al autorității publice și militar, victimă a infracțiunii prevăzute la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM poate fi ruda apropiată a reprezentantului autorității publice sau a militarului;

10) expresia „în legătură cu” din dispoziția de la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM trebuie interpretată în sensul că omorul poate fi săvârșit: a) până la îndeplinirea obligațiilor de serviciu (în scopul neadmiterii); b) în momentul îndeplinirii obligațiilor respective (în scopul reprimării); c) după îndeplinirea obligațiilor de serviciu (din răzbunare);

11) sintagma „în timpul îndeplinirii obligațiilor de serviciu”, utilizată la lit.h) alin.(2) art.145 CP RM, presupune că victima – reprezentantul autorității publice sau militarul, atunci când este lipsită de viață, se află în exercițiul funcțiunii, în exercițiul atribuțiilor sale de serviciu;



12) lit.h) alin.(2) art.145 CP RM poate să reprezinte o normă generală față de alin.(3) art.142 și art.342 CP RM.

Note:

¹ Decizia Colegiului penal lărgit al Curții Supreme de Justiție din 02.12.2008. Dosarul nr.Ira-1203/08. www.csj.md

² *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2000, nr.57-58.

³ *Ibidem*, 2004, nr.64-66.

⁴ *Ibidem*, 2008, nr.230-232.

⁵ *Ibidem*, 2011, nr.238-242.

⁶ *Ibidem*, 2011, nr.164-165.

⁷ *Ibidem*, 2012, nr.160-164.

⁸ Popov R., *Subiectul infracțiunilor prevăzute în capitolele XV și XVI ale Codului penal*, CEP USM, Chișinău, 2012, p.106-107.

⁹ *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2001, nr.8-10.

¹⁰ *Buletinul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova*, 1996, nr.4, p.22-25.

¹¹ Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție cu privire la aplicarea legislației referitoare la răspunderea penală pentru corupere pasivă ori activă, nr.5 din 30.03.2009. http://jurisprudenta.csj.md/search_hot_expl.php?id=45

¹² *A se vedea, de exemplu*: Лысов М.Д., *Ответственность лиц по советскому уголовному праву*; Изд-ство Казанского университета, Казань, 1972, с.31; Здравомыслов Б.В., *Должностные преступления. Понятие и квалификация*, Юридическая литература, Москва, 1975, с.43; Светлов А.Я., *Ответственность за должностные преступления*, Научова думка, Киев, 1978, с.97; Динека В.И., *Ответственность за должностные преступления по уголовному праву России*, Юридический институт МВД России, Москва, 1998, с.11-12; Гармаев Ю.П., *Должностные преступления в таможенных органах*, Юрлитинформ: Москва, 2002, с.34-35.

¹³ *A se vedea*: Яковлева С.А., *Уголовно-правовая оценка насилия в отношении представителя власти в связи с исполнением им должностных обязанностей*: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук, Казань, 2003, с.5.

¹⁴ *A se vedea*: Таможник Е.Л., *Преступления против законной деятельности представителей власти: уголовно-правовой и криминологический аспекты*, с.13.

¹⁵ *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2005, nr.129-130.

¹⁶ Potrivit alin.(4) art.6 al Legii cu privire la statutul militarilor, militarii aflați în prizonierat, în situația de ostatic sau de persoană internată, dar care nu au încălcat jurământul militar și nu au săvârșit infracțiuni contra statutului sau contra păcii și omenirii, beneficiază de statutul de militar.

¹⁷ În corespundere cu Legea Republicii Moldova cu privire la apărarea națională, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 25.07.2003*, forțele destinate apărării naționale sunt Forțele Armate compuse din Armata Națională și Trupele de Carabinieri (alin.(1) art.9); Armata Națională este componenta de bază a Forțelor Armate, care asigură, pe timp de pace și de război, integrarea într-o concepție unitară a activităților tuturor forțelor care participă la acțiunile de apărare a țării (alin.(1) art.32).

* *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2003, nr.200-203.

¹⁸ *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2004, nr.6-12.

¹⁹ În corespundere cu art.25 al Legii cu privire la pregătirea cetățenilor pentru apărarea Patriei, contractul de îndeplinire a serviciului militar reprezintă un acord între cetățean și autoritatea administrației publice centrale în care este prevăzut serviciul militar, acord prin care părțile contractante stabilesc termenul încadrării și condițiile îndeplinirii serviciului militar, obligațiile și responsabilitatea părților (alin.(1)); contractul de îndeplinire a serviciului militar poate fi încheiat pe o durată de: a) 3 sau 5 ani – pentru efectivul de soldați și sergenți; b) 5 sau 10 ani – pentru efectivul de subofițeri și corpul deofițeri (alin.(5)); contractul intră în vigoare la data semnării și își încetează acțiunea la data radierii militarului din tabelul nominal al unității militare (alin.(6)).

²⁰ Conform art.28 al Legii cu privire la pregătirea cetățenilor pentru apărarea Patriei, bărbații, cetățeni ai Republicii Moldova, care au împlinit vârsta de 18 ani sunt încorporați în serviciul militar în termen (alin.(1)); cetățeanul se consideră încorporat în serviciul militar în termen din momentul prezentării la centrul militar pentru a fi trimis în unitatea militară (alin.(5)).

²¹ În conformitate cu alin.(1) art.34 al Legii cu privire la pregătirea cetățenilor pentru apărarea Patriei, absolvenții instituțiilor civile de învățământ superior, care nu și-au îndeplinit obligațiunea militară până la finalizarea studiilor îndeplinesc serviciul militar cu termen redus în centrele de instruire ale Forțelor Armate sau la concentrării speciale organizate de centrele militare dacă nu au atins vârsta de 27 de ani.

²² În Legea Republicii Moldova cu privire la rezerva Forțelor Armate, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 18.07.2002*, se arată: conform indicelui de vârstă, rezerva Forțelor Armate se împarte în: a) rezerva de clasa I, în care se află rezerviștii până la împlinirea vârstei: soldații, sergenții și subofițerii – de 45 de ani; ofițerii – de 55 de ani; generalii – de 60 de ani; b) rezerva de clasa II, în care se află rezerviștii: soldații, sergenții și subofițerii – de la 45 de ani până la împlinirea vârstei de 50 de ani; ofițerii – de la 55 de ani până la împlinirea vârstei de 60 de ani; generalii – de la 60 de ani până la împlinirea vârstei de 65 de ani (alin.(3) art.5); după atingerea limitei de vârstă de aflare în rezerva de clasa I, cetățenii sunt trecuți în rezerva de clasa II. În acest caz, rezerviștii aflați în componența rezervei active sunt trecuți, de regulă, în componența rezervei pasive (alin.(4) art.5); limita de vârstă de aflare în rezerva de clasa II este, concomitent, și limita de vârstă de aflare în rezerva Forțelor Armate. După atingerea limitei de vârstă de aflare în rezerva Forțelor Armate, rezerviștii sunt trecuți în retragere și excluși din evidența militară (alin.(5) art.5); rezerviștii care nu sunt incluși în componența rezervei active formează rezerva pasivă a Forțelor Armate (alin.(1) art.17); rezervistul aflat în componența rezervei pasive nu poate fi chemat la concentrări, exerciții și antrenamente de mobilizare (alin.(2) art.17).

* *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2002, nr.124-125.

²³ Potrivit art.27 al Legii cu privire la pregătirea cetățenilor pentru apărarea Patriei, tinerii înmatriculați în instituțiile de învățământ militar, cu excepția celor din liceele militare, se consideră încadrați și încheie contractul de îndeplinire a serviciului militar din momentul înmatriculării, pe un termen care cuprinde durata studiilor în această instituție și 5 ani de serviciu militar după absolvirea ei (alin.(3)); tinerii înmatriculați în instituțiile de învățământ militar care refuză să încheie contractul de îndeplinire a serviciului militar în conformitate cu alin.(3) sunt exmatriculați din aceste instituții (alin.(4)); studenții exmatriculați din instituțiile de învățământ militar pentru restanțe academice, încălcarea disciplinei sau refuzul de a-și continua studiile sunt trimiși în unități militare pentru a continua îndeplinirea serviciului militar în termen până la expirarea a 12 luni. Studenții care la momentul exmatriculării au îndeplinit integral durata prevăzută pentru serviciul militar în termen sunt trecuți în rezervă (alin.(5)).

²⁴ *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2002, nr.124-125.

²⁵ *Ibidem*, 2004, nr.6-12.

²⁶ *Ibidem*, 2007, nr.171-174.

²⁷ Potrivit art.43 din această lege, „se consideră exercițiu al funcțiunii îndeplinirea obligațiilor de serviciu prevăzute de fișa postului, de prezența lege și de alte acte normative”.

²⁸ *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2002, nr.91-94.

²⁹ În conformitate cu alin.(3) art.26 din acest act legislativ, „se consideră exercițiu al funcțiunii: a) executarea prevederilor actelor normative ale Centrului Național Anticorupție și ale autorităților publice care țin de activitatea acestuia; b) executarea ordinelor și dispozițiilor emise de superiori, în limitele competenței, cu excepția celor evident nelegitime; c) îndeplinirea obligațiilor de serviciu în timpul sau în afara orelor de program în caz de necesitate stringentă, studiul în instituții de învățământ cu îndreptare din partea Centrului Național Anticorupție; d) participarea la întruniri, exerciții, competiții și la alte activități al căror inițiator ori participant este Centrul Național Anticorupție; e) participarea la acțiunile de prevenire și lichidare a consecințelor calamităților naturale, avariilor sau catastrofelor; f) apărarea vieții, sănătății, onoarei și demnității proprii și ale altor persoane; g) deplasarea (tur-retur) la serviciu, executarea misiunii de serviciu sau aflarea la tratament; h) aflarea în calitate de ostatic în legătură cu executarea atribuțiilor de serviciu; i) dispariția fără veste – până la declararea dispariției fără veste sau declararea morții în modul stabilit de legislație; j) alte acțiuni declarate de instanța de judecată ca fiind săvârșite în executarea atribuțiilor de serviciu”.

³⁰ *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2012, nr.76-78.

³¹ În corespundere cu art.30 din această lege, „se consideră exercițiu al funcțiunii îndeplinirea obligațiilor de serviciu prevăzute de fișa postului, de prezenta lege și de alte acte normative” (alin.(1)); „polițistul de frontieră nu se consideră în exercițiul funcțiunii, iar achitarea pentru asigurarea lui nu se efectuează în cazurile în care evenimentul de asigurare a survenit în urma: a) comiterii de fapte socialmente periculoase prevăzute de legislație; b) comiterii de fapte care constituie o consecință a consumului benevol de băuturi alcoolice, substanțe toxice sau droguri; c) săvârșirii actului de sinucidere sau a tentativei de sinucidere, dacă aceste acțiuni nu au fost provocate de o stare patologică sau de acțiuni de determinare la sinucidere; d) aflării în afara locului de dislocare a subdiviziunii – la odihnă, în permisie sau în concediu, ori a aflării fără permisiune în afara locului de dislocare a subdiviziunii; e) comiterii altor fapte ce nu au legătură cu îndeplinirea obligațiilor de serviciu” (alin.(2)).



INFRAȚIUNEA DE ÎMPIEDICARE INTENȚIONATĂ A ACTIVITĂȚII MASS-MEDIA SAU DE INTIMIDARE PENTRU CRITICĂ (art.180¹ CP RM): ANALIZĂ DE DREPT PENAL *Partea I*

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

REZUMAT

În cadrul prezentului articol, se argumentează că scopul completării Codului penal cu articolul 180¹ constă în apărarea penală a relațiilor sociale cu privire la realizarea, în conformitate cu art.32 al Constituției, a libertății de opinie și de exprimare. Se demonstrează că obiectul juridic special al infracțiunii prevăzute la art.180¹ CP RM are, după caz, un caracter simplu sau complex. În continuare, se relevă că, în contextul infracțiunii analizate, prin „mass-media” se are în vedere numai mijlocul de informare în masă, tipărit sau electronic, nu și jurnalistul. De asemenea, se analizează cele două modalități normative cu caracter alternativ ale faptei prejudiciabile specificate la art.180¹ CP RM: 1) acțiunea sau inacțiunea de împiedicare a activității mass-media sau a jurnalistului; 2) acțiunea de intimidare a mass-media sau a jurnalistului pentru critică. Nu în ultimul rând, se arată că, în contextul infracțiunii analizate, făptuitorul împiedică nu orice activitate a mass-media sau a jurnalistului, dar numai activitatea profesională a acestora.

Cuvinte-cheie: libertatea de exprimare, mass-media, jurnalist, împiedicare, intimidare, critică, obiectul infracțiunii, latura obiectivă a infracțiunii.

SUMMARY

In the present article, it is argued that the purpose of supplementing the Penal Code with art.180¹ is the penal defense of social relations on achieving, in accordance with art.32 of the Constitution, freedom of opinion and of speech. It shows that the object of the offense in art.180¹ CP RM has, where appropriate, a simple or complex character. Further, it reveals that in the analyzed crime by “the media” is envisaged only means of mass media, print or electronic, not the journalist. Also considering two alternative ways normative character of the harmful act specified in art.180¹ CP RM 1) action or inaction to prevent the work of the journalist or media, 2) action to intimidate the media or journalistic criticism. Finally, it is shown that in the analyzed crime, the offender does not prevent any activity of the media or a journalist, but only their professional activity.

Keywords: freedom of expression, media, journalist, tripping, intimidation, criticism, object of the crime, the objective side of the crime.

La 21.03.2013, Codul penal al Republicii Moldova a fost supus unor amendamente ca urmare a adoptării de către Parlamentul RM a Legii Republicii Moldova pentru completarea Codului penal al Republicii Moldova nr.985-XV din 18 aprilie 2002¹. La concret, Codul penal a fost completat, printre altele, cu articolul 180¹ „Împiedicarea intenționată a activității mass-media sau intimidarea pentru critică”.

Acest articol are următorul conținut:

„(1) Împiedicarea intenționată a activității mass-media sau a jurnalistului, precum și intimidarea mass-media sau a jurnalistului pentru critică

se pedepsesc cu amendă în mărime de la 150 la 300 unități convenționale cu (sau fără) privarea de dreptul de a ocupa anumite funcții publice pe un termen de până la 2 ani.

(2) Aceleași acțiuni săvârșite cu folosirea situației de serviciu

se pedepsesc cu amendă în mărime de la 300 la 500 unități convenționale cu (sau fără) privarea de dreptul de a ocupa anumite funcții publice pe un termen de până la 4 ani.

(3) Acțiunile prevăzute la alin.(1) și (2):

a) săvârșite cu aplicarea violenței sau cu amenințarea aplicării ei;

b) săvârșite de două sau mai multe persoane;

c) însoțite de sustragerea sau deteriorarea materialelor sau echipamentului jurnalistului în scopul împiedicării activității jurnalistice

se pedepsesc cu amendă în mărime de la 400 la 1.000 unități convenționale cu (sau fără) privarea de dreptul de a ocupa anumite funcții publice pe un termen de până la 5 ani”.

Din nota informativă la proiectul de lege care a stat la baza adoptării Legii din 21.03.2013 pentru completarea Codului penal al Republicii Moldova nr.985-XV din 18 aprilie 2002, aflăm următoarele: „Art.180¹ CP RM are scopul, pe de o parte, de a exclude intimidarea jurnaliștilor, și, pe de altă parte, de a crea condiții benefice jurnaliștilor pentru relatarea despre chestiuni de interes public. Instituirea protecției mass-media împotriva imixtiunii este necesară din cauza nivelului insuficient al respectării dreptului la libertatea de exprimare, comportamentul neadecvat al funcționarilor publici și de lipsa unor norme în acest sens în legislația în vigoare”².

Libertatea mijloacelor de comunicare în masă și practicarea liberă și fără obstacol a jurnalismului sunt esențiale într-o societate democratică, în special pentru a informa publicul, pentru libera formare și exprimare a opiniilor și ideilor; și pentru a supraveghea activitățile autorităților publice. Informarea și comunicarea



reflectate de jurnalism prin intermediul mijloacelor de informare în masă, beneficiind de sprijin din partea tehnologiilor noi, au o importanță decisivă asupra dezvoltării atât a individului, cât și a societății. Acest fapt este indispensabil vieții democratice, deoarece, pentru dezvoltarea totală a democrației, este necesară participarea cetățenilor în viața publică. Este suficient de a spune că o astfel de participare ar fi imposibilă, dacă cetățenii nu ar fi asigurați cu informație despre viața publică, de care aceștia au nevoie și care trebuie oferită de mijloacele de informare.

Sub acest aspect, completarea Codului penal cu articolul 180¹ reprezintă o măsură congruentă adoptării de către Parlamentul Republicii Moldova, la 23.04.2010, a Legii Republicii Moldova cu privire la libertatea de exprimare³ și are ca scop instituirea unor mecanisme, necesare garantării libertății de exprimare. Sub acest aspect, în legea sus-menționată pot fi identificate dispoziții relevante care fie denotă oportunitatea adoptării art.180¹ CP RM, fie contribuie la interpretarea prevederilor acestui articol din legea penală: statul garantează libertatea de exprimare a mass-media. Nimeni nu poate interzice sau împiedica mass-media să răspândească informații de interes public decât în condițiile legii (alin. (1) art.4); împiedicarea ilegală intenționată a activității mass-media atrage răspundere penală (alin.(5) art.5).

Prevederi similare conține alin.(1) art.1 al Legii presei a Republicii Moldova, adoptată de Parlamentul Republicii Moldova la 26.10.1994⁴: în Republica Moldova libertatea presei constituie un drept fundamental, consfințit de Constituție. Statul garantează tuturor persoanelor dreptul la exprimarea liberă a opiniilor și ideilor, la informare veridică asupra evenimentelor din viața internă și cea internațională prin intermediul publicațiilor periodice și al agențiilor de presă, care își desfășoară activitatea în condițiile pluralismului politic.

Astfel de prevederi urmează a fi coroborate cu altele, pe care le găsim în alin.(3) art.15 al Codului audiovizualului al Republicii Moldova, adoptat de Parlamentul RM la 27.07.2006⁵: constrângerea autoritară (psihică), exercitarea presiunii prin intimidare a teleradiojurnaliștilor pentru a-i determina să încalce normele deontologice ale jurnalistului se pedepsesc conform legii.

Trebuie de menționat că toate aceste dispoziții ale Legii cu privire la libertatea de exprimare, ale Legii presei, precum și ale Codului audiovizualului își au suportul în alin.(1) art.32 „Libertatea opiniei și a exprimării” al Constituției: oricărui cetățean îi este garantată libertatea gândirii, a opiniei, precum și libertatea exprimării în public prin cuvânt, imagine sau prin alt mijloc posibil.

În acest fel, ajungem la concluzia că scopul completării Codului penal cu articolul 180¹ constă în apărarea penală a relațiilor sociale cu privire la realizarea, în conformitate cu art.32 al Constituției, a libertății opiniei și a exprimării.

După această fundamentare a oportunității incriminării faptei specificate la art.180¹ CP RM, să trecem la analiza juridico-penală propriu-zisă a acestei fapte.

Astfel, fapta de împiedicare intenționată a activității

șii mass-media sau intimidare pentru critică este incriminată în art.180¹ CP RM într-o variantă-tip și în două variante agravate.

Astfel, varianta-tip de infracțiune, specificată la alin.(1) art.180¹ CP RM, se exprimă în împiedicarea intenționată a activității mass-media sau a jurnalistului, precum și intimidarea mass-media sau a jurnalistului pentru critică.

În prima sa variantă agravată, consemnată la alin. (2) art.180¹ CP RM, fapta de împiedicare intenționată a activității mass-media sau intimidare pentru critică este săvârșită cu folosirea situației de serviciu.

În cea de-a doua variantă agravată, fapta în cauză este:

- săvârșită cu aplicarea violenței sau cu amenințarea aplicării ei (lit.a));
- săvârșită de două sau mai multe persoane (lit.b));
- însoțită de sustragerea sau deteriorarea materialelor sau echipamentului jurnalistului în scopul împiedicării activității jurnalistice (lit.c)).

În cazul infracțiunii prevăzute la art.180¹ CP RM (ca și al celorlalte infracțiuni prevăzute de cap.V al părții speciale a Codului penal), **obiectul juridic generic** îl formează relațiile sociale cu privire la realizarea drepturilor constituționale ale cetățenilor.

Care valoare socială specifică (și relații sociale aferente) apără art.180¹ CP RM? Răspunsul la această întrebare ni-l sugerează următoarea secvență din Hotărârea Parlamentului Republicii Moldova privind independența presei și asigurarea libertății de exprimare în Republica Moldova, nr.195 din 12.07.2012: „Se recomandă instituțiilor statului să reacționeze în continuare în cazuri de agresiune împotriva jurnaliștilor, de intimidare și hărțuire a presei, de violare a dreptului la exprimare, de îngrijire a accesului la informația de interes public, a accesului jurnaliștilor la evenimentele de interes public, inclusiv la informațiile difuzate în mass-media obținute prin efectuarea unor măsuri speciale de investigații, în conformitate cu principiile unei societăți deschise, democratice și în corespundere cu normele naționale și internaționale”⁶.

Din analiza art.180¹ CP RM, se desprinde că **obiectul juridic special** al infracțiunii de împiedicare intenționată a activității mass-media sau de intimidare pentru critică are, după caz, un caracter simplu sau complex. Astfel, în cazul în care fapta prejudiciabilă prevăzută la art.180¹ CP RM se înfățișează în modalitatea de împiedicare a activității mass-media sau a jurnalistului, acest obiect are un caracter simplu. În ipoteza în care fapta dată se înfățișează în modalitatea de intimidare a mass-media sau a jurnalistului pentru critică, dar și în prezența circumstanțelor agravante consemnate la lit.a) și c) alin.(3) art.180¹ CP RM, obiectul juridic special are un caracter complex.

Este cunoscut că, în cazul faptelor infracționale care fac parte din grupul de infracțiuni prevăzute de cap.V al părții speciale a Codului penal, obiectul juridic special (sau obiectul juridic principal) îl formează relațiile sociale cu privire la realizarea unui drept constituțional concret al cetățeanului, care sunt lezate prin săvârși-



rea unei sau altei infracțiuni. Din această perspectivă, considerăm că, în ipoteza infracțiunii de împiedicare intenționată a activității mass-media sau de intimidare pentru critică, obiectul juridic special (atunci când fapta prejudiciabilă prevăzută la art.180¹ CP RM se înfățișează în modalitatea de împiedicare a activității mass-media sau a jurnalistului) sau obiectul juridic principal (atunci când fie fapta prejudiciabilă prevăzută la art.180¹ CP RM se înfățișează în modalitatea de intimidare a mass-media sau a jurnalistului pentru critică, fie suntem în prezența uneia dintre circumstanțele agravante consemnate la lit.a) sau c) alin.(3) art.180¹ CP RM) îl constituie relațiile sociale cu privire la realizarea, în conformitate cu art.32 din Constituție, a libertății opiniei și a exprimării, sub aspectul libertății activității profesionale desfășurate de mass-media și de jurnaliști, precum și a libertății mass-media și a jurnaliștilor de a critica.

În continuare, este necesar să identificăm *obiectul juridic secundar* al infracțiunii analizate.

În context, precizăm că termenul „intimidare” se utilizează nu doar la art.180¹ CP RM, dar și la lit.b) alin.(2) art.275, la lit.a) alin.(1) art.289³ și la alin.(2) art.295 CP RM. Interpretând sistemic înțelesul acestui termen, s-ar putea conchide că la art.180¹ CP RM prin „intimidare” se are în vedere: 1) violența; 2) amenințarea cu aplicarea violenței; 3) o altă formă de intimidare; prin „altă formă de intimidare” se are în vedere: amenințarea cu răspândirea unor știri defăimătoare cu privire la victimă; amenințarea cu răpirea victimei; amenințarea cu răpirea mijlocului de transport aparținând victimei; amenințarea cu distrugerea sau cu deteriorarea bunurilor aparținând victimei; deteriorarea ori distrugerea bunurilor aparținând victimei etc.⁷

Totuși, în conjunctura infracțiunii prevăzute la art.180¹ CP RM, aplicarea violenței sau amenințarea aplicării ei este circumstanțială, nu indispensabilă. Despre aceasta ne mărturisește dispoziția de la lit.a) alin.(3) art.180¹ CP RM. De aceea, doar în prezența agravantei specificate la această dispoziție, obiectul juridic secundar al infracțiunii prevăzute la art.180¹ CP RM îl constituie relațiile sociale cu privire la integritatea corporală, sănătatea sau libertatea psihică (morală) a persoanei.

În ipoteza specificată la lit.c) alin.(3) art.180¹ CP RM – atunci când, în plan adiacent, se comite sustragerea sau deteriorarea materialelor sau echipamentului jurnalistului în scopul împiedicării activității jurnalistice – obiectul juridic secundar al infracțiunii prevăzute la art.180¹ CP RM îl formează relațiile sociale cu privire la posesia asupra materialelor sau echipamentului jurnalistului (în cazul sustragerii materialelor sau echipamentului în cauză) ori, respectiv, cu privire la integritatea, substanța și potențialul de utilizare a materialelor sau echipamentului jurnalistului (în situația deteriorării materialelor sau echipamentului în cauză).

În celelalte cazuri, obiectul juridic secundar al infracțiunii prevăzute la art.180¹ CP RM îl constituie relațiile sociale cu privire la: a) libertatea psihică (morală) a persoanei (atunci când intimidarea mass-media sau a jurnalistului pentru critică se concretizează în amenințarea cu răspândirea unor știri defăimătoare cu privire

la victimă; amenințarea cu răpirea victimei; amenințarea cu răpirea mijlocului de transport aparținând victimei; amenințarea cu distrugerea sau cu deteriorarea bunurilor aparținând victimei etc.); b) integritatea, substanța și potențialul de utilizare a bunurilor (altor decât materialele sau echipamentul jurnalistului) aparținând victimei (atunci când intimidarea mass-media sau a jurnalistului pentru critică se concretizează în deteriorarea sau distrugerea bunurilor aparținând victimei) etc.

În ipoteza în care fapta prejudiciabilă prevăzută la art.180¹ CP RM se înfățișează în modalitatea de intimidare a mass-media sau a jurnalistului pentru critică, dar și în prezența circumstanțelor agravante consemnate la lit.a) și c) alin.(3) art.180¹ CP RM, se poate vorbi despre prezența unui *obiect material* al infracțiunii:

1) corpul persoanei – în cazurile când infracțiunea examinată presupune aplicarea violenței asupra victimei;

2) bunurile aparținând victimei – în situația când infracțiunea de împiedicare intenționată a activității mass-media sau intimidare pentru critică presupune deteriorarea ori distrugerea bunurilor respective;

3) materialele sau echipamentul jurnalistului – în ipoteza în care infracțiunea analizată este săvârșită în prezența agravantei consemnate la lit.c) alin.(3) art.180¹ CP RM.

Din textul art.180¹ CP RM reiese că mass-media⁸ sau jurnalistul au calitatea de *victimă* a infracțiunii de împiedicare intenționată a activității mass-media sau intimidare pentru critică.

Nici persoanele apropiate jurnalistului, nici cetățenii, care suferă din cauza insuficienței de informații veridice sau din cauza surplusului de informații neveridice, nu pot fi victime ale infracțiunii examinate.

În legătură cu cea de-a doua modalitate normativă a faptei prejudiciabile specificate la art.180¹ CP RM, trebuie de menționat că – în proiectul de lege care a stat la baza adoptării Legii din 21.03.2013 pentru completarea Codului penal al Republicii Moldova nr.985-XV din 18 aprilie 2002⁹ – a fost utilizată expresia „intimidarea persoanei pentru critică”. O asemenea concepție amintește întrucâtva de fapta care a fost prevăzută la art.140¹ CP RM „Prigonirea cetățenilor pentru critică” din Codul penal din 1961¹⁰. Mai consemnăm că o concepție similară transpare, de exemplu, din textul art.156 din Codul penal al Georgiei¹¹, care prevede răspunderea pentru infracțiunea de persecutare, presupunând persecutarea pentru discurs, opinie, conștiință, confesiune, credință sau convingerile ori preocupările politice, publice, profesionale, religioase sau științifice.

Totuși, în varianta adoptată a art.180¹ CP RM, legiuitorul nu a sprijinit concepția respectivă, acordând protecție penală exclusiv mass-media și jurnalistului.

Ce înseamnă „mass-media” și „jurnalist” în contextul infracțiunii specificate la art.180¹ CP RM? Înainte de a defini cele două noțiuni, atenționăm că acestea trebuie privite nu ca noțiuni aflate în relația de tipul „întreg-parte”. De aceea, în contextul infracțiunii prevăzute la art.180¹ CP RM, nu putem recurge la definiția noțiunii „mass-media” din art.2 al Legii cu privire la libertatea de exprimare: „mass-media se consideră



mijlocul de informare în masă, tipărit sau electronic, precum și jurnalistul¹².

Pe cale de consecință, în contextul infracțiunii analizate, prin „mass-media” se are în vedere numai mijlocul de informare în masă, tipărit sau electronic, nu și jurnalistul.

Conform art.19 al Legii presei, jurnalist este persoana care se îndeletnicește cu munca literară și publicistică în cadrul mijloacelor de informare în masă, angajată la ele prin contract sau în alt mod, conform legislației în vigoare.

În același timp, potrivit Recomandării nr.R(96)4 din 03.05.1996 a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei către statele membre cu privire la protecția jurnaliștilor în situații de conflict și de tensiune, termenul „jurnalist” trebuie înțeles ca referindu-se la toți reprezentanții mijloacelor de comunicare în masă, respectiv la toți cei sau cele care participă la colectarea, prelucrarea și difuzarea informațiilor și a știrilor, inclusiv operatorii-cameramani și fotografi, precum și personalul de susținere ca șoferii și interpreții¹³.

Prima dintre definițiile reproduse *supra*, fiind formulată în textul unei legi, are un caracter obligatoriu, nu de recomandare. Așadar, tocmai ea urmează a fi luată în considerație la interpretarea art.180¹ CP RM. Drept urmare, în contextul infracțiunii analizate, nu poate fi considerat victimă reprezentantul mijlocului de informare în masă, care nu se îndeletnicește cu munca literară și publicistică în cadrul aceluși mijloc: operatorul-cameraman; fotograf; șoferul; interpretul; alt personal de susținere.

Suntem de acord cu R.D. Ișimova că nu are relevanță denumirea concretă a funcției pe care o exercită jurnalistul: corespondent; corespondent special; comentator; editorialist; reporter etc. Contează conținutul obligațiilor din care să rezulte că respectiva persoană este un jurnalist¹⁴. Așadar, pentru calificarea faptei în baza art.180¹ CP RM, important este ca, din conținutul obligațiilor persoanei asupra căreia a fost comisă infracțiunea, să reiasă că ea se îndeletnicește cu munca literară și publicistică în cadrul mijloacelor de informare în masă, fiind angajată la ele prin contract sau în alt mod, conform legislației în vigoare.

Datorită calității speciale a victimei infracțiunii, se poate susține că art.180¹ CP RM poate să reprezinte o normă specială în raport cu art.180 CP RM, care stabilește răspunderea pentru încălcarea intenționată de către o persoană cu funcție de răspundere a procedurii legale de asigurare și de realizare a dreptului de acces la informație, încălcare ce a cauzat daune în proporții considerabile drepturilor și intereselor ocrotite de lege ale persoanei care a solicitat informații referitoare la ocrotirea sănătății populației, la securitatea publică, la protecția mediului. Nu întâmplător am utilizat formula „poate să reprezinte”. Or, o astfel de posibilitate se atestă atunci când fapta este săvârșită de către o persoană cu funcție de răspundere, și, în plus, se cauzează daune în proporții considerabile drepturilor și intereselor ocrotite de lege ale persoanei care a solicitat informații referitoare la ocrotirea sănătății populației, la securitatea publică, la protecția mediului.

Latura obiectivă a infracțiunii specificate la art.180¹ CP RM se exprimă în fapta prejudiciabilă care constă în acțiunea sau inacțiunea de împiedicare a activității mass-media sau a jurnalistului ori de intimidare a mass-media sau a jurnalistului pentru critică.

Așa cum se poate remarca, fapta prejudiciabilă investigată cunoaște două modalități normative cu caracter alternativ:

- 1) acțiunea sau inacțiunea de împiedicare a activității mass-media sau a jurnalistului;
- 2) acțiunea de intimidare a mass-media sau a jurnalistului pentru critică.

Cât privește *prima* dintre aceste două modalități, susținem punctul de vedere aparținând E.V. Krasilnikova, care se referă la o ipoteză similară, consemnată la art.144 al Codului penal al Federației Ruse¹⁵: „Este criticabilă opinia, potrivit căreia latura obiectivă a infracțiunii de împiedicare a activității profesionale legale a jurnaliștilor se poate exprima numai prin acțiune. O astfel de abordare restrânge nefondat cadrul laturii obiective a infracțiunii în cauză. Aceasta întrucât împiedicarea activității profesionale legale a jurnaliștilor se poate concretiza, de exemplu, în refuzul făptuitorului de a pune informația solicitată la dispoziția jurnalistului, în eschivarea făptuitorului de a oferi răspunsuri la întrebările formulate de redacția mijlocului de informare în masă etc.”¹⁶.

Așadar, în cazul în care fapta prejudiciabilă prevăzută la art.180¹ CP RM se înfățișează în modalitatea de împiedicare a activității mass-media sau a jurnalistului, această faptă se poate exprima nu doar în acțiune, dar și în inacțiune.

În sensul art.180¹ CP RM, împiedicarea activității mass-media sau a jurnalistului se exprimă în acțiunea sau inacțiunea contrară dispozițiilor legale, implicând stânenirea, stingherirea, zădărnicierea, tergiversarea, limitarea, crearea de piedici în desfășurarea activității mass-media sau a jurnalistului.

Despre o caracteristică importantă a acțiunii sau inacțiunii examinate ne vorbește R.D. Ișimova: „Împiedicarea nu este posibilă dacă victima nu îndeplinește «aici și acum» activitatea pe care o împiedică făptuitorul. De aceea, răzbunarea făptuitorului pentru informația publicată de către un jurnalist în trecut nu poate atrage răspunderea conform art.144 al Codului penal al Federației Ruse. Cu alte cuvinte, împiedicarea activității jurnalistului trebuie să fie săvârșită până la difuzarea informației de către acel jurnalist”¹⁷. Prin această caracteristică, modalitatea normativă de împiedicare a activității mass-media sau a jurnalistului se deosebește de modalitatea normativă de intimidare a mass-media sau a jurnalistului pentru critică. În ultimul caz, făptuitorul se răzbună pe victimă pentru activitatea desfășurată de către aceasta în trecut.

Care sunt modalitățile faptice ale modalității normative de împiedicare a activității mass-media sau a jurnalistului?

Două dintre acestea sunt specificate într-un text normativ, și anume la lit.a) art.26 al Legii presei: refuzul neîntemeiat de acreditare a jurnalistului; retragerea nejustificată a acreditării jurnalistului.



Alte posibile modalități faptice ale modalității normative analizate sunt: încălcarea dreptului de solicitare și de obținere a informației de către mass-media sau jurnalist¹⁸; stabilirea unor restricții neîntemeiate privind contactele cu mass-media sau cu jurnalistul, precum și privind transmiterea de informații acestora etc.

Nu pot fi considerate modalități faptice ale modalității normative de împiedicare a activității mass-media sau a jurnalistului: 1) denaturarea nejustificată a materialului jurnalistice sau interdicția nejustificată de a răspândi anumite informații, impusă de către conducerea mass-media publice; 2) indicația funcționarului public sau a persoanei care exercită funcție de demnitate publică cu privire la activitatea editorială dată mass-media sau angajaților mass-media, precum și orice altă formă de împiedicare a tirajării sau răspândirii informației. În aceste două cazuri, răspunderea se va aplica în baza alin.(1) sau (2) art.180² CP RM, nu conform art.180¹ CP RM¹⁹.

Nici coruperea jurnalistului nu poate fi considerată modalitate faptică a modalității normative de împiedicare a activității mass-media sau a jurnalistului. După caz, o asemenea faptă va atrage răspunderea conform art.325 sau 334 CP RM.

Într-un alt context, deși legiuitorul nu precizează, din textul art.180¹ CP RM rezultă implicit că făptuitorul împiedică nu orice activitate a mass-media sau a jurnalistului, dar numai activitatea profesională a acestora. În acest plan, ne raliem poziției exprimate de D.A. Kukușkin: „Activitatea profesională se limitează doar la acea sferă care este legată de căutarea și răspândirea informației, precum și de exercitarea altor atribuții jurnalistice”²⁰.

Bineînțeles, este vorba nu de căutarea și răspândirea de către jurnalist a informației cu caracter personal. Este vorba de căutarea și răspândirea de către jurnalist a informației de interes public, întru executarea obligațiilor profesionale ale acestuia.

De aceea, va fi aplicabil art.71 din Codul contravențional în cazul încălcării dreptului la informație al jurnalistului pacient și al rudelor sale, care solicită informații despre starea sănătății acestuia; al jurnalistului suferind de tulburări psihice sau al reprezentantului său legal, care solicită informații despre starea sănătății psihice și despre asistența psihiatrică acordată; al jurnalistului care solicită informații asupra sănătății sale reproductive și planificării familiale; al jurnalistului care solicită, de la organele securității statului, informații asupra problemelor ce țin de interesele lui personale etc.).

De fapt, în ipoteza enunțată, nici nu este potrivit să vorbim despre calitatea de jurnalist a victimei. Victima faptei prevăzute la art.71 din Codul contravențional trebuie privită exclusiv în ipostaza sa de titular al dreptului de acces la informațiile cu caracter personal.

Note:

¹ *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2013, nr.91.

² Legea pentru completarea Codului penal al Republicii Moldova. Proiect // <http://www.parlament.md/ProcesulLegislativ/Proiectede->

actelegislative/tabid/61/LegislativId/1414/Default.aspx (vizitat 23.08.2013).

³ *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2010, nr.117-118.

⁴ *Ibidem*, 1995, nr.2.

⁵ *Ibidem*, 2006, nr.131-133.

⁶ *Ibidem*, 2012, nr.155-159.

⁷ Anume astfel am interpretat conținutul noțiunii de intimidare în contextul analizei infracțiunilor specificate la lit.b) alin.(2) art.275, la lit.a) alin.(1) art.289³ și la alin.(2) art.295 CP RM. *A se vedea*: Brînza S., Stati V., *Drept penal: Partea specială*, vol.II, Tipografia Centrală, Chișinău, 2011, p.442-443, 555, 562.

⁸ Nu considerăm oportună recunoașterea de către legiuitor a mass-media în calitate de victimă a infracțiunii analizate. O asemenea abordare vine în dezacord cu concepția care stă la baza întregului cap.V al părții speciale a Codului penal. Nu întâmplător acesta se numește „Infracțiuni contra drepturilor politice, de muncă și altor drepturi constituționale ale cetățenilor (*subl. ne aparține*)”. Drepturile persoanelor juridice (iar organele mass-media sunt persoane juridice) trebuie protejate prin normele penale din alte capitole ale părții speciale a Codului penal, nu prin normele cap.V al părții speciale a Codului penal.

⁹ Legea pentru completarea Codului penal al Republicii Moldova. Proiect //

<http://www.parlament.md/ProcesulLegislativ/Proiectede-actelegislative/tabid/61/LegislativId/1414/Default.aspx> (vizitat 27.08.2013).

¹⁰ Acest articol stabilea răspunderea pentru: lezarea intenționată de către persoana cu funcție de răspundere a drepturilor și intereselor, ocrotite de lege, ale cetățeanului, această lezare fiind legată de prigonirea lui pentru prezentarea, în mod stabil, a unor propuneri, cereri, plângeri sau pentru critica, cuprinsă în ele, precum și pentru critica făcută într-o altă formă (alin.1); aceleași acțiuni, dacă au cauzat un prejudiciu substanțial drepturilor și intereselor, ocrotite de lege, ale cetățeanului (alin.2).

¹¹ The Criminal Code of Georgia // http://www.parliament.ge/index.php?lang_id=GEO&sec_id=69&kan_det=det&kan_id=673 (vizitat 27.08.2013).

¹² O asemenea concluzie reiese și din interpretarea sistemică a dispozițiilor de la art.180¹ și alin.(2) art.180² CP RM. Or, în poziția de la alin.(2) art.180² CP RM se utilizează sintagma „mass-media sau angajații mass-media”.

¹³ Recomandarea nr.R(96)4 din 03.05.1996 a Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei către statele membre cu privire la protecția jurnaliștilor în situații de conflict și de tensiune // www.access-info.org/md/index.php?cid=123&lid=87 (vizitat 26.08.2013).

¹⁴ Ишимова Р.Д., *Признаки потерпевшего от воспрепятствования законной профессиональной деятельности журналистов*, în *Вестник Пермского университета, Серия «Юридические науки»*, 2012, № 2, с.209-214.

¹⁵ Уголовный кодекс Российской Федерации от 24.05.1996, în *Собрание законодательства Российской Федерации*, 1996, №25.

¹⁶ Красильникова Е.В., *Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналистов (ст.144 УК РФ): вопросы законодательной техники и дифференциации ответственности*: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук, Казань, 2007, с.16.

¹⁷ Ишимова Р.Д., *op.cit.*, p.209-214.

¹⁸ În acest sens, este cazul de consemnat că, de exemplu, conform art.3 al Legii presei, persoanele oficiale ale autorităților publice prezintă operativ materialul și informația solicitate de publicațiile periodice și de agențiile de presă, exceptând materialele și informațiile enumerate în art.4 al legii date și cele calificate drept secret de stat.

¹⁹ Sub acest aspect, se poate susține că alin.(1) și (2) art.180² CP RM constituie norme speciale în raport cu art.180¹ CP RM.

²⁰ Кукушкин Д.А., *Уголовная ответственность за воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналистов (ст.144 УК РФ)* // <http://www.allpravo.ru/library/doc101p/instrum5233/> (vizitat 27.08.2013).



ÎNTEPRINDEREA: SUBIECT DE DREPT SAU OBIECT AL RAPORTURILOR CIVILE?

Iurie MIHALACHE,

doctor în drept, lector universitar (USM, USPEE „Constantin Stere”)

REZUMAT

În cadrul articolului respectiv, autorul dezvoltă esența întreprinderii. Pentru dreptul comercial al Republicii Moldova, conceptul de „întreprindere” este confuz. Mai multă lumină în acest sens aduce Codul civil prin reglementarea contractului de vânzare-cumpărare a întreprinderii ca complex patrimonial unic (art.817-822). În baza acestui contract, vânzătorul înstrăinează cumpărătorului întreprinderea ca un complex unitar de bunuri.

Cuvinte-cheie: întreprindere, drept comercial, contract de vânzare-cumpărare, complex patrimonial unic, vânzător, drepturi inalienabile, obligații.

SUMMARY

In this article the author tries to develop the essence of the Enterprise. For commercial law of the Republic of Moldova the concept of Enterprise is confused. It was established in the Civil Code as type of contract of sale and purchase of the enterprise as a unitary patrimonial complex (art.817-822). By virtue of contract of sale and purchase of an enterprise, the seller undertakes to convey into the ownership of the buyer the enterprise as a unitary patrimonial complex.

Keywords: enterprise, commercial law, contract of sale and purchase, unitary patrimonial complex, buyer, inalienable rights, obligations.

Semnificația cuvântului „întreprindere”

Termenul *întreprindere* în legislația actuală are un înțeles contradictoriu. Din punct de vedere formal, termenul dispune de acoperire juridică, fiind instituit și reglementat prin Legea cu privire la antreprenariat și întreprinderi nr.845/1992¹, în schimb, sub aspect uzual, noțiunea de „întreprindere” este perimată, fiind rar utilizată de către juriști. Motivul constă în faptul că însăși Legea cu privire la antreprenariat și întreprinderi, prin care se conferă suport juridic acestui termen, a devenit puțin aplicabilă din cauza vechimii, dar și a multor incoerențe de ordin terminologic. Anume din aceste considerente, prioritate se acordă normelor Codului civil și legilor speciale².

Termenul *întreprindere* se regăsește și în prevederile Codului civil. Pentru o mai bună înțelegere a contextului în care este utilizată, e necesar să începem de la faptul că în Codul civil întreprinderea este reglementată cu două înțelesuri: ca *subiect de drept* și ca *obiect de drept*. Întreprinderea privită ca subiect de drept legiuitorul o utilizează când este vorba de întreprinderile de stat și municipale (art.179 din Codul civil). În celelalte cazuri, întreprinderea este reglementată în calitate de obiect, adică ca complex patrimonial unic (art.817-822)³.

Întreprinderea-subiect

În Legea cu privire la antreprenariat și întreprinderi, termenul „întreprindere” este redat în calitate de subiect al raporturilor juridice civile. Conform art.3, întreprinderea constituie un agent economic cu firmă (titulară) proprie, având statut de persoană fizică sau persoană juridică, fondată de către întreprinzător în modul prevăzut de lege. Cu alte cuvinte, pentru a denumi întreprinderea, legea asimilează conceptul de întreprindere cu alte noțiuni similare prin care persoana se identifică ca subiect de drept: „întreprinzător”, „antreprenor”, „comerciant”, „agent economic”.

Din punct de vedere istoric, întreprinderea-subiect din legislația națională își are originea în perioada sovietică, când întreprinderea era privită ca participant al raporturilor civile, adică subiect de drept cu înțeles de persoană juridică. Prin atribuirea calității de subiect de drept s-a dorit, de fapt, personificarea organelor de stat și nu a întreprinderilor ca complexe patrimoniale unice⁴.

Funcția principală a întreprinderilor în economia socialistă consta în fabricarea unor cantități planificate de mărfuri, a căror comercializare era pusă în sarcina altor organe sau instituții. Din acest considerent, întreprinderile de stat nu se puteau manifesta ca un adevărat întreprinzător⁵. Ele aveau doar un drept de gestiune (administrare) asupra bunurilor, statul fiind cel care exercita atribuțiile dreptului de proprietate. În acest sens, Codul civil al RSSM din 1964⁶ prevedea că statului îi aparțin principalele mijloace de producție în industrie, în construcție și în agricultură, mijloacele de transport și de telecomunicații, băncile etc. (art.92).

Legislația de după anul 1991 nu s-a putut debarasa de vechile noțiuni, preluând termenul *întreprindere* ca generic pentru toți subiecții care desfășoară activități de întreprinzător. Astfel, întreprinderi erau considerate și societățile în nume colectiv (SNC), societățile în comandită (SC), societățile cu răspundere limitată (SRL) și societățile pe acțiuni (SA). În sensul larg de utilizare, termenul *întreprindere* a fost preluat și de alte acte normative, precum: Legea privind investițiile străine nr.998/1994 (abrogată), Legea cu privire la susținerea și protecția micului business nr.112/1994 (abrogată), Legea cu privire la înregistrarea de stat a întreprinderilor și organizațiilor nr.1265/2000 (abrogată) etc.

Termenul avea și un sens mai îngust, denumind doar unele forme juridice de organizare, precum: întreprinderea individuală, întreprinderea de stat, întreprinderea municipală și întreprinderea dearendă.



Alături de întreprinderea subiect de drept, în unele acte normative se strecurau, intenționat sau involuntar, sintagme de felul: procurarea întreprinderii, gajarea întreprinderii, vânzarea întreprinderii, privatizarea întreprinderii⁷. Anume aceste sintagme și reprezentau cel de-al doilea sens al noțiunii, adică de *întreprindere ca un complex patrimonial unic* sau *întreprinderea-obiect*, sens în care actualmente o găsim reglementată în art.817-822 din Codul civil.

Întreprinderea-obiect

Întreprinderea-obiect reprezintă totalitatea de bunuri materiale și nemateriale unite într-un tot întreg sub aspect economic și care oferă deținătorului posibilitatea de a obține profit⁸. În acest sens, întreprinderea nu este persoană juridică. Ea se materializează într-o masă de bunuri, în care se includ și datoriile. Înstrăinarea de către o persoană juridică a complexului patrimonial care îi aparține către o altă persoană juridică nu duce la încetarea calității de subiect de drept al celei dintâi. Ea își poate continua activitatea⁹.

În legislația Republicii Moldova, lipsește definiția legală a întreprinderii ca un complex patrimonial unic, în schimb există reglementări speciale prin care întreprinderea este încadrată în diferite raporturi juridice civile, precum vânzare-cumpărare, gaj, locațiune, leasing, concesiune, franchising, administrare fiduciară etc.¹⁰.

Întreprinderii, ca obiect al obligațiilor civile, îi sunt caracteristice următoarele **particularități**:

a) Reprezintă un **complex patrimonial** care include: clădirile și acareturile acestora, edificiile, utilajele, inventarul, materia primă, producția finală, cotele-părți la alte întreprinderi, datoriile întreprinderii și creanțele acesteia, precum și drepturile la simbolica ce individualizează întreprinderea (denumirea de firmă, marca de producție etc.)¹¹.

Așa cum reiese din însăși denumirea sa, întreprinderea reprezintă un *bun complex*, alcătuit din mai multe elemente care formează un tot întreg destinat folosinței comune (alin.(1) art.297 din Codul civil). Din acest punct de vedere, întreprinderea intră sub incidența regimului juridic al universalității de drept (alin.(2) art.98), deoarece poate include în componența sa o pluralitate de bunuri corporale și incorporale de orice fel.

În legătură cu aceasta, în doctrină s-a specificat că întreprinderea reprezintă nu doar un patrimoniu sau un bun oarecare, dar se manifestă ca un complex de bunuri, funcțional și bine organizat, în care toate elementele sunt folosite de către întreprinzător pentru desfășurarea cu succes a activității sale aducătoare de profit. În cadrul complexului, diferitele categorii de bunuri formează o anumită unitate juridică – întreprinderea privită ca complex patrimonial unic, ca obiect al drepturilor civile¹².

Cuvântul „complex” (din latină *complexus*) înseamnă un grup de elemente, unite logic între ele. Luată în mod particular, fiecare element al complexului poate

exista de sine stătător, în schimb nu este capabil să îndeplinească funcțiile întregului complex. Din acest considerent, complexul trebuie privit în ansamblu, ca un tot întreg¹³.

b) Complexul patrimonial al întreprinderii poartă **caracter unic**. Aceasta se explică prin faptul că toate elementele din componența întreprinderii funcționează ca un tot întreg și sunt unite în scopul practicării activității de întreprinzător. Componente clasice se consideră, spre exemplu, fabricile, magazinele, restaurantele, hotelurile, cafenelele, frizeriile, atelierelor, depozitele, inventarul etc. Uneori, din componența întreprinderii pot să lipsească o serie de elemente, precum terenurile, clădirile, construcțiile, locul lor fiind preluat de obiecte ale proprietății intelectuale, cum sunt denumirea de firmă, emblema, marca etc.

Alteori întreprinderea poate să nu dispună în proprietate de bunuri, dar să le dețină în baza contractului de locațiune sau de arendă. În asemenea situație, la vânzare-cumpărare accentul se pune pe atributele de identificare ale întreprinderii (denumire de firmă, emblema, marcă de producție etc.) care contribuie la sporirea valorii bănești a acesteia. În special, faptul dat îl putem remarca la instituțiile financiare, companiile de asigurare, companiile de audit și consulting pentru care denumirea, clientela și reputația sunt primordiale.

c) Poate face obiectul diferitelor contracte juridico-civile, precum: vânzare-cumpărare, arendă, locațiune, gaj, administrare fiduciară etc.

d) Întreprinderea privită ca un complex patrimonial reprezintă în sine un patrimoniu care, fiind pus în aplicare, să aducă venit. Orice complex patrimonial, care este utilizat în alte scopuri decât obținerea venitului (câștigului), nu poate fi recunoscut ca întreprindere în sensul art.817-226 din Codul civil.

e) Gestionarea întreprinderii ca un complex patrimonial se face de către un subiect de drept – persoană fizică sau persoană juridică, înregistrate în calitate de întreprinzător.

Societățile necomerciale pot dispune de întreprindere privită ca un complex patrimonial unic. Spre exemplu, asociațiile obștești sau partidele politice pot deține în proprietate o tipografie, o revistă, o bibliotecă, computere, hârtie etc. Se impune condiția ca întrebuințarea bunurilor să se realizeze în conformitate cu scopul organizației necomerciale (art.188), iar venitul obținut nu poate fi împărțit între membrii fondatori ai acestei organizații.

Există și situații când întreprinzătorul poate să nu dispună de o întreprindere ca complex patrimonial. Este vorba de persoana fizică care activează în baza patentei. Întreaga sa activitate este orientată spre obținerea profitului de scurtă durată (de moment), și nu acumularea unor bunuri în calitate de complex patrimonial¹⁴.

Natura juridică a întreprinderii ca complex patrimonial unic. Legiuitorul nu s-a pronunțat asupra



naturii juridice a întreprinderii ca complex patrimonial unic, așa cum a făcut-o, spre exemplu, legiuitorul în Codul civil al Federației Ruse. În legislația rusă întreprinderea ca complex patrimonial este considerată a fi bun imobil (art.549)¹⁵. Această situație însă generează numeroase probleme¹⁶, motiv din care renumitul profesor civilist rus, *E.Suhanov*, este de părere că întreprinderea ca un complex patrimonial unic poartă natură juridică de „business” sau „afacere”¹⁷. Același punct de vedere îl găsim în doctrina românească. Astfel, profesorul *Gh.Piperea* consideră întreprinderea ca fiind o afacere organizată: „Întreprinderea este o afacere pentru că presupune asumarea unui risc. Riscul constă în posibilitatea de a obține un profit sau de a suporta o pierdere”¹⁸.

Codul civil al Republicii Moldova nu permite a trage concluzii certe în acest sens. În consecință, părerile doctrinarilor s-au diversificat. Unii autori (*E.Cojocari*, *A.Bloșenco*) consideră că întreprinderea ca complex patrimonial din legislația națională reprezintă un bun imobil¹⁹. Conform unor opinii separate, întreprinderea ca complex patrimonial unic ar fi bun mobil (*A.Calenic*)²⁰, iar după alt autor (*O.Halabudenco*) s-ar deduce că legislația Republicii Moldova a fost inspirată din legislația Franței unde întreprinderea-obiect este considerată *bun incorpora*²¹. Există și surse în care autorii, pentru a nu greși, evită de a se pronunța asupra naturii juridice a întreprinderii ca complex patrimonial unic²².

O situație diferită există în legislația română, unde întreprinderea-obiect este denumită *fond de comerț*. După natura sa juridică, fondul de comerț este considerat *bun mobil*, iar elementele care-l compun pot fi corporale (materiale, utilaje, mărfuri etc.) și incorporale (drepturi asupra firmei, emblemei, mărcilor, clientelei, vadului comercial, drepturi de autor etc.)²³. Sintagma „fond de comerț” nu este cunoscută legislației naționale. Am putea spune că echivalentul acesteia este întreprinderea ca complex patrimonial unic.

Vânzarea-cumpărarea întreprinderii ca un complex patrimonial unic

Conform art. 817 din Codul civil, în baza contractului de vânzare-cumpărare a întreprinderii, vânzătorul se obligă să dea în proprietate cumpărătorului întreprinderea în calitate de complex patrimonial unic, cu excepția drepturilor și obligațiilor inalienabile.

Dreptul la denumirea de firmă, la mărcile de producție și la alte mijloace de individualizare a întreprinderii și a producției acesteia, a lucrărilor și serviciilor, precum și dreptul de folosință asupra acestor mijloace de individualizare se transmit cumpărătorului, dacă în contract nu este prevăzut altfel.

Părțile contractului sunt vânzătorul și cumpărătorul. În calitate de *vânzător*, potrivit regulii generale, pot figura persoanele fizice sau persoanele juridice cărora întreprinderea le aparține cu drept de proprietate. În calitate de *cumpărător* pot fi persoanele fizice ce practică activitatea de întreprinzător precum și persoanele juri-

dice de drept public (statul și unitățile administrativ-teritoriale) și privat.

Obiectul vânzării-cumpărării întreprinderii ca un complex patrimonial unic îl constituie terenurile de pământ, autovehiculele, utilajul, construcțiile, scările și alte bunuri.

În practică este foarte important de a face deosebire între vânzarea întreprinderii ca un complex patrimonial și vânzarea părții sociale (acțiunilor). În situația vânzării părții sociale, fie chiar și în proporție de 100%, noul asociat devine proprietar asupra bunurilor din capitalul social, pe când cele care nu sunt incluse în capitalul social, continuă să aparțină fostului asociat. Deținerea cotei-părți în capitalul social permite noul asociat să obțină un drept de control și administrare asupra activității societății²⁴.

Situație de speță. Pentru mai multă claritate aducem o situație practică. În speță, părțile au încheiat contract de vânzare-cumpărare a cotei părți în mărime de 100% din capitalul social al SRL „Present Design”. Ulterior, cumpărătorul s-a adresat cu acțiune în judecată solicitând declararea nulității contractului de vânzare-cumpărare a părții sociale din motiv că nu i-au fost transmise în proprietate bunurile întreprinderii. În motivarea cererii, se indică faptul că prin actul juridic respectiv urma să se realizeze vânzarea-cumpărarea întreprinderii ca un complex patrimonial ceea ce de fapt nu s-a realizat, fiind ignorate și prevederile art.817-822 din Codul civil.

Judecătoria Hâncești a respins cererea reclamantului, motivând că vânzarea părți sociale nicidecum nu trebuie privită ca vânzarea întreprinderii ca un complex patrimonial, ce ar fi inclus în sine clădirile, edificiile, utilajele, inventarul, materia primă, producția finală etc. Capitalul social reprezintă o expresie valorică (bănească) a contribuțiilor asociațiilor societății și nu este un ansamblu de bunuri transmise de aceștia. În caz, partea socială reprezintă un bun incorporeal individual determinat, constatat printr-un titlu, nesusceptibil de transmitere în modul indicat de pârât. Ca urmare, considerentele expuse de pârât privind netransmiterea patrimoniului întreprinderii nu pot servi ca argument în susținerea încălcării prevederilor art.817-822 din Codul civil (*Hotărârea Judecătoriai Hâncești din 14.11.2012, dosarul nr.2-143/2012. Arhiva Judecătoriai Hâncești*).

Forma. Contractul de vânzare-cumpărare a întreprinderii ca un complex patrimonial unic se încheie în formă autentică și se înregistrează la Camera Înregistrării de Stat (art.818 din Codul civil)²⁵. Mai apoi, dreptul de proprietate asupra întreprinderii urmează a fi înregistrat (art.822 alin.(1))²⁶.

Până la semnarea contractului, părțile trebuie să întocmească și să examineze actul de inventariere, bilanțul contabil, concluzia auditorului independent asupra componenței și valorii întreprinderii, lista datoriilor vânzătorului incluse în componența întreprinderii cu indicarea creditorilor, caracterul datoriei, cuantumul



și termenele de executare a obligațiilor (art. 819 din Codul civil).

Prețul. În fiecare caz concret, prețul în contractul de vânzare-cumpărare se determină prin acordul de voință al părților. O importanță deosebită la formarea prețului o are faptul dacă întreprinderea funcționează sau se află în stagnare²⁷. Prețul este determinat și în funcție de poziția pe piață, locul amplasării (spre exemplu, în centrul orașului, la periferie etc.), distanța până la sursa de materie primă, clientela, vadul comercial, reclama, reputația, șansele de realizare a businessului pe viitor etc.²⁸.

Vânzarea-cumpărarea întreprinderii ca un complex patrimonial unic în cazul privatizării întreprinderilor de stat și municipale. Baza normativă o găsim în *Legea privind administrarea și deetativizarea proprietății publice nr.121/2007*²⁹ (art.22 alin.(1) lit.(d-1)) și în *Regulamentul concursurilor comerciale și investiționale de privatizare a proprietății publice*, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr.919/2008³⁰ din care reiese că întreprinderile de stat și întreprinderile municipale pot fi vândute în calitate de complexe patrimoniale unice. În calitate de vânzător al întreprinderilor de stat este Agenția Proprietății Publice, iar al întreprinderilor municipale – autoritățile administrației publice locale. Cumpărătorul se desemnează în baza concursului de privatizare. Dreptul de proprietate asupra complexului de bunuri trece la cumpărător după achitarea integrală a prețului și înregistrarea de stat.

Luând în considerație înțelesul diferit al cuvântului „întreprindere”, ca obiect și ca subiect al raporturilor civile, în practică pot fi întâlnite situații în care chiar și instanțele judecătorești trag anumite confuzii.

Situație de speță. În urma desfășurării concursului de privatizare a Î.S. Complexul Hotelier „Codru”, câștigător a fost declarată compania „Daranian Holdings Limited” (Cipru). Conform deciziei comisiei de concurs, a fost semnat contractul de vânzare-cumpărare a Î.S. Complexul Hotelier „Codru” ca complex patrimonial unic, unde Agenția Proprietății Publice (în calitate de vânzător) l-a transmis în proprietatea companiei „Daranian Holdings Limited” (cumpărător). Evaluarea complexului patrimonial a fost efectuată de către Î.S. „Centru de expertiză și evaluare”, iar în baza acestei evaluări, vânzătorul a stabilit prețul inițial de vânzare în mărime de 50 mil. lei. Apoi contractul a fost înregistrat la Camera Înregistrării de Stat, și mai apoi în Registrul bunurilor imobile.

Litigiul a survenit în legătură cu faptul că în contractul de vânzare-cumpărare a întreprinderii ca complex patrimonial părțile au introdus o clauză conform căreia contractul urma să servească drept temei pentru reorganizarea Complexului Hotelier „Codru”, din întreprindere de stat, în societatea cu răspundere limitată. *Procuratura Generală a înaintat recurs solicitând anularea contractului de vânzare-cumpărare a întreprinderii ca complex patrimonial unic, pe motiv că în*

contract s-a făcut confuzia dintre întreprinderea-subiect și întreprinderea-obiect al obligațiilor civile. Cu alte cuvinte, părțile nu erau în drept să introducă clauza de reorganizare în contractul de vânzare-cumpărare, deoarece procedura de reorganizare se referă la întreprinderea-subiect de drept, în timp ce contractul – la întreprinderea ca obiect al obligațiilor civile. Mai mult, proprietar al complexului patrimonial a devenit nu compania „Daranian Holdings Limited” (așa cum ar fi trebuit să fie), dar însuși Complexul Hotelier „Codru”, care și-a schimbat doar forma juridică de organizare, devenind societate cu răspundere limitată.

Curtea Supremă de Justiție s-a expus că sunt neîntemeiate cerințele Procuraturii Generale privind recunoașterea nulității contractului de vânzare-cumpărare. În opinia Curții, procedura de reorganizare a Complexului Hotelier „Codru” din întreprindere de stat în societate cu răspundere limitată a fost efectuată în mod legal, legalitatea fiind verificată de către Camera Înregistrării de Stat. Mai mult, reorganizarea complexului hotelier ca rezultat al executării contractului a fost una necesară, în scopul atingerii prerogativelor care au fost stabilite în contract (*Decizia Colegiului economic al Curții Supreme de Justiție a RM din 18.05.2010, dosarul nr.2re-178/2010*).

Generalizând cele expuse, subliniem că, pentru evitarea confuziei dintre cele două înțelesuri ale cuvântului întreprindere, ca subiect de drept și ca obiect al raporturilor civile, este necesară uniformizarea legislației în scopul utilizării acestui cuvânt doar ca obiect al raporturilor civile.

Linia corectă, în acest sens, este redată de Codul civil, unde subiecții activității de întreprinzător sunt denumiți prin cuvintele „întreprinzător” și „comerciant” (art.26, art.749 alin.(1), art.765 alin.(3) etc.), iar întreprinderea este examinată ca obiect al raporturilor civile de vânzare-cumpărare, gaj etc. Singura excepție în acest caz o constituie întreprinderile de stat și întreprinderile municipale care, în virtutea tradiției, au fost preluate în Codul civil din vechea legislație.

Întreaga problemă legată de utilizarea confuză a termenului „întreprindere” este provocată de menținerea în vigoare a Legii cu privire la antreprenoriat și întreprinderi. Abrogarea acesteia din urmă ar contribui la uniformizarea terminologiei juridice, dar și la dispariția semnelor de întrebare cu referire la anumite dispoziții din această lege (cum ar fi, întreprinderea de arendă, care nu se mai regăsește în nici un act normativ).

Note:

¹ Legea cu privire la antreprenoriat și întreprinderi nr.845/1992, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 1994, nr.2.

² Prin analogie, o soartă asemănătoare a avut Legea cu privire la proprietate nr.459/1991 (în prezent abrogată) care s-a men-



ținut în vigoare până în anul 2007, însă, de facto, nu se mai făcea trimitere la normele acestea.

³ Prin urmare, odată cu intrarea în vigoare a noului Cod civil, pentru a evidenția subiecții activității de întreprinzător, este necesar a evita cuvântul *întreprindere*. Legiuitorul în această privință a efectuat modificări indispensabile, și anume: utilizează noțiunile „comerciant” și „antreprenor” (art.26, alin.(1) art.749, alin.(3) art.765 din Codul civil), iar întreprinderea ca fiind un complex patrimonial unic este recunoscută, în mod direct, ca obiect al contractului de vânzare-cumpărare și al contractului de gaj, adică se prezintă în calitate de obiect, nu ca subiect de drept.

⁴ Грибанов А., *Предприятие как имущественный комплекс (объект права) по праву России и Германии: Монография*, Инфотропик Медиа, Москва, 2010, с.36.

⁵ Суханов Е., *Проблемы развития законодательства о коммерческих организациях*, în *Хозяйство и право* (Federația Rusă), 2002, №5, с.58.

⁶ Codul civil al Republicii Sovietice Socialiste Moldovenești din 26.12.64, în *Buletinul Oficial*, nr.000 din 26.12.1964.

⁷ A se vedea: Legea cu privire la privatizare nr.627/1991, Legea privind investițiile străine nr.998/1992 (abrogată), Legea cu privire la gaj nr.838/1996 (abrogată).

⁸ Грибанов А., *op.cit.*, p.36.

⁹ *Ibidem*, p.40.

¹⁰ De exemplu, vânzarea-cumpărarea întreprinderii ca complex patrimonial unic (art.817-822 din Codul civil), gajul întreprinderii (alin.(3) art.455 din Codul civil, art.27-31 din Legea cu privire la gaj), vânzarea întreprinderii (afacerii) debitorului în cazul insolvenței (art.129 din Legea insolvenței nr.149/2012); privatizarea întreprinderilor cu capital de stat sau municipal (art.22 alin.(1) lit.(d-1) din Legea privind administrarea și deținatizarea proprietății publice nr.121/2007) etc.

¹¹ Rotari Alexandru, *Comentariul Codului civil al Republicii Moldova*, vol. II (col. de aut.), Arc, Chișinău, 2006, p.444.

¹² Каленик А.В., *Коммерческое (предпринимательское) право*, изд. 3-е, Типография din Bălți SRL, 2008, p.183.

¹³ Пхалагов Т.С., *Имущественный комплекс как объект гражданских прав*, în *Новая правовая мысль* (Federația Rusă), 2010, №6, с.22.

¹⁴ Каленик А.В., *Коммерческое право*, Business-Elita, Chișinău, 2004, p.149.

¹⁵ În componența întreprinderii ca complex patrimonial unic poate să nu fie prezent nici un bun imobil. Întrebarea este cum calificăm în asemenea situații întreprinderea? Răspunsul autorilor ruși este că suntem în fața unei ficțiuni a legii. Întreprinderea a fost calificată ca imobil prin voința legiuitorului, și nu în funcție de legătura pe care o are cu imobilul. Mai mult, pot fi situații când în componența întreprinderii să nu existe nici un bun imobil și, în acest caz, întreprinderea la fel, va fi calificată drept bun imobil.

¹⁶ În legislația rusă, ca și în cea moldovenească de altfel, accentul este pus pe bunuri, în detrimentul altei laturi importante, cum este afacerea (business), în care rolul principal revine clientelei, pieței de desfacere, reputației, secretului comercial. Atribuirea întreprinderii-obiect la una din categoriile de bunuri – mobile sau imobile, nu rezolvă problema, ci, dimpotrivă, o aprofundează și mai mult (Кравцова Е.А., *Понятие предприятия как имущественного комплекса в гражданском законодательстве Российской Федерации*, în *Образование и право* (Federația Rusă), 2012, №3, с.239; Сусликов В.Н., *О правовом статусе предприятия как имущественного комплекса*, în *Гражданское право* (Federația Rusă), 2009, №4, с.25).

¹⁷ Суханов Е., *Предприятие и юридическое лицо*, în *Хозяйство и право* (Federația Rusă), 2004, №7, с.4.

¹⁸ Piperea Gheorghe, *Drept comercial. Întreprinderea*, C.H.Beck, București, 2012, p.36.

¹⁹ Volcinschi Victor, Cojocari Eugenia, *Dreptul economic (Dreptul antreprenoriatului)*, Business-Elita, Chișinău, 2006, p.352; Bloșenco Andrei, *Drept civil. Partea specială: Note de curs*, Cartdidact, Chișinău, 2003, p.30.

²⁰ Каленик А.В., *Основы правового регулирования предпринимательства и предприятий в Республике Молдова: состояние, тенденции развития и проблемы*, în *Предпринимательское право* (Federația Rusă), 2009, №2, с.33.

²¹ Халабуденко О., *Договор купли-продажи предприятия как имущественного комплекса*, în *Бухгалтерские и налоговые консультации*, 2003, №10, с.57.

²² Rotari Alexandru, *Drept civil. Contracte speciale* // Chibac Gheorghe, Băieșu Aurel, Volcinschi Victor, Rotari Alexandru, Efrim Oleg, vol. II, Cartier, Chișinău, 2006, p.57-62; Roșca Nicolae, Baieș Sergiu, *Dreptul afacerilor*, ed. a ²³ Pentru mai multe detalii a se vedea: Herovanu Lucia-Valentina, *Fondul de comerț: Monografie*, Universul juridic, București, 2011, p.35.

²⁴ Грибанов А., *op.cit.*, p.13.

²⁵ Obligația înregistrării contractului este prevăzută și în art.191 al Legii privind înregistrarea de stat a persoanelor juridice și a întreprinzătorilor individuali nr.220/2007. Suntem de părere că contractul de vânzare-cumpărare a întreprinderii ca complex patrimonial unic nu ar trebui înregistrat la Camera Înregistrării de Stat. Forma autentificată notarial ar fi suficientă pentru opozabilitatea contractului față de terți. Alceva, că vânzarea-cumpărarea întreprinderii se realizează printr-un cumul de contracte, iar fiecare dintre aceste contracte se supune unei înregistrări aparte. Spre exemplu, contractul de vânzare-cumpărare a bunurilor imobile se înregistrează la oficiul cadastral teritorial, vânzarea-cumpărarea denumirii de firmă și a mărcii – la Agenția pentru Protecția Proprietății Intelectuale etc.

De lege ferenda, propunem modificarea art.818 din Codul civil și expunerea lui în următoarea redacție: „Contractul de vânzare-cumpărare al întreprinderii în calitate de complex patrimonial unic se încheie în formă autentică”. Totodată, recomandăm excluderea art.191 din Legea nr.220/2007 (Mihalache Iurie, *Forma contractului de vânzare-cumpărare a întreprinderii ca un complex patrimonial unic*, în *Studia Universitatis. Revistă științifică a Universității de Stat din Moldova*, 2007, nr.6, p.47).

²⁶ În primul rând, Codul civil nu specifică organul competent de a efectua înregistrarea dreptului de proprietate asupra întreprinderii. În legătură cu aceasta, în doctrină se propune completarea art.822 din Codul civil cu mențiunea că dreptul de proprietate asupra întreprinderii ca un complex patrimonial unic va trece la cumpărător la data înscrierii în Registrul bunurilor imobile. De asemenea, se recomandă completarea alin.(2) art.288 din Codul civil cu o nouă categorie de bunuri imobile – *întreprinderea ca un complex patrimonial unic* (Palii Victor, *Aspecte privind întreprinderea ca complex patrimonial unic. Contractul de vânzare-cumpărare a întreprinderii ca un complex patrimonial unic*, în *Analele științifice ale Universității de Stat din Moldova*, Ediție jubiliară, Seria „Științe socio-umanistice”, vol. I, CEP USM, Chișinău, 2006, p.311).

²⁷ Chelaru Oleg, Mihalache Iurie, *Aspecte cu privire la obiectul și forma contractului de vânzare-cumpărare a întreprinderii ca un complex patrimonial unic*, în *Revista Națională de Drept*, 2007, nr.11, p.62.

²⁸ Calenic Alexandru, *Dreptul afacerilor: Curs universitar*, ed. a II-a (coord. A.Cuznețov), CEP USM, Chișinău, 2013, p.160.

²⁹ *Legea privind administrarea și deținatizarea proprietății publice*, nr.121 din 04.05.2007, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2007, nr.90-93.

³⁰ *Regulamentul concursurilor comerciale și investiționale de privatizare a proprietății publice*, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr.919 din 30.07.2008, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.143-144, 2008.



RĂSPUNDEREA PENALĂ A PARTICIPANȚILOR LA INFRAȚIUNILE DE RĂZBOI

Igor BOTEZATU,
doctor în drept (judecător la Judecătoria raionului Vulcănești)
Nicolae BUZA,
doctorand (USM)

REZUMAT

Acest articol este consacrat celor mai controversate aspecte referitoare la statutul subiectului, precum și la stabilirea condițiilor și limitelor răspunderii penale a participanților la infracțiunile de război împotriva persoanelor. O astfel de abordare a permis autorilor obținerea unui studiu explicit și bine sistematizat în domeniul nominalizat. În cadrul studiului, s-au efectuat: analiza minuțioasă a conceptelor doctrinare existente în materie; cercetarea multilaterală a actelor normative cu caracter internațional; examinarea unor cazuri din practica judiciară internațională, precum și studierea celor mai recente modificări ale legii penale referitoare la institutul participației a infracțiunilor de război. Prin urmare, au fost formulate mai multe concluzii și recomandări menite să contribuie la rezolvarea controverselor în domeniul participației.

Cuvinte-cheie: infracțiunea de război, timp de război, participație, favorizarea infracțiunii, răspunderea superiorului, răspunderea subalternului, autorul, părțile secunde.

SUMMARY

This article is dedicated to the most questionable aspects regarding the subject of the war crime as well as conditions and limits of the criminal liability of parties to war crimes committed against protected persons. In such a manner the authors have obtained a clear and well-determined research in this domain. In the realm of the research there were performed the following: the meticulous analysis of the scientific points of view; the comprehensive research of the international normative acts; the examination of case law from the international judicial practice as well as the investigation of the latest modifications of lawmaking authorities concerning the institution of participation to war crimes. As a result, there were formulated a great deal of recommendations which are aimed to solution of questionable aspects in the domain of participation.

Keywords: war crime, war time, participation, command responsibility, responsibility of the superior, responsibility of the subordinator, principal, secondary parties.

În conformitate cu prevederile de la alin.(1) art.22 (*Nullum crimen sine lege*) din Statutul de la Roma, o persoană nu răspunde penal în baza numelui statut decât dacă comportamentul său constituie, în momentul în care se produce, o crimă ce ține de competența Curții¹. Potrivit alin.(1) art.24, nimeni nu răspunde penal, în baza Statutului de la Roma, pentru un comportament anterior intrării în vigoare a acestuia. Dacă dreptul aplicabil unei cauze este modificat înainte de judecarea definitivă, se aplică dreptul cel mai favorabil persoanei care face obiectul unei anchete, urmăririi sau al unei condamnări.

Subiectul infracțiunilor de război împotriva persoanelor prevăzute la art. 137 CP RM este o persoană fizică responsabilă care, la momentul săvârșirii infracțiunii, a atins vârsta de 16 ani. Particularitățile subiectului general sunt enumerate prin criteriile care-l caracterizează: responsabilitatea (elementul psihologic) și împlinirea vârstei stabilită de legea penală (elementul biologic). Având în vedere că legea penală a Republicii Moldova se bazează pe criteriul de vârstă biologică, atunci, în acord cu dispoziția art.21 CP RM, subiectul infracțiunii prevăzute la art.137 CP RM este persoana fizică care, la momentul săvârșirii faptei, a atins vârsta de 16 ani. De asemenea, persoana trebuie să fie responsabilă, ceea ce determină starea psihică normală a unui om sănătos. Responsabilitatea presupune existența a doi factori: *intelectiv și volitiv*. Prin intermediul factorului intelectual, se manifestă conștiința persoanei de a săvârși anumite acțiuni. În ipoteza infracțiunii cercetate, în afară de săvârșirea anumitor fapte prejudiciabile, subiectul dă dovadă de anumite capacități de a organiza lucrurile în așa mod ca să fie atins rezultatul dorit. Factorul volitiv

constă în capacitatea persoanei de a-și manifesta voința și de a-și dirija acțiunile.

Examinând prevederile art.137 CP RM referitoare la subiect, observăm că *de iure* legea nu cere o calitate specială a subiectului acestei infracțiuni, el poate fi orice persoană, dar cu o excepție prevăzută la lit.d) alin.(1) art.137 CP RM (un agent al Părții ocupante). Cu toate că astfel de precizări legislative lipsesc, în unele cazuri calitatea specială a subiectului poate fi în mod ipotetic dedusă din formulările întâlnite în textul legii, cum ar fi cu titlu de exemplu, efectuarea experiențelor de orice fel (lit.a) alin.(2) art.137 CP RM), prelevarea de țesuturi sau organe (lit.b) alin.(2) art.137 CP RM), pronunțarea condamnării sau executarea acesteia, fără respectarea unei proceduri legale și imparțiale (lit.g) alin.(3) art.137 CP RM). Se poate face o oarecare particularizare, în sensul că subiect poate fi un militar al armatei străine sub a cărei putere se află persoanele protejate, o persoană cu funcție de conducere în acea armată sau chiar persoane civile care slujesc puterii adverse și care au anumite calități.

Ne-o confirmă însăși practica judiciară în materie. Or, nu putem face abstracție de la jurisprudența internațională care a demonstrat cert că, în majoritatea cazurilor, aceste persoane posedă oarecare trăsături specifice. Așadar, spre exemplu, în *Cazul Aleksovski*, inculpatul a lucrat în închisoarea Zenica până la apariția conflictului armat, iar în perioada ianuarie-mai 1993 (perioada relevantă) el era comandantul închisorii Kaonik. Fiind comandant și deținând autoritate și funcții de control asupra gardienilor, el a fost instigator și complice la relele tratamente aplicate deținuților pe parcursul perchezițiilor corporale; a ordonat, a instigat, a provocat și a tolerat violențele în închisoare,



a folosit deținuții în calitate de „scut viu” și i-a selectat la lucrări subterane forțate².

Într-un alt caz, infracțiunile incriminate au fost comise de către comandanții Jokerilor (engl. – Jokers – unitatea cu destinație specială din cadrul forțelor armate ale comunității croațiene din Bosnia-Herzegovina (BH))³. În *Cazul Dragoljub Kunarać, Radomir Kovać și Zoran Vuković*, forțele serbiene îi arestau pe musulmani atât în oraș, cât și în satele vecine; femeile, copiii și vârstnicii erau ținuti în case, apartamente, și centrele de detenție, cum ar fi Buk Bijela, școala superioară din Foca și sala sportivă „Partizan”. În special, Dragoljub Kunarać, din iunie 1992 până în februarie 1993 a fost comandantul unității speciale a Serviciului de Informații, încorporat în Grupul de Tactică din Armata Bosniei și Serbiei din orașul Foca cu statutul major plasat în Velecevo⁴.

În *Cazul „Celebici”* s-a stabilit că Mucic era comandantul lagărului Celebici, Delic era primul adjunct al comandantului, iar Lanžo era gardianul închisorii. Totodată, în forme diferite Delalić a fost coordonator al musulmanilor bosniaci și al forțelor armate bosnian-croațiene în raionul Konjic în perioada aprilie-septembrie 1992. Camera de Examinare pe acest caz a ajuns la concluzia că Delalić nu a avut control suficient asupra lagărului Celebici și, prin urmare, angajații gardieni sunt supuși răspunderii penale pentru acțiunile lor comise⁵.

Din rațiunile relatate, ca element de noutate, prin Statutul Curții Penale Internaționale⁶, s-a extins sfera noțiunii *criminal de război* și asupra *persoanelor civile*, chiar dacă acestea nu participă la acțiuni militare. Această extindere rezultă din incriminarea deportărilor pentru munci forțate sau în alte scopuri, care pot fi săvârșite mai ales de persoanele învestite cu exercițiul autorităților publice statale⁷.

Prin urmare, precizăm că *subiectul poate fi un reprezentant al adversarului*, spre exemplu, un militar ar armatei străine, sub a cărei putere se află persoanele protejate, sau chiar și un funcționar civil, însă care deține control efectiv, inclusiv asupra militarilor, cum a fost în *Cazul Aleksovski*⁸. Inculpatul Aleksovski nu era de acord că el „deținea autoritate asupra gardienilor”. În opinia lui, pentru aplicarea prevederilor art. 7(3) din Statut⁹, *trebuia să existe împuternicirea de a executa control, a emite ordine și a sancționa cazuri de nesupunere a deținuților*. Referindu-se la soldații poliției militare, Aleksovski a menționat că el nu deținea aceste împuterniciri asupra lor, și rolul lui era pur administrativ și reprezentativ. Mai târziu, a declarat că el era angajat în calitate de gardian civil în închisoarea Kaonik, și nu avea autoritatea asupra militarilor în calitate de superior, el avea doar putere de a informa superiorii acestor gardieni privind înregistrarea cazurilor de relele tratamente. Aleksovski a subliniat că era angajat nu de Ministerul Apărării, ci de Ministerul Justiției. Prin urmare, Aleksovski a invocat faptul că, fiind un simplu gardian civil angajat al Ministerului Justiției, și nu a Ministerului Apărării, el nu avea autoritate de comandant. Însă Camera de Apel a subliniat că nu are importanță care este statutul gardianului (civil sau militar) la momentul comiterii infracțiunilor incriminate, Aleksovski *de facto* deținea această autoritate care se exprima în *posibilitatea de a efectua control, prevenire și sancționare a subalternilor*¹⁰. Important e să stabilim legătura de cauzalitate între acțiunile acestora și starea de război. Că este conducător, comandant, militar sau orice alt individ, nu are nici o relevanță.

Anume polemica științifică pe marginea calității subiectului infracțiunilor de război împotriva persoanelor și căutarea unui răspuns rezonabil, clar și corect ne provoacă la efectuarea unei examinări substanțiale și detaliate a cercului de subiecți care pot fi urmăriți penal pentru infracțiunile de război și a trăsăturilor lor definitorii.

Cu privire la *răspunderea penală a participanților la săvârșirea infracțiunilor de război împotriva persoanelor*, sunt invocate considerente din jurisprudența Tribunalului Penal Internațional pentru fosta Iugoslavie, fiind evidențiat avantajul soluționării diferendelor ce apar în procesul calificării infracțiunilor de război săvârșite de către diferiți subiecți, accentul punându-se pe unele aspecte controversate privind limitele și condițiile răspunderii penale a participanților.

Analizând selectiv jurisprudența internațională în domeniu, am conturat principalele două segmente care vor fi elucidate:

– Răspunderea penală a părților secunde (accesorii) (engl. – *secondary parties*), în special relevarea conținutului juridic al acțiunilor de complicitate și de provocare (instigare) (engl. – *aiding and abetting*);

– Răspunderea penală a superiorului pentru acțiunile comise de către subalternii lui (engl. – *responsibility of the superior*).

În această ordine de idei, amintim *Cazul Dragoljub Kunarać, Radomir Kovać și Zoran Vuković*, unde s-a stabilit că *acordarea asistenței sau provocarea (instigarea) la comiterea infracțiunii diferă de comiterea nemijlocită a infracțiunii și, prin urmare, constituie o formă de răspundere a părților secunde (accesorii)*¹¹.

În *Cazul Tadić*¹², Camera de Apel a susținut că răspunderea penală a unei persoane survine pentru fapta comisă de o altă persoană în cazul în care prima persoană a instigat-o sau a asistat-o. Instanța a ajuns la următoarele concluzii:

a) instigatorul și complicele au statut de *părți secunde* (engl. – *secondary parties*), pe când autorul infracțiunii se recunoaște drept *principalul*;

b) trebuie demonstrat că instigatorul (engl. – *the abettor*) și complicele (engl. – *the aider*) au îndeplinit toate acțiunile destinate într-un mod special pentru a acorda asistență, a încuraja sau a asigura susținere morală în scopul comiterii unei anumite infracțiuni de către principal (autor); acest ajutor având un efect substanțial în comiterea infracțiunii;

c) trebuie demonstrat că instigatorul și complicele cunoșteau (știau) că acțiunile lui ajută la săvârșirea infracțiunii de către autor;

d) nu este obligatoriu să existe un plan comun de acțiuni între autorul infracțiunii (principalul) și părțile secundare (instigatorul sau complicele).

Cercetând particularitățile răspunderii penale ale autorului și ale părților secunde, trebuie de făcut unele referințe comune la jurisprudența în *Cazurile Furundžija*¹³ și *Tadić*¹⁴. Astfel, observăm că *survenirea răspunderii penale a făptuitorului pentru instigarea și complicitatea unei alte persoane la comiterea infracțiunii* a fost examinată de către Camera de Examinare nr. II în *Cazul Furundžija*¹⁵. Instanța a formulat următoarele concluzii:

(1) trebuie demonstrat că instigatorul sau complicele *au săvârșit* acțiuni ce constituie ajutor material, încurajarea sau susținerea morală, având un efect substanțial la comiterea de către autor a infracțiunii în cauză;



(2) trebuie demonstrat că instigatorul sau complicele *cunoșteau* (în sensul că știau) că prin acțiunile lor se acordă asistență autorului în comiterea infracțiunii.

Anterior însă instanța a subliniat că *nu e nevoie de demonstrat coincidența vinovăției instigatorului sau complicei cu atitudinea psihică a autorului față de cele comise, însă trebuie probată cunoașterea atitudinii psihice a autorului de către instigator sau complice. Este indiscutabil că trebuie demonstrat faptul că instigatorul sau complicele au cunoscut (și-a dat seama) de elementele esențiale ale infracțiunii care a fost comisă de către autor*¹⁶.

Prin urmare, făcând referință la răspunderea penală individuală a inculpatului Anto Furundžija¹⁷, Partea Acuzării a considerat că inculpatul trebuie să răspundă *în mod personal* pentru participarea lui la infracțiunile prevăzute în art. 7(1) din Statut al Tribunalului Penal Internațional pentru fosta Iugoslavie, care conține următoarele prevederi: „*Persoana care a planificat, a instigat, a ordonat, a comis, a provocat sau a contribuit prin altă metodă la planificarea, pregătirea sau săvârșirea infracțiunilor prevăzute în Statutul prezent, va fi supusă răspunderii personale pentru cele comise*”¹⁸. Procurorul a declarat că, pornind de la această sintagmă legislativă, inculpatul trebuie să fie supus răspunderii penale, deoarece el avea intenția pentru participare prin faptul că acțiunea lui a contribuit la comiterea acestei infracțiuni. Mai târziu, el a subliniat că *nu e obligatoriu ca participarea lui să fie una fizică, prin urmare, răspunderea penală survine și atunci când inculpatul era prezent la locul faptei și era conștient de ilegalitatea actelor comise de o altă persoană subalternă*. În conformitate cu cele expuse, procurorul a atenționat că acțiunile inculpatului erau de încurajare și inacțiunea lui, *de facto*, era suficientă pentru survenirea răspunderii penale personale în conformitate cu art. 7(1) din Statut pentru infracțiunea incriminată.

Totodată, inculpatul Anto Furundžija era acuzat de *instigare și complicitate* la tortură și a alte atentate împotriva demnității personale, inclusiv violul. Camera de Examinare a stabilit că *latura obiectivă a instigării și complicității în dreptul internațional penal include asistență practică, încurajare, suportul moral care au un efect substanțial în procesul săvârșirii infracțiunii*¹⁹.

Este de menționat că, pentru a fi recunoscut vinovat în săvârșirea torturii în calitate de *autor* sau *coautor*, făptuitorul trebuie să participe la săvârșirea părții integrale a actului de tortură, partajând intenția torturii, și anume, intenția de a obține informație sau mărturisire, sau intenția de a pedepsi, intimida, umili ori constrânge victima sau o altă persoană, sau intenția de discriminare, sau intenția de altă natură îndreptată împotriva victimei sau împotriva unei alte persoane.

Pentru a fi recunoscut vinovat în calitate de *instigator* sau *complice*, făptuitorul trebuie să acorde asistență cu un efect substanțial și fiind conștient de faptul că are loc un act de tortură. Așadar, pentru a determina dacă individul este autorul sau coautorul torturii, sau invers, instigatorul ori complicele, sau să nu fie responsabil penal, este absolut necesar a stabili dacă persoana, care a participat la proces de tortură, partajează scopul care stă la baza torturii (engl. – *partakes of the purpose behind torture*), cu alte cuvinte, dacă acesta acționează cu intenția de a obține informația sau mărturisirea, sau cu intenția de a pedepsi, intimida, umili ori constrânge victima sau o altă persoană, sau cu intenția

de discriminare, sau cu intenția de altă natură îndreptată împotriva victimei sau împotriva unei alte persoane. Dacă această intenție nu va exista, însă persoana acordă ajutor cu conștientizarea faptului că tortura este practicabilă, atunci persoana se recunoaște vinovată pentru instigarea sau complicitatea la săvârșirea torturii.

Observăm că *instigarea* sau *complicitatea* la săvârșirea torturii poate exista doar în anumite cazuri, spre exemplu, transportarea făptuitorilor la locul de săvârșire a torturii, cunoscând pe deplin pentru ce anume ei sunt aduși; sau aducerea alimentației sau a băuturii făptuitorilor la locul de tortură, fiind informați despre esența activității lor care aceștia o execută. În acest sens, *intenția instigatorului și a complicei* a fost definită de către Camera de Examinare în *Cazul Furundžija*²⁰ ca:

a) informarea cu privire la întreprinderea actului de participare și

b) decizia conștientă de a participa.

Dacă ambele elemente vor fi stabilite, atunci făptuitorul trebuie să fie supus răspunderii penale pentru toate consecințele survenite în urma acestui act. Astfel, nu este necesar pentru complice ca el să aibă aceeași atitudine psihică față de cele comise ca și autorul. Există doar o cerință, precum că complicele cunoaște că acțiunile lui îl ajută pe autor la comiterea infracțiunii. Mai mult, nu este obligatoriu ca instigatorul sau complicele să cunoască cu precizie ce fel de infracțiune urmează a fi comisă de către autor. Totodată, dacă el își dă seama (realizează) că o infracțiune dintr-un număr posibil de infracțiuni poate fi probabil comisă de către autor, și *de facto* a fost comisă, atunci el va fi recunoscut vinovat în instigare sau complicitate la infracțiune.

Pornind de la studiul de cazistica prezentată pe marginea răspunderii penale a participanților, rezumăm că în conformitate cu principiile elaborate în jurisprudența internațională, prezența unui singur autor la locul săvârșirii faptei nicidecum nu duce la concluzia că complicitatea sau instigarea nu există.

Latura obiectivă a instigării sau a complicității la infracțiune constă în asistarea practică, încurajare, suportul moral care au un efect substanțial la săvârșirea infracțiunii. Actul de asistență constă în acțiune sau omisiune și poate avea loc până la, pe parcursul sau după comiterea infracțiunii, însă nu este nevoie ca acest act să constituie cauza directă a comiterii actului criminal din partea autorului.

Latura subiectivă a actului de complicitate sau de provocare (instigare) se caracterizează prin comprehensiunea (conștientizarea) naturii actului comis de către complice sau instigator, precum că acesta îl ajută pe autor să comită o anumită infracțiune. Nu este obligatoriu ca complicele sau instigatorul să împărtășească intenție, motiv sau scop, identice cu cele ale autorului. Totodată, el trebuie să conștientizeze elementele esențiale ale infracțiunii, inclusiv atitudinea psihică a făptuitorului, și trebuie să conștientizeze că el va suporta răspunderea pentru infracțiunea comisă de către autor. Astfel, cunoașterea naturii actului de asistență la săvârșirea infracțiunii este una obligatorie.

Această noțiune de instigare și complicitate trebuie să fie distinsă de noțiunea acceptată anterior, conform căreia latura obiectivă constă în participarea în activitatea criminală comună, iar latura subiectivă constituie intenția de a participa. Așadar, contează nu intenția, ci cunoașterea (conștientizarea) faptului de comitere a infracțiunii. În acest sens, pentru survenirea răspunderii penale a *instiga-*



torului sau a *complicelui*, trebuie menținute două condiții principale:

– făptuitorul trebuia să participe la comiterea infracțiunii, iar orice act de asistență prin cuvinte sau acțiuni, ce conduc la încurajare sau susținere, constituie participatie suficientă;

– făptuitorul trebuia să-și dea seama de caracterul prejudiciabil al comportamentului său, el cunoaștea ilegalitatea actului executat.

Reiterăm, în acest sens, că pentru calificarea faptei nu are importanță substanțialitatea efectului participației asupra comiterii infracțiunii în cauză. Nu este necesară nici probarea legăturii de „cauză-efect” dintre participația și comiterea infracțiunii, deoarece orice act de participație într-un mod evident facilitează considerabil comiterea infracțiunii.

Într-un alt segment de cercetare, vom supune unei examinări substanțiale *răspunderea penală a superiorului pentru acțiunile comise de către subalternii lui* prin prisma jurisprudenței internaționale. Așadar, art. 7(3) din Statutul Tribunalului²¹ (Răspunderea penală individuală) prevede răspunderea penală a superiorului, și anume: „*Împrejurarea precum că acțiunile cuprinse în articolele de la 2 până la 5 din prezentul Statut au fost comise de către un subaltern, nu îl eliberează pe superior de răspundere în cazul în care el cunoștea sau avea temeiul rezonabil să cunoască că subalternul era pe cale să săvârșească această acțiune sau deja a săvârșit-o și, prin urmare, superiorul nu a luat măsuri necesare și rezonabile de prevenire sau de pedepsire pentru acțiunile respective.*”

Cu referire la practica judiciară precedentă, instanța în *Cazul „Celebici”*²² a formulat principiul *răspunderii penale a superiorului pentru cele comise de către subalternul lui*. S-a stabilit că persoana are statut de superior în cazul în care ea a deținut autoritatea *de facto* atât în calitate de lider politic, cât și în calitate de superior civil. Camera de Apel nu a găsit temeiuri rezonabile pentru a nu fi de acord cu concluziile Camerei de Examinare luate în jurisprudența precedentă. Principiul conform căruia răspunderea penală a superiorului survine pentru acțiunile comise de către subalternii lui este expres prevăzută și bine determinată de dreptul convențional și de cutumele internaționale.

Standardul controlului reflectat în art. 87(3) din Protocolul adițional I constituie o cutumă. Analizând conținutul *ad litteram* al art. 86 și 87 din Protocolul Adițional I, se poate concluziona că termenul „*superior*” are un sens suficient de larg, conform căruia autoritatea este stabilită în funcție de existență *de facto* a puterii de control. Prin urmare, principiul controlului efectiv a fost recunoscut de jurisprudență în *Cazul „Celebici”*²³. În opinia instanței, principiul *răspunderii penale a comandantului* poate fi aplicat doar atunci când superiorul avea un control efectiv asupra persoanelor care au săvârșit încălcările menționate ale dreptului internațional umanitar, în sensul că avea abilitatea materială să ia măsuri de prevenire și pedepsire pentru comiterea unor astfel de crime. Camera de Examinare a subliniat că *superiorii civili vor fi recunoscuți comandanți doar în cazurile în care ei au executat un grad de control asupra subalternilor*²⁴.

Analizând temeiurile de apel invocate de Partea Acuzării în *Cazul „Celebici”*, am găsit că Partea Apărării a invocat că Procurorul a greșit la interpretarea expresiei „*cunoștea sau avea temeiuri rezonabile să cunoască*”,

indicate în art. 7(3) din Statut. Totodată, procurorul a susținut următoarele:

(1) în dreptul internațional, obligația superiorului de a-și controla subalternii include obligația de a-i cunoaște acțiunile și, prin urmare, neglijarea acestei obligații va rezulta în survenirea răspunderii penale a superiorului;

(2) standardul „*avea temeiuri rezonabile să cunoască*” desemnează că comandantul posedă informația ce atestă că subalternii lui au comis sau sunt pe cale să comită vreo infracțiune, sau el nu posedă informație cu privire la eliberarea de la această obligație;

(3) dreptul internațional face diferențiere între liderii civili și militari în funcție de obligație, despre care se informează²⁵.

Precizăm, în acest sens, că interpretarea *ad litteram* a art. 7(3) din Statut²⁶ nu provoacă dificultăți. Comandantul poate fi urmărit penal în funcție de acțiunile subalternilor în cazul încălcărilor prevăzute în art. de la 2 până la 5 din Statut. În mod individual, survine răspunderea penală atât a subalternilor, cât și a comandantului. În cazurile în care superiorul nu a participat direct la infracțiunile comise de către subalternii lui, el va fi urmărit penal pentru omisiune.

Pornind de la analiza argumentelor invocate de Procuror, Camera de Apel în *Cazul „Celebici”* a concluzionat că principiul „*temei rezonabil de cunoaștere*” există doar atunci când comandantul a neglijat grav obligația lui de a obține informația relevantă²⁷. Principalul este că această cunoaștere poate fi prezumată în cazul în care persoana nu-și îndeplinește obligația de a obține informație relevantă referitoare la infracțiune, dar se poate prezuma că el posedă mijloace pentru a obține această informație, însă s-a abținut. Argumentul formulat de Procuror, precum că *încălcarea obligației din partea superiorului va rezulta în urmărirea penală a acestei persoane*, își ia originea în survenirea răspunderii penale în baza neglijenței. Totodată, Camera de Apel a subliniat că neluarea măsurilor prompte din partea superiorului, pentru a fi informat despre acțiunile subalternilor sau pentru monitorizarea acestora, poate constitui o neglijență în serviciu doar de natură disciplinară, și nu este obligatoriu ca superiorul să fie urmărit penal.

Expresia „*avea temei rezonabil să cunoască*” nu poate fi identificată cu sintagma „*avea informație ce-i permitea să concludă*”, totodată, ambele expresii pot fi tratate ca având semnificație similară. Cel din urmă standard „*avea informație ce-i permitea să concludă*” este mai explicit și rațional, deoarece lipsa reacției din partea superiorului în cazul în care exista informație alarmantă cu privire la conduita subalternilor constituie cunoașterea infracțiunilor comise de către acești subalterni. Anume neluarea măsurilor necesare, în baza cunoașterii unei astfel de informații, va fi temei pentru pornirea urmăririi penale. Expresia „*avea informație*” întâlnită în art. 56(2) din Protocolul adițional I, provoacă dificultăți de interpretare. Aceasta înseamnă că în perioada critică comandantul avea în posesia lui această informație care, prin natura sa, trebuia să-l atenționeze precum că un act ilegal a fost comis sau este pe cale să fie comis de către subalternul lui.

Așadar, superiorul este urmărit penal doar în cazul în care informația de care el posedă, trebuia să-l înștiințeze despre infracțiunile comise de către subalternii lui. Această concluzie corespunde standardelor admise în cutumele internaționale conform cărora atitudinea psihică a superiorului față de infracțiunile comise de către subalternii lui



trebuie să fie manifestată la momentul comiterii infracțiunilor indicate în Rechizitoriu.

O discuție pe marginea stabilirii împuternicirilor de comandant superior s-a desfășurat în procesul examinării apelului de către Camera de Apel în *Cazul Aleksovski*²⁸. Așadar, Zlatko Aleksovski nu a fost de acord cu formularea Camerei de Examinare precum că el la momentul comiterii infracțiunii deținea funcția de superior în sensul art. 7(3) din Statut. În cererea sa de apel, Partea Apărării a solicitat *anularea sentinței de condamnare* în ceea ce privește recunoașterea vinovăției lui Aleksovski în baza pct. 10 al rechizitoriului din considerentul că nu a fost demonstrată implicarea personală a lui Zlatko Aleksovski în calitate de *comandant superior*. Însă Partea Acuzării a solicitat: anularea hotărârii în ceea ce privește achitarea lui Zlatko Aleksovski în acuzarea lui conform pct. 10 pentru tratamentele inumane și degradante la care au fost supuși deținuții în afara închisorii Kaonik (în munca forțată subterană și în câmpul de luptă în calitate de „scut viu”). Camera de Examinare întemeiat a conchis că Aleksovski a fost recunoscut vinovat într-un număr de acte infracționale care cad sub incidența art. 3 din Statut, după cum urmează: (1) în baza art. 7(1) din Statut pentru *instigarea și complicitatea la retelele tratamente (fizice și psihice)* asupra câtorva deținuți pe parcursul perchezițiilor corporale pe data de 15 și 16 aprilie 1993 în închisoarea Kaonik; (2) în baza art. 7(1) din Statut pentru *ordonarea, instigarea, complicitatea și provocarea violențelor* împotriva martorilor L. și M.; (3) în baza art. 7(1) din Statut pentru *instigarea și complicitatea la retelele tratamente împotriva deținuților în proces de interogare*, după ce unii dintre ei au evadat din închisoare; (4) în baza art. 7(1) din Statut pentru *instigarea și complicitatea la abuz psihologic* sub formă de vizite nocturne (în timp de noapte) ale soldaților care solicitau banii și maltratau deținuții; (5) în baza art. 7(1) din Statut pentru *instigarea și complicitatea la folosirea deținuților în calitate de „scut viu”* în satele Skradno și Strane și la lucrări subterane ce prezentau pericol pentru viața și sănătatea lor; (6) în baza art. 7(3) din Statut în calitate de șeful închisorii în care el activa, *pentru toate infracțiunile comise de către subalternii lui din cadrul închisorii Kaonik*.

Referindu-se la *deținerea de către inculpat a împuternicirilor de control*, subliniem că în opinia lui Aleksovski, Camera de Examinare a aplicat greșit prevederile din art. 7(3) al Statutului. Apelantul a acceptat parțial acuzarea, însă nu este de acord că el „*deținea autoritate asupra gardienilor*”. În opinia lui Aleksovski, pentru aplicarea prevederilor art. 7(3), trebuie să existe împuternicirea de a executa control, a emite ordine și a sancționa cazuri de nesupunere a deținuților. Referitor la soldații poliției militare, Aleksovski a menționat că el nu avea aceste împuterniciri asupra lor, și rolul lui era pur administrativ și reprezentativ. Mai târziu, el a declarat că era angajat în calitate de gardian civil în închisoarea Kaonik, și nu avea autoritatea asupra militarilor în calitate de superior, el avea doar putere de a informa superiorii acestor gardieni privind înregistrarea cazurilor de rele tratamente. Aleksovski a subliniat că era angajat nu de Ministerul Apărării, ci de Ministerul Justiției. În sentința de condamnare, Camera de Examinare a stabilit că „*nu există dovezi clare și indubitabile care ar demonstra cert că Aleksovski era membru al poliției militare*”. Totodată, în opinia Camerei „*oricine, chiar și un civil poate fi supus prevederilor art. 7(3) din Statut,*

dacă se va demonstra că persoana va deține autoritate asupra autorilor infracțiunii. Această autoritate recurge din abilitatea reală a acuzatului de a adresa ordine și de a pedepsi pentru anumite încălcări”²⁹. Pe parcursul examinării judiciare, s-a stabilit că Aleksovski a avut autoritate faptică asupra gardienilor, inclusiv în cazuri de rele tratamente practicate asupra deținuților. S-a stabilit că, în unele cazuri, gardienii închisorii împreună cu soldații ai poliției militare au participat la comiterea atentatelor violente împotriva deținuților.

Prin urmare, instanța a identificat trei elemente constitutive ale *autorității faptice* asupra subalternilor gardieni și soldați: existența coraportului superior-subaltern; faptul că superiorul „*cunoștea sau avea temeieri rezonabile să cunoască că o infracțiune poate fi comisă sau a fost comisă deja*”; și există obligația de a lua măsuri necesare și rezonabile pentru prevenirea prejudiciului sau pedepsirea autorului.

Totodată, Aleksovski a invocat faptul că fiind un simplu gardian civil angajat al Ministerului Justiției, și nu al Ministerului Apărării, el nu avea autoritate de comandant. Însă Camera de Apel a subliniat că nu are importanță care este statutul gardianului (civil sau militar) la momentul comiterii crimelor enumerate *supra*, principalul este că *de facto* Aleksovski deținea această autoritate care se exprima în *posibilitatea de a efectua control, prevenire și sancționare a subalternilor*.

Este de menționat că Partea Acuzării consideră că Camera de Examinare într-un mod greșit a examinat pct. 10 al rechizitoriului, *atentate asupra demnității personale* constituind *de facto* și *de iure* violarea obiceiurilor și regulilor de ducere a războiului. Învinuirea a fost bazată pe faptul că musulmanii bosnieci civili, deținuți în închisoarea Kaonik, au fost supuși relelor tratamente însoțite de cauzarea prejudiciului fizic și psihic; au fost antrenați la muncă forțată și au fost impuși să lucreze în condiții periculoase pentru viață, fiind folosiți în calitate de „scut viu”. Acuzația a subliniat următoarele: (a) atentatele la demnitatea personală ce constituie retelele tratamente au avut loc nu doar în cadrul închisorii Kaonik, ci și în afara ei, când prizonierii au fost impuși să lucreze sub supravegherea executată de către soldați; (b) atentarea la demnitatea umană sub forma de folosirea deținuților în calitate de „scut viu” a avut loc doar în afara locului de detenție.

În acest sens, Camera de Examinare a stabilit că Aleksovski era unica persoană responsabilă în sensul art. 7(3) din Statut pentru retelele tratamente comise în cadrul închisorii. Totodată, el a fost recunoscut responsabil în baza art. 7(1) din Statut pentru *instigarea și complicitatea la folosirea prizonierilor în calitate de „scut viu”* în afara locului de detenție de către soldați. Uneori el participa la preselecția prizonierilor pentru munca forțată ulterioară care trebuia să fie practică de ei în afara instituției, și aproape totdeauna verifica numărul prizonierilor reînțorși în închisoare după lucrul executat, pe când era obligat să asigure bunăstarea acestor prizonieri. Aleksovski nu a luat măsuri prompte și necesare pentru prevenirea folosirii prizonierilor deținuți la muncă periculoasă pentru viața și sănătatea lor în afara închisorii. Totodată, ținem să subliniem că Camera de Examinare nu a reușit să demonstreze „*participarea directă*” a lui Aleksovski în retelele tratamente aplicate deținuților de către soldații aflați în afara închisorii. Însă, Partea Acuzării a subliniat că chiar în lipsa probelor care ar demonstra



implicarea directă a lui Aleksovski în violențele împotriva deținuților, el este responsabil în mod individual în sensul art. 7(1) din Statut, precum că Aleksovski a instigat și a creat condiții favorabile pentru relele tratamente împotriva musulmanilor bosniaci atât pe perioada deținerii acestora în închisoarea Kaonik, cât și în timpul aflării acestora în afara instituției.

Persoana are statut de *superior* în cazul în care ea a deținut autoritatea *de facto* atât în calitate de lider politic, cât și în calitate de superior civil. Principiul conform căruia răspunderea penală a superiorului survine pentru acțiunile comise de către subalternii lui este expres prevăzută și bine determinată de dreptul convențional și de cutumele internaționale. Noțiunea de „*comandant*” nu provoacă oarecare ambiguități sau alte probleme de interpretare, și se referă doar la puterea unui *superior militar*, pe când termenul „*control*” are o semnificație mai largă, inclusiv autoritatea manifestată de către liderii civili în procesul executării acestui control.

Întru *survenirea răspunderii penale a superiorului* pentru cele comise de către subalternii lui, trebuie să existe următoarele trei condiții:

- (1) existența relației de tip superior-subaltern;
- (2) superiorul cunoaște sau are temei rezonabil să cunoască că actul trebuie să fie comis sau deja este comis de către subalternul lui;
- (3) superiorul nu a luat măsuri necesare și rezonabile pentru prevenirea faptei sau pedepsirea subalternului pentru comiterea ei.

Relația de tip „*superior-subaltern*” trebuie recunoscută în virtutea atribuțiilor de superior atât *de facto*, cât și *de iure*. Însă necesită a fi stabilită împrejurarea precum că superiorul a deținut un *control efectiv* asupra subalternilor lui, ce va însemna că această persoană avea abilitatea reală de a-și executa atribuțiile sale pentru a preveni infracțiunile potențiale sau a pedepsi infracțiunile comise deja de către subalternii lui. Această relație va exista și atunci, când între superior și subaltern se va stabili o înțelegere tacită sau implicită, prin urmare, poziționarea lor unul vizavi de celălalt va fi suficientă. Ordonarea de indicații sau executarea puterii unui comandant militar indică într-un mod incontestabil că el într-adevăr este un superior.

Pentru încadrarea juridico-penală a faptei, nu are importanță dacă aceste imputerniciri persoana le-a exercitat temporar (*ad-hoc*) sau permanent, principalul este că el deține un control efectiv asupra anumitor persoane. În cazul în care persoana era imputernicită în calitate de superior temporar (*ad-hoc*) trebuie de stabilit cu exactitate dacă la momentul săvârșirii infracțiunii incriminate această persoană deținea controlul efectiv asupra comportamentului altor persoane.

Cu referire la *subiectul special*, multe aspecte nu sunt soluționate de legea penală, acestea putând fi deduse din sediul materiei unei componente concrete, ceea ce adesea duce spre anumite dificultăți pentru asigurarea măsurilor de siguranță a persoanelor, societății și statului de atitudine criminale, inclusiv a procesului de prevenire a unor astfel de infracțiuni. Totodată, prin omisiunea legii de a desemna în mod concret particularitățile subiectului special al infracțiunii, literatura de specialitate este departe de o unanimitate sub acest aspect. În special, ne referim la discrepanța de viziuni doctrinare privind identificarea subiectului infracțiunii analizate. Bunăoară, I. Macari sus-

ține că subiectul infracțiunii prevăzut la art. 137 CP RM este persoana responsabilă care a atins vârsta răspunderii penale și care a supus o persoană indicată la art. 137 alin. (1) CP (*în redacția abrogată prin Legea Republicii Moldova, nr. 64 din 04.04.2013 – n.a.*) la tratamente inumane³⁰. Lipsa anumitor calități speciale ale subiectului tratamentelor inumane este împărtășită și de autorii A. Barbăneagră și V. Gamurari „*orice persoană fizică, responsabilă în vârstă de 16 ani, cetățean al Republicii Moldova, străin sau apatrid cu capacitate de exercițiu*”³¹. Totodată, autorii S. Brînza și V. Stati, încercând să aducă claritate în materia respectivă, menționează că: „*Particularitățile componenței infracțiunii de tratamente inumane nu ne permit a admite doar caracteristici generale ale subiectului infracțiunii. Îndeosebi ne referim la specificul laturii obiective, și anume: acțiunile prejudiciabile, timpul comiterii faptei, dar și statutul special al victimelor etc.*”³². În acest sens, ne solidarizăm cu opinia întâlnită în literatura de specialitate precum că legea nu cere o calitate specială a subiectului acestei infracțiuni, el poate fi orice persoană.

Pentru calificarea faptei, nu are importanță substanțialitatea efectului participației asupra comiterii infracțiunii în cauză. Nu este necesară nici probarea legăturii de „cauză-efect” dintre participația și comiterea infracțiunii, deoarece orice act de participație într-un mod evident facilitează considerabil comiterea infracțiunii. Dar, cel mai semnificativ este faptul că în doctrina națională nu există studii convingătoare care ar soluționa anumite probleme ce țin de partea specială ale Dreptului penal în contextul analizei juridico-penale a tratamentelor inumane săvârșite pe timp de război și împotriva persoanelor căzute sub puterea adversarului, și a controverselor existente pe tărâmul ocrotirii juridico-penale a vieții și sănătății persoanelor protejate pe timp de conflict armat sau al acțiunilor militare.

Așadar, meditănd asupra deficiențelor și discrepanțelor existente la nivel legislativ, și rezumând la ele, am semnalat mai multe situații, care, spre regret, nu au o acoperire juridico-penală determinată. Însă demersul nostru științific va compensa vacuumul doctrinar în materia juridico-penală. În această ordine de idei, cercetarea fragmentară și sporadică a infracțiunii prevăzute la art. 137 CP RM, pe care am reținut-o în literatura de specialitate a Republicii Moldova, semnificația ei științifică și practică incontestabilă la etapa contemporană de dezvoltare a legii penale argumentează necesitatea investigării acestei infracțiuni de război.

De aceea, printre direcțiile prioritare de cercetare care se profilează din materialele științifice cercetate la tema tezei se numără: analiza juridico-penală a infracțiunilor de război săvârșite împotriva persoanelor protejate; argumentarea clară, completă și convingătoare a limitelor și condițiilor de aplicare a art. 137 CP RM (*în redacția abrogată prin Legea Republicii Moldova nr. 64 din 04.04.2013 – n.a.*) și interpretarea univocă a legii penale în cauze concrete din jurisprudența internațională în materie penală.

Din această perspectivă, însăși dispoziția art. 137 CP RM din start ne trimite pe terenul subiectului special, și nu în ultimul rând, la art. 138 CP RM (Darea sau executarea unui ordin vădit ilegal. Neexercitarea sau exercitarea necorespunzătoare a controlului cuvenit), care înglobează trei variante-tip de infracțiuni, după cum urmează: a) prima variantă-tip de infracțiune se concretizează în executarea unui ordin vădit ilegal orientat spre săvârșirea infracțiunilor prevăzute la art. 135-137⁴ (alin. (1) art. 138 CP RM);



b) Darea, de către superiorul ierarhic sau de către persoana care deține comandamentul forțelor armate, în cadrul unui conflict armat cu sau fără caracter internațional, a unui ordin vădit ilegal orientat spre săvârșirea infracțiunilor prevăzute la art. 135-137⁴ (alin.(2) art.138 CP RM); c) cea de a treia variantă-tip de infracțiune se exprimă în neexercitarea sau exercitarea necorespunzătoare a controlului convenit de către un șef militar sau de persoana care deține comandamentul forțelor armate, care a condus la săvârșirea infracțiunilor prevăzute la art. 135-137⁴.

Analizând cu minuțiozitate structura și conținutul art.138 CP RM, tindem să subliniem că prin astfel de pas, în opinia noastră, nu cel mai reușit, *de facto* legiuitorul autohton a încercat să desprindă în mod artificial o categorie de fapte infracționale din domeniul crimelor de război contra persoanelor protejate care categoric nu pot fi privite separat. Prin urmare, art.138 CP RM nu este viabil fără art. 135-137⁴CP RM, această construcție legislativă poate fi privită doar ca un satelit al art. 135-137⁴CP RM, fiindcă esența infracțiunilor internaționale nu se va schimba, despre ce ne mărturisesc explicit normele de referință ce le conține art.138 CP RM.

Mai mult, referindu-ne doar la infracțiunile de război împotriva persoanelor, evidențiem că niciun act normativ din domeniul dreptului internațional umanitar nu privește separat infracțiuni de război comise de către autori nemijlociți, și infracțiuni de război comise de către superiorii (comandanții) lor. Pentru argumentarea propriei poziții, aducem conținutul prevederilor de la alin.(3) art.25 din Statutul de la Roma, conform cărora o persoană răspunde penal și poate fi pedepsită pentru o crimă ce ține de competența Curții dacă:

(a) comite acea crimă, fie individual, împreună cu o altă persoană sau prin intermediul unei alte persoane, fie că această altă persoană este sau nu responsabilă penal;

(b) ordonă, solicită sau încurajează comiterea unei asemenea crime, atunci când există comitere sau tentativă de comitere a acestei crime;

(c) în vederea facilitării comiterii unei astfel de crime, ea își aduce ajutorul, concursul sau orice altă formă de asistență la comiterea ori la tentativa de comitere a acestei crime, inclusiv furnizând mijloacele acestei comiteri;

(d) contribuie în orice alt mod la comiterea sau la tentativa de comitere a unei asemenea crime de către un grup de persoane acționând împreună. Această contribuție trebuie să fie intenționată și, după caz:

(i) să urmărească facilitarea activității criminale sau proiectului criminal al grupului, dacă această activitate sau acest proiect comportă executarea unei crime ce ține de competența Curții; sau

(ii) să fie făcută în deplină cunoștință a intenției grupului de a comite această crimă.

(e) fiind vorba de crima de genocid, incită direct și public pe altul să o comită;

(f) încearcă să comită o asemenea crimă prin acte care, prin caracterul lor substanțial, constituie începutul executării crimei, fără ca aceasta să fie îndeplinită datorită unor circumstanțe independente de voința sa. Cu toate acestea, persoana care abandonează efortul de a comite crima sau împiedică prin orice alt mod săvârșirea ei nu poate fi pedepsită în baza prezentului statut pentru tentativă, dacă a renunțat complet și în mod voluntar la proiectul criminal.

Din raționamentele expuse, rezultă că art.138 CP RM de

facto cuprinde *institutul participăției* (alin.(1) și (2) art.138 CP RM) și *institutul favorizării* (alin.(3) art.138 CP RM) a infracțiunilor de război săvârșite împotriva persoanelor protejate prevăzute la art.137 CP RM inclusiv. Însă, potrivit din conținutului prevederilor de la alin.(3) art.25 din Statutul de la Roma răspunderea penală a persoanei fizice survine, *indiferent de rolul acesteia* pe care ea l-a îndeplinit în procesul comiterii faptelor prejudiciabile imputate.

În acest registru, Statutul Curții Penale Internaționale, în art.33, acordă o atenție sporită și ordinilor superiorilor, ca nu cumva făptuitorul prin intermediul unei asemenea motivații să se eschiveze de la răspundere penală. Așadar, în conformitate cu prevederile de la alin.(1) art.33 faptul că o crimă care ține de competența Curții a fost comisă la ordinul unui guvern, al unui superior, militar sau civil, nu exonerează persoana care a comis-o de responsabilitatea sa penală, decât dacă: (a) această persoană nu a avut obligația legală de a se supune ordinelor guvernului sau superiorului în cauză; (b) această persoană nu a știut că ordinul este ilegal; și (c) ordinul nu a fost vădit ilegal.

La **nivel național**, legea penală înlătură caracterul penal al faptei în virtutea art.40¹ CP RM, dacă ordinul sau dispoziția nu sunt vădit ilegale și dacă persoana care le-a executat nu a știut că ordinul sau dispoziția sunt ilegale. Valorile fundamentale nu pot fi anulate de niciun ordin, și sunt chestii peste care nu se poate trece de dragul la nicio funcție și niciun serviciu, cum ar fi viața omului, demnitatea omului, libertatea omului. Mai mult ca atât, superiorii ca gestionari ai mijloacelor violenței armate reprezintă o parte a autorităților publice statale pe care trebuie să o exercite cu profesionalism, demnitate și onoare, aplicând legile și obiceiurile războiului recunoscute de lumea civilizată.

Într-o altă ordine de idei, interpretând *ad litteram* prevederile Statutului de la Roma referitoare la subiecți, observăm că chiar și *favorizarea infracțiunii de război* este recunoscută o încălcare gravă a dreptului internațional umanitar. În acest sens, conform prevederilor de la art. 28 al numitului statut, vor răspunde penal:

(a) un șef militar sau o persoană care deține efectiv funcția de șef militar răspunde penal pentru crimele ce țin de competența Curții, comise de forțele plasate sub comandă și controlul său efectiv sau sub autoritatea și controlul său efectiv, după caz, dacă nu a exercitat controlul care se cuvenea asupra forțelor în cazurile în care:

(i) acest șef militar sau această persoană știa ori, datorită circumstanțelor, ar fi trebuit să știe că aceste forțe comiteau sau urmau să comită aceste crime; și

(ii) acest șef militar sau această persoană nu a luat toate măsurile necesare și rezonabile care erau în puterea sa pentru a împiedica sau a reprimă executarea ori pentru a raporta autorităților competente în scopurile anchetei și urmăririi;

(b) în ceea ce privește relațiile dintre superiorul ierarhic și subordonați, neprevăzute la lit. a), superiorul ierarhic răspunde pentru crimele ce țin de competența Curții, comise de subordonații plasați sub autoritatea și sub controlul său efectiv, dacă nu a exercitat controlul care se cuvenea asupra acestor subordonați în cazurile în care:

(i) superiorul știa că acești subordonați comiteau sau urmau să comită aceste crime ori a neglijat în mod deliberat să țină seama de informațiile care indicau aceasta în mod clar;

(ii) aceste crime erau legate de activități ce țineau de



responsabilitatea sa și de controlul său efectiv; și

(iii) superiorul ierarhic nu a luat toate măsurile necesare și rezonabile care erau în puterea sa pentru a împiedica sau a reprimă executarea ori pentru a raporta autorităților competente în scopurile anchetei și urmăririi.

Pe cale de consecință, categoriile de subiecți ai infracțiunilor de război împotriva persoanelor (art.137 CP RM) le deducem și din prevederile art.2 al Legii Republicii Moldova cu privire la statutul militarilor³³:

– *conducători* – persoanele cu funcție de răspundere care conduc structura militară, iar prin structura militară se are în vedere autoritățile de specialitate ale administrației publice centrale în care, conform legislației în vigoare, se prevede îndeplinirea serviciului militar.

– *comandanți (șefi)* – persoanele cu funcție de răspundere care conduc unitatea militară, iar prin unitate militară se are în vedere organele de conducere, marile unități și unitățile militare ale Forțelor Armate, precum și întreprinderile și instituțiile acestora;

– *militari* – cetățenii Republicii Moldova care îndeplinesc serviciul militar în baza obligațiunii militare sau a încadrării prin contract, în conformitate cu legislația în vigoare.

Cu referire la lit.g) alin.(3) art.137 CP RM – *privarea de dreptul de a fi judecată de către o instanță legal constituită și imparțială, pronunțarea condamnării sau executarea acesteia, fără respectarea unei proceduri legale și imparțiale, care să ofere garanțiile impuse de dreptul internațional*, considerăm că nu este exclus ca subiectul să fie unul calificat, și anume, judecătorul sau judecătoria care au format instanța. Această în ipoteza în care pronunțarea condamnării se efectuează de către instanța de judecată constituită cu încălcarea prevederilor art.30 al Codului de procedură penală a Republicii Moldova³⁴. Altfel spus, cei care compun instanța pot avea calitatea de magistrați, însă înființarea completului poate fi una cu încălcări ale dispozițiilor legale, astfel catalogând-o drept constituită în mod ilegal. Alta ar fi situația, dacă instanța de judecată nu ar fi constituită de persoane cu statut de magistrați. În acest caz, făptuitorii ar fi subiecți generali, adică persoane responsabile cu vârsta de 16 ani.

În concluzie, consemnăm că nu este exclus ca subiectul infracțiunii prevăzute la art.137 CP RM să fie unul *general* care săvârșește acțiunile prevăzute de latura obiectivă a componenței respective și care se află în legătură cauzală cu conflictul armat, însă regula generală este că acest subiect este unul *special*.

Totodată, pentru a atinge un grad cât mai posibil de clar și accesibil al legii penale, propunem ca art.138 CP RM să fie înlăturat, în schimb să fie creată normă în capitolul XIII al părții generale a Codului penal, „*Înțelesul unor termeni sau expresii în prezentul Cod*”, care ar conține prevederi consacrate participăției și favorizării infracțiunilor de război. În opinia noastră, existența unei norme generale, în acest sens, ar ușura interpretarea și aplicarea legii penale.

Note:

¹Rome Statute of the International Criminal Court. A/CONF.183/9 of 17 July 1998 and corrected by process-verbaux of 10 November 1998, 12 July 1999, 30 November 1999, 8 May 2000, 17 January 2001 and 16 January 2002. The Statute entered into force on 1 July 2002. http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE94-0A655EB30E16/0/Rome_Statute_English.pdf (date of visit: 15.10.2012).

² Prosecutor versus Zlatko Aleksovski. Original language: English:

(<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>) (vizitată pe data de 14.07.2012).

³ Prosecutor versus Anto Furundžija. Case No. IT-17/1-T. Date: 10 December 1998. Original language: English (<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>) (date of visit: 14.07.2012).

⁴ Prosecutor versus Dragoljub Kunarać, Radomir Kovać și Zoran Vuković. Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T. Date 22 February 2001. (<http://www.icty.org/x/cases/kunarać/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>) (date of visit: 14.07.2012).

⁵ Prosecutor versus Zejnîl Delalić, Zdravko Mucić („Pravo”), Hazim Delić, Esad Landžo („Zenga”). Case No.: IT-96-21-A Date: 20 February 2001. www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf (date of visit: 14.07.2012).

⁶ Rome Statute of the International Criminal Court. A/CONF.183/9 of 17 July 1998 and corrected by process-verbaux of 10 November 1998, 12 July 1999, 30 November 1999, 8 May 2000, 17 January 2001 and 16 January 2002. The Statute entered into force on 1 July 2002. http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE94-0A655EB30E16/0/Rome_Statute_English.pdf (date of visit: 15.10.2012).

⁷ Balan O., Rusu V., Nour V., *Drept internațional umanitar*. – Chișinău: Departamentul editorial al Universității de Criminologie, 2003., p.292-294.

⁸ Prosecutor versus Zlatko Aleksovski.

⁹ Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. United Nations: International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, September 2009. Original language: English and French http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf (<http://www.icty.org/sid/135>) (vizitat pe data de 20.06.2012).

¹⁰ Prosecutor versus Zlatko Aleksovski. Original language: English: (<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>) (vizitată pe data de 14.07.2012).

¹¹ Prosecutor versus Dragoljub Kunarać, Radomir Kovać și Zoran Vuković. Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T. Date 22 February 2001. (<http://www.icty.org/x/cases/kunarać/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>) (date of visit: 14.07.2012).

¹² Prosecutor versus Dusko Tadić. Case No.IT-94-1-T; Date 7 May 1997, Original language: English <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf> (date of visit: 15.12.2012).

¹³ Prosecutor versus Anto Furundžija.

¹⁴ Prosecutor versus Dusko Tadić.

¹⁵ Prosecutor versus Anto Furundžija.

¹⁶ Prosecutor versus Anto Furundžija.

¹⁷ Prosecutor versus Anto Furundžija.

¹⁸ Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf (<http://www.icty.org/sid/135>) (vizitat pe data de 20.06.2012)

¹⁹ Prosecutor versus Anto Furundžija.

²⁰ Prosecutor versus Anto Furundžija.

²¹ Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.

²² Prosecutor versus Zejnîl Delalić, Zdravko Mucić („Pravo”), Hazim Delić, Esad Landžo („Zenga”).

²³ Prosecutor versus Zejnîl Delalić, Zdravko Mucić („Pravo”), Hazim Delić, Esad Landžo („Zenga”).

²⁴ Prosecutor versus Zejnîl Delalić, Zdravko Mucić („Pravo”), Hazim Delić, Esad Landžo („Zenga”).

²⁵ Prosecutor versus Zejnîl Delalić, Zdravko Mucić („Pravo”), Hazim Delić, Esad Landžo („Zenga”).

²⁶ Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.

²⁷ Prosecutor versus Zejnîl Delalić, Zdravko Mucić („Pravo”), Hazim Delić, Esad Landžo („Zenga”).

²⁸ Prosecutor versus Zlatko Aleksovski.

²⁹ Prosecutor versus Zlatko Aleksovski.

³⁰ Macari I., *Drept penal al Republicii Moldova: Partea specială*, CE USM, Chișinău, 2003, p.21-23.

³¹ Barbăneagră Al., Gamurari V., *Crimele de război*, Ed. Reclama, Chișinău, 2008, p.279.

³² Brînză S., Stăni V. *Drept Penal: Partea specială*, vol. I, Tipografia Centrală, Chișinău, 2011, p.92.

³³ Legea Republicii Moldova nr.162 din 22.07.2005, *privind statutul militarilor*, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2005, nr.129-130. (30 septembrie).

³⁴ Codul de procedură penală al Republicii Moldova nr.122-XV din 14 martie 2003, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 07.06.2003, nr.104-110. În vigoare din 12 iunie 2003.



DELIMITAREA LACUNELOR ÎN DREPT DE ALTE FENOMENE ȘI SITUAȚII ÎN CADRUL PROCEDURII DE APLICARE A DREPTULUI

Alexandru CUZNEȚOV,
doctor în drept, conferențiar universitar (USM)
Ghenadie PAVLIUC,
 judecător

REZUMAT

În procesul de aplicare a dreptului, inevitabil ne ciocnim de un așa fenomen cum este lacuna în drept. Mulți consideră că lacuna în drept reprezintă o eroare a legiuitorului în procesul legiferării și aceasta evidențiază calitatea actului de legiferare. Nu suntem de acord cu o asemenea abordare, deoarece diagnosticarea acestui „fenomen” este posibilă doar în procesul de aplicare a dreptului, situație pe care încercăm s-o analizăm.

Cuvinte-cheie: realizarea dreptului, aplicarea dreptului, lacuna în drept, delimitarea lacunelor, stat de drept.

SUMMARY

In applying the law inevitably we encounter a phenomenon such as lacuna in law. Many believe that the gap in the law is a failure of the legislature in the enactment and it highlights the quality of regulation. We disagree with this approach, because the diagnosis of this “phenomenon” is possible only in the application of law, we try to analyze the situation.

Keywords: realization of the right, the right application, the right gap, separation gaps state law.

Adoptând acte normative, legiuitorul tinde ca ele să cuprindă cele mai importante domenii de activitate umană, ca ele să se refere la realitatea juridică a societății. Deoarece normelor juridice le revine rolul de a ordona, apăra și consolida raporturile sociale de importanță majoră, este lesne de înțeles că normele de drept trebuie să fie apte să concorde mereu cu dinamica relațiilor pe care le reglementează. De cele mai multe ori, acest lucru se realizează și, ca urmare, normele juridice, dreptul în ansamblu, asigură o reglementare juridică oportună a situațiilor de fapt ce pot fi transformate în situații de drept. Uneori însă, pot fi întâlnite cazuri, când anumite relații sociale, situații de fapt, deși ar fi trebuit să fie reglementate de norme juridice, totuși sunt neglijate de către legiuitor. În aceste cazuri, poate fi vorba de lacune în drept¹.

Cuvântul „lacună” provine de la latinescul *lacuna*, care în traducere are mai multe semnificații, și anume: spațiu gol în interiorul unui corp; gol, lipsă în continuitatea, în integritatea unui lucru; întrerupere involuntară și penibilă într-un text, în înlănțuirea unor fapte, a unor idei; la figurat – ceea ce lipsește pentru ca un lucru să fie bun, desăvârșit².

Vorbind despre lacună în drept, profesorul B.Negru remarcă că, în acest sens, trebuie să ținem cont de faptul că lipsa unei (unor) norme juridice, pentru a reglementa anumite relații, situații nu întotdeauna poate fi calificată ca o lacună în drept³. Uneori, legiuitorul în mod special nu reglementează anumite relații sociale, considerând că ele nu necesită o asemenea reglementare. Mai mult ca atât, nici nu e cazul ca legiuitorul să facă abuz de reglementare normativă juridică. Prin urmare, putem vorbi de lacune în drept doar atunci când o reglementare normativă juridică e impusă de situația concretă dată, e justificată atât din punct de vedere teoretic, cât și practic. Apariția lacunelor în drept este condiționată atât de cauze obiective, cât și subiective. Astfel, sfera reglementărilor juridice nu este permanentă. Apar noi relații și situații despre care la momentul adoptării actului normativ nu se știa sau, dacă și se știa, ele nu aveau un caracter tipic. Cauza lacunelor poate fi și ignorarea re-

gulilor la elaborarea actului normativ. Se știe că elaborarea actelor normative este un proces complex, în care trebuie luați în calcul factorii economici, politici, sociali, morali, istorici, naționali, naturali, precum și tendințele de evoluție a societății, specificitatea normativității juridice etc.

În procesul de aplicare a dreptului, existența lacunelor în drept creează dificultăți serioase. Cel mai des anume practica de aplicare a dreptului semnaleză despre existența lacunelor și a altor insuficiențe ale legislației. De aceea, studierea aprofundată a procesului de aplicare a dreptului duce, inevitabil, și la analiza situațiilor formate în urma descoperirii lacunelor. La stabilirea bazei juridice, poate să se constate că situațiile de fapt corespunzătoare nu se reglementează de nici o normă juridică, iar vreo dispoziție administrativă privind situația creată nu există. Mai mult, cel care aplică dreptul, în pofida străduințelor sale, poate să nu găsească rezolvarea cazului în situații analogice. În acest caz, apare întrebarea: ce trebuie să întreprindă persoana care aplică dreptul?

Acțiunea acesteia trebuie să fie diferențiată, fiind condiționată de faptul ce fenomene se ascund după „tăcerea” dreptului: lacună în drept, spațiu liber juridic, tăcerea „calificată” („vorbită”) a legiuitorului. În cazul celor două situații din urmă, cazul juridic trebuie să fie încetat. La existența lacunei în drept, cel care aplică dreptul acționează conform competenței și prevederilor directe ale legii (pe care le întâlnim mai des în legislația civilă). Mult mai frecvent el are împuterniciri privind depășirea lacunelor, mai rar – de a înceta procesul de aplicare a dreptului, și mult mai rar – de a completa lacuna întâlnită. Aceasta din urmă iese din limitele aplicării dreptului și înseamnă deja crearea dreptului⁴.

În așa fel, cel care aplică dreptul, *volens-nolens*, este nevoit să stabilească existența lacunelor, iar apoi să caute mijloace de depășire a lor. De aceea, trebuie în toate nuanțele să cunoaștem sub toate aspectele ce reprezintă în sine lacunele în drept și prin ce ele se deosebesc de fenomenele asemănătoare, cur ar fi „tăcerea” legii. În primul rând, am



vrea să remarcăm că „lacuna” poate fi imaginară. Cu alte cuvinte, persoana ce aplică dreptul nu găsește norma în legislație, însă ajunge la concluzia privind necesitatea ei etc., iar o asemenea normă, în drept, există. Așadar, inițial, este necesar să se convingă privitor la inexistența dispozițiilor prevăzute de legiuitor.

În opinia profesorului A.S. Pigolkin, dacă dreptul tace referitor la întrebarea respectivă lacuna reală nu există. Aceasta mărturisește că legiuitorul nu consideră necesară reglementarea relațiilor corespunzătoare prin mijloace juridice⁵. Dacă am fi de acord cu această părere, faptul dat ar însemna, în cele din urmă, negarea, în general, a existenței lacunelor în drept.

Prin astfel de argumentare, în anii '60 ai sec.XX se fundamenta una din variantele teoriei existenței dreptului fără lacune⁶.

Având atribuții la drept, se anunțau numai acele momente, care erau reglementate în legea pozitivă. Toate celelalte, ce ieșeau din limitele legislației, se considerau total fără atribuții față de drept, fiind doar situații de fapt, unde poate să existe doar samavolnicia. Cu alte cuvinte, oricare tăcere a legiuitorului se evalua ca o „calificare”, ca nedorința lui de a reglementa raporturile corespunzătoare. La rândul său, nedorința legiuitorului de a stabili o normă, fără a înainta anumite motivări, se considera un răspuns negativ la întrebarea privind existența lacunelor în drept. Întotdeauna există un cerc cunoscut de raporturi sociale, fapte și situații, față de care dreptul tace din cauza că ele nu trebuie să fie reglementate datorită existenței obiective a unor condiții specifice sau datorită naturii însăși a acestor relații. În totalitate, acestea formează așa-numitul „spațiu juridic liber”. În spațiul juridic liber, intră toate relațiile ce nu formează obiectul direct al reglementării juridice.

Lacunele în drept semnificau lipsa normelor față de acele fapte ce se află în sfera normativă a reglementării juridice. Această situație nu este negată și criticată în literatura de specialitate. Dimpotrivă, toți cercetătorii subliniază că lacunele în drept trebuie să fie căutate în interiorul sferei reglementării juridice⁷. Divergențele în definirea lacunelor sunt condiționate de înțelegerea diferită a sferelor reglementării juridice⁸. De regulă, lacuna se identifică prin cercul acelor relații și fapte ce sunt întărite de actele normative în vigoare.

Din aceste considerente, lacunele în drept sunt identificate de unii savanți (I.Sabo, S.S.Alekseev, A.S.Pigolkin) drept o omisiune insignifiantă în reglementarea relațiilor sociale, drept neajunsuri sau acțiuni insuficientă a normelor juridice. Nu negăm această noțiune a lacunei, dar este necesar a menționa despre limitarea ei. Ea nu reunește alte cazuri privind lipsa normei juridice, ce se evaluează ca lacună în drept. La clasificarea relațiilor sociale, din punctul de vedere al posibilității reglementării lor juridice, adepții concepției restrânse privind sfera reglementării juridice și lacunele în drept, scapă din vedere acele relații ce sunt admise prin intermedierea juridică, dar, din anumite motive, sunt nereglementate o perioadă de timp de actele normative⁹.

Unii autori, conștientizând necesitatea emiterii normelor juridice, dacă aceasta este dictată de condițiile obiective existente, nu consideră, în același timp, lipsa unor asemenea norme ca lacune în drept. Profesorul rus V.V. Petrov susține în cazul în care lipsesc norme ce reglementează aspecte spe-

cifice ale relațiilor morale, cu toate că în societate se simte necesitatea acută de a fi reglementate juridic aceste aspecte, situația trebuie examinată ca „insuficiență legislativă”, dar nicidecum ca lacună, deoarece o asemenea deficiență iese în afara limitelor dreptului în vigoare¹⁰.

În ce ne privește, considerăm, insuficiența legislativă reprezintă o simplă lacună. Și această insuficiență nu se află în afara limitelor dreptului în vigoare, deoarece este vorba despre insuficiență legislativă. Uneori, despre lacune se vorbește pornind de la legile înseși, altele – de la împrejurările reglementate de normele juridice în vigoare, iar în alte cazuri – pornind de la factorii ce determină aceste limite legislative. Cu toate acestea, lacuna întotdeauna înseamnă lipsă de norme necesare în dreptul pozitiv, gol în însăși legislație.

În sfera reglementării juridice intră acele evenimente, fapte și împrejurări, acele relații sociale, care în condițiile date necesită acțiunea normativ-juridică. Deoarece înseși relațiile și condițiile dezvoltării lor sunt supuse schimbărilor, sfera reglementării juridice nu reprezintă ceva neschimbător, static sfera reglementării juridice trebuie examinată nu doar din punctul de vedere al includerii raporturilor juridice de către drept. Norma poate reglementa, în forma generală, și domeniul concret al relațiilor dintre oameni, însă până la un anumit moment, lăsând unele raporturi sau părți separate ale acestor raporturi fără intermedierea juridică. În afară de aceasta, unele relații intenționat nu sunt reglementate în ordinea normativă, bazându-se pe actele individuale ale dreptului subiectiv¹¹.

Pentru cel care aplică dreptul, este important să limiteze lacunele în drept de toate situațiile în care legiuitorul îl împuternicește pentru a concretiza legea sau hotărârea cazului la intima sa convingere. La concretizarea, în limitele dispozițiilor normative generale, sunt emise indicații normative noi, suplimentare, mult mai concrete. Lipsa celor din urmă în lege nu reprezintă lacună, deoarece legiuitorul conștient refuză de a stabili norme mult mai concrete decât cele pe care le-a aprobat¹².

La efectuarea concretizărilor, mai ales în condițiile soluționării cazului în baza analogiei, cel care aplică dreptul este nevoit el însuși să formuleze dispozițiile juridice respective. El se conduce de sensul general și principiile dreptului, de normele juridice corespunzătoare ce reglementează situații analogice, de asemenea, de politica legislativă și altele. Din punct de vedere practic, trebuie de evidențiat acea situație, în care legiuitorul conștient refuză de a reglementa anumite raporturi sociale în baza regulilor generale, împuternicind organele competente de a le reglementa la intima lor convingere.

Împuternicirea privind concretizarea normelor juridice generale, sau privind soluționarea cazului în baza aprecierii individuale a celui ce aplică dreptul, poate fi cuprinsă nemijlocit în textul legii, dar poate fi reliefată și din sensul dispozițiilor juridice. Ea obligă la rezolvarea cazului juridic, cu toate că lipsesc anumite reglementări juridice.

Situația tipică a fenomenului *lacună în drept* își găsește exprimare în tăcerea legiuitorului, ce poate fi interpretată ca o atitudine pozitivă privind necesitatea emiterii normelor juridice ce sunt lipsă. Motivele pentru care legiuitorul nu a luat atitudine privind necesitatea unei sau altei norme (cauza existenței lacunelor în drept), pot fi diferite. Printre ele sunt și obiective (imposibilitatea de a presupune apariția unor



noi împrejurări și dificultatea de a reglementa multiple raporturi existente), și subiective (lipsa de operativitate în emiterea actelor normative, scăpări etc.). Legiuitorul, în unele cazuri, doar textual își întărește intențiile de a reglementa oarecare relații sociale, în alte cazuri însă nu reușește să facă nici aceasta¹³.

Nedorința legiuitorului de a reglementa relațiile sociale cu ajutorul normelor juridice, dacă ea nu este expusă nemijlocit, este definită, după părerea profesorului V.V. Lazarev, „tăcerea calificată” a legiuitorului. Ea poate să însemne permisiunea de a concretiza dreptul sau (mai rar) de a soluționa cazul după analogie. Dar „tăcerea calificată”, în sensul restrâns al cuvântului mărturisește despre excluderea relațiilor corespunzătoare din sfera reglementării juridice sau în genere din sfera acțiunii juridice. În acest din urmă caz, organele de aplicare a dreptului sunt obligate să înceteze procesul pe caz. Dacă imposibilitatea de a soluționa nu este condiționată de „tăcerea calificată”, atunci reprezintă așa-numitul fenomen „greșeală în drept”, tăcerea însă în asemenea condiții întotdeauna înseamnă lipsa lacunei în drept¹⁴.

Cu referire la depășirea lacunelor în drept, pentru a se evita pronunțarea hotărârilor necontrolate, în practică nu se admite de a confunda noțiunile de „lacună” și „greșeală în drept”. Cu toate că în unele relații sensul acestor noțiuni poate să coincidă, celui ce aplică dreptul nu i se permite să se ocupe de modificarea dreptului. El trebuie să-l aplice până la momentul de început al modificării reglementării juridice în ordinea stabilită de lege.

În orice caz, mai ales în crearea dreptului, este greu de a evita apariția posibilelor greșeli. „*Greșeala în drept*” înseamnă, în general, evaluare incorectă a condițiilor obiective existente și evidențierea voinței incorecte a legiuitorului, cum ar fi necesar să fie ea oglindită în actele normative.

La o analiză mai detaliată, așa-numita „*greșeala în drept*” este comisă atunci când organul emitent:

- a) consideră greșit că unele raporturi nu sunt necesare să fie reglementate juridic;
- b) consideră greșit că dreptul poate fi aplicat, fără a concretiza norma juridică;
- c) incorect transmite rezolvarea cazului celui care aplică dreptul;
- d) emite nu acea normă, în care se simte necesitatea;
- e) rezolvă întrebarea nu așa cum ar trebui să fie soluționată potrivit normei stabilite¹⁵.

În punctele de mai sus „a”, „b”, „c”, „greșeala în drept” nu se neagă; mai mult ca atât, se presupune existența lacunelor. Ele pot fi stabilite în procesul aplicării dreptului, dar înlăturarea lor o poate face numai organul competent de a crea dreptul. În primul caz, cel ce aplică dreptul, în general, nu are dreptul să efectueze anumite activități pe caz ce ar duce la rezultate juridice.

Profesorul Ia.S. Mihaleak a întrebuințat în una din lucrările sale noțiunea de „lacună în formularea verbală a normei”¹⁶. Este vorba despre imperfecțiunea textuală în expunerea gândului legiuitorului, despre lipsa, în articolele legii, a cuvintelor și formulărilor necesare. O asemenea „lacună”, desigur, se deosebește de lacuna în drept, caz în care nici o interpretare nu poate să sesizeze, să redea adecvat voința legiuitorului. Pentru lacunele în drept nu există nici o formulare, dat fiind că lipsește norma însăși.

O excepție destul de rară, din cele menționate, repre-

zintă lacunele având drept cauză existența a două norme ce se contrapun la modul cel mai serios. După caracterul lor, contradicțiile în reglementările juridice pot fi diferite. Profesorul Z.Zeminski, cunoscut prin lucrările sale ce țin de analiza problematicii privind logica dreptului, deosebește: divergențele radicale și parțiale dintre normele de aplicare a dreptului, când una din norme indică ceea ce interzice alta, sau când executarea unei norme nu dă posibilitate îndeplinirii celeilalte norme; necorespunderea praxiologică a normelor, când ambele norme pot fi realizate, însă realizarea uneia determină rezultatul zero al acțiunii celeilalte; necorespunderea instrumentală a două norme, una dintre care cere efectuarea activității „A”, iar a doua normă cere, concomitent, efectuarea activității „B”, ce reprezintă o condiție obligatorie a apariției activității „A”¹⁷.

Însă, nu orice divergență între norme înseamnă existența lacunei în drept. De exemplu, la prima vedere, alin.(1) art.286 CPP RM se află în contradicție cu alin.(1) art.275 CPP RM: cel din urmă prevede că procesul penal încetează în cazul în care în acțiunile bănuțului nu se regăsește faptul infracțiunii, iar art. 286 CPP că, în cazul inexistenței învinutului, care trebuie tras la răspundere penală, are loc clasarea cauzei penale¹⁸. Divergențele nu sunt mari, lacuna nu există. Ea se formează numai când persistă contradicții radicale dintre normele cu aceeași putere, când una din ele o „distruge” pe alta, și invers. Cu toate că tendința legiuitorului de a rezolva întrebarea este exprimată textual, ea rămâne totuși nerezolvată.

Delimitarea lacunelor de alte fenomene în drept favorizează clasificarea lacunelor în drept după mai multe aspecte.

După cum afirmă profesorul Gh.Avornic, în literatura de specialitate, există mai multe noțiuni în această privință, cum ar fi: lacunele în dreptul pozitiv; lacunele în reglementarea juridică, lacunele în legislație etc. Prin lacună în dreptul pozitiv se are în vedere acel caz când nu există nici lege, nici alt act normativ subordonat legii, nici obicei, nici precedent.

Prin **lacună în reglementarea normativă**, se înțelege lipsa unor norme în lege sau alte acte normative. Lacuna în legislație presupune absența legii în general. Lacuna în lege ne vorbește despre o reglementare incompletă a problemei într-o lege concretă¹⁹.

Profesorul B.Negru menționează că în literatura de specialitate, pe lângă sintagma „lacune în drept”, care se raportează la caracterul normativ al dreptului, se întâlnește și expresia „lacunele legii”, care se raportează la caracterul formal al dreptului²⁰. Lacuna legii poate fi definită ca fiind „omisiunea legii de a rezolva o problemă care ar trebui, în mod necesar, să fie rezolvată. Această omisiune ar trebui înțeleasă într-un sens larg: este vorba atât de reglementarea pură și simplă a unei probleme, cât și de reglementarea insuficientă a acesteia. Necesitatea reglementării unei probleme trebuie, pentru a fi în prezența unei lacune, să fie de ordin logic sau sistemic, și nu de ordin moral, social sau economic”²¹.

Lacunele în drept pot fi divizate în: a) adevărate; b) false. Deosebirea dintre *adevărate lacună* și *falsa lacună* constă în următoarele.

Adevărate lacună constă în absența normei aplicabile. *Falsa lacună* constă în existența normei, considerată nesatisfăcătoare²². Adevăratele lacune necesită completare;



falsele lacune nu necesită completare, fiind deduse chiar din interpretarea extensivă a normei.

În literatura de specialitate, se mai face distincție între lacune scuzabile și lacune nescuzabile. Lacunele scuzabile mai suunt numite și primare. Ele sunt condiționate de absența necesității de reglementare juridică a unei relații sociale. Lacunele scuzabile, numite ulterioare (posteroare), apar în procesul redactării proiectului actului normativ, când este necesară previziunea legiuitorului privind noile relații sociale ce pretind reglementare juridică. Lacuna nescuzabilă se constată și în cazul ignorării regulilor tehnicii legislative, al cărui rezultat este reglementarea juridică incompletă, insuficientă²³.

Luând în calcul cele menționate, putem formula unele **concluzii privind lacunele în drept**:

1) despre lacunele în drept se poate de vorbit ca despre o imperfecțiune a dreptului;

2) sensul termenului de „lacună” poate fi perceput numai raportându-l strict la esența și conținutul fenomenului concret;

3) lacunele sunt posibile numai în sfera reglementată de drept și numai față de factorii ce se află în sfera reglementată de drept.

Lacunele în drept apar atunci când organul de elaborare a normelor juridice:

1) consideră greșit că unele relații nu pot fi reglementate juridic;

2) presupune greșit că lacunele vor fi ocolite prin concretizarea dreptului în timpul aplicării lui;

3) elaborează norme, în care nu există nici o necesitate;

4) rezolvă problema nu așa cum ar fi trebuit să fie rezolvată în baza unei norme stabilite (concrete).

Considerăm că în Republica Moldova lacunele în drept apar și în urma necoordonării activității unui organ cu a altui organ, dezacordului dintre o verigă a puterii și alta. Exemplu elocvent, în acest sens, ne-ar servi un șir de hotărâri ale Curții Europene pentru Drepturile Omului (CEDO) (*Prodan vs Moldova*, nr.49806/99; *Croitoru vs Moldova*, nr.18882/02; *Țîmbal vs Moldova*, nr.22970/02 etc.)²⁴, unde Guvernul Republicii Moldova a pierdut multe procese privind neexecutarea hotărârilor judecătorești numai din cauza că instanțele judecătorești stabilesc mărimea despăgubirilor financiare ce trebuie să le plătească organele de stat (ministerele, consiliile locale etc.) reclamantilor, iar titlurile executorii, la rândul lor, nu au fost executate din cauza că în Bugetul de Stat anual nu sunt prevăzute fonduri necesare pentru executarea hotărârilor judecătorești. Sună destul de banal aceste afirmații, dar numai din acest motiv Republica Moldova a pierdut sume colosale de bani ca sancțiuni parvenite din partea CEDO.

În principiu, toate aceste hotărâri ale CEDO, pe care, dintr-un punct de vedere, le considerăm doar ca sancțiuni, în realitate aduc un beneficiu enorm statului. Nu este nimic rău sau tragic pentru stat, dacă apar cazuri de examinare la CEDO. Aceasta reprezintă pentru stat un bun prilej, poate chiar și unicul, de a permite, benevol, instanței internaționale de judecată să evalueze practica sa internă, inclusiv cea de aplicare a dreptului, în comparație cu standardele general-europene. În principiu, în aceasta și constă rolul primordial al CEDO, ce se reduce nu doar la înlăturarea încălcărilor depistate, dar și la crearea unor standarde general-

europene. Dar cum pot fi ele create în lipsa plângerilor din cadrul statelor-părți la ea? Anume în urma acestor plângeri statele mult mai efectiv constată lacunele, imperfecțiunile în legislația lor, și destul de rapid operează modificările necesare în legislație, se străduie să modifice practica judiciară etc. Suntem martori ai acestor schimbări care se produc și în sistemul de realizare a dreptului, în înlăturarea lacunelor existente. Astăzi, mult mai puține materiale parvin la CEDO, pe motiv de neexecutare a hotărârilor judecătorești, iar dacă să analizăm datele statistice²⁵, vom remarca că în ultimii ani, în genere, are loc diminuarea acestora.

În final, am vrea să propunem următoarea definiție: **lacuna în drept reprezintă lipsa deplină sau parțială a prevederilor normative, a căror necesitate este condiționată de dezvoltarea relațiilor sociale și de necesitățile practicii judiciare, principii de bază, sensul și conținutul legislației în vigoare, direcționate spre reglementarea faptelor vitale în sfera influențării juridice.**

Note:

¹ Negru Boris, Negru Alina, *Teoria generală a dreptului și statului*, Bons Offices, Chișinău, 2006, p. 414.

² *Dicționarul explicativ al limbii române*, Editura Academiei RSR, București, 1975, p. 486

³ Negru Boris, Negru Alina, *op.cit.*, p. 415.

⁴ Лазарев В.В., *Применение советского права*, Татполиграф, Казань, 1972, с. 106

⁵ Пиголкин А.С., *Нормы советского права и их истолкование*, Изд-во Ленингр. ун-та, Ленинград, 1962, с. 49.

⁶ Лазарев В.В., *Пробелы в праве*, Татполиграф, Казань, 1969, с. 13.

⁷ Недбайло П.Е., *Применение советских правовых норм*, Юрид.лит., Москва: 1960, с. 456.

⁸ Алексеев С.С., *Общая теория социалистического права*, вып. III, Свердловск, 1965, с. 53.

⁹ A se vedea: Акимов В.И., *Понятие пробелов в праве*, Москва, 1969, с. 15; Лазарев В.В., *Применение советского права*, с. 108.

¹⁰ Лазарев В.В., *Применение советского права*, с. 109.

¹¹ Недбайло П.Е., *op.cit.*, p. 457.

¹² Лазарев В.В., *op.cit.*, p. 111.

¹³ *Ibidem*, p. 112.

¹⁴ *Ibidem*, p. 114.

¹⁵ Лазарев В.В., *Пробелы в праве*, с. 69.

¹⁶ Михалык Я.С., *Применение социалистического права в период развернутого строительства коммунизма*, Госюриздат, Москва, 1963, с. 40.

¹⁷ A se vedea: Зембиньски З., *О видах несоответствия норм*, Studia filozoficzne, 1969.

¹⁸ A se vedea: *Codul de procedură penală al Republicii Moldova (partea specială)*, nr. 122-XV din 14.03.2003, în *Monitorul Oficial al R.Moldova*, nr. 104-110/447 din 07.06.2003.

¹⁹ Avornic Gheorghe, *Teoria generală a dreptului*, Cartier, Chișinău, 2004, p. 429.

²⁰ Negru Boris, Negru Alina, *op.cit.*, p. 415.

²¹ Ion Dogaru, Dan Claudiu Dănișor, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, p. 35; în: Boris Negru, Alina Negru, *Teoria generală a dreptului și statului*, Bons Offices, Chișinău, 2006, p. 415.

²² Popescu Sofia, *Teoria generală a dreptului*, Lumina Lex, București, 2000, p. 264.

²³ *Общая теория права и государства*, под ред. В.В. Лазарева, Юрист, Москва, 1994, с. 211.

²⁴ A se vedea: *Hotărâri ale Curții Europene a Dreptului Omului*, vol. III, Balacron, Chișinău, 2006.

²⁵ www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Press/Events/Meetings+and+Official+Visits/Event_Popu_10ANS_EN_Stats.htm



UN ALT PUNCT DE VEDERE ASUPRA HOTĂRĂRIILOR CURȚII CONSTITUȚIONALE nr. 4 din 22 aprilie 2013 și nr. 36 din 5 decembrie 2013

Mihai CORJ,

doctor în drept, conferențiar universitar (INED)

REZUMAT

În acest studiu, expunem un alt punct de vedere asupra Hotărârii Curții Constituționale nr. 4 din 22 aprilie 2013 pentru controlul constituționalității Decretelor Președintelui Republicii Moldova nr. 534-VII din 8 martie 2013 privind demisia Guvernului în partea ce ține de menținerea în funcție a Prim-ministrului, demis prin moțiune de cenzură (pentru suspiciuni de corupție), din data de 8 martie 2013 până la formarea noului Guvern și nr.584-VII din 10 aprilie 2013 privind desemnarea candidatului pentru funcția de Prim-ministru și, respectiv, Hotărârii Curții Constituționale nr.36 din 5 decembrie 2013 privind interpretarea art. 13 alin. (1) din Constituție în corelație cu preambulul Constituției și Declarația de Independență a Republicii Moldova.

Cuvinte-cheie: opinie separată, interpretare, act legislativ, preambul, Declarația de independență, cutia Pandorei, blocul actelor de identitate.

SUMMARY

This study exhibits a different point of view on the Constitutional Court judgment no. 4 of 22 April 2013 to review the constitutionality Presidential Decree no. 534-VII of March 8, 2013 on the resignation of the Government in respect of the maintenance of the function of prime minister ousted by vote of no confidence (for suspected corruption), dated March 8, 2013 until the formation of the new government and no. 584-VII of April 10, 2013 on the nomination of the candidate for Prime Minister and, respectively, the Constitutional Court judgment no. 36 of 5 December 2013 concerning the interpretation of Article 13 para. (1) of the Constitution in conjunction with the Preamble to the Constitution and the Declaration of Independence of the Republic of Moldova.

Keywords: separate opinion, interpreting, legislation, the preamble, the Declaration of Independence, Pandora, block of identity.

Opinie asupra Hotărârii Curții Constituționale nr. 4 din 22 aprilie 2013

Dreptul trece în existență faptică mai întâi prin formă, prin faptul că este pus ca lege... (Hegel)

În Hotărârea Curții Constituționale nr.4 din 22.04.2013 pentru controlul constituționalității Decretelor Președintelui Republicii Moldova nr.534-VII din 8 martie 2013 privind demisia Guvernului în partea ce ține de menținerea în funcție a Prim-ministrului, demis prin moțiune de cenzură (pentru suspiciuni de corupție), din data de 8 martie 2013 până la formarea noului Guvern și nr.584-VII din 10 aprilie 2013 privind desemnarea candidatului pentru funcția de Prim-ministru, în opinia noastră, Curtea neîntemeiat a apelat și la statuările din preambulul Constituției, deoarece invocarea stipulărilor art. 1 alin.(3) din Constituție este și era un remediu eficient de tranșare a obiectului sesizării date.

Înalta Curte, ignorând prevederile legislației în vigoare, atribuie cu de la sine putere preambulului Constituției Republicii Moldova un statut ierarhic superior, în raport cu textul acesteia. Preambulul Constituției, în ordinea juridică existentă actualmente în sistemul de drept național, nu are putere juridică și nu face parte din conținutul normativ al actului, deci acesta are un caracter declarativ.

Cutia Pandorei a fost deschisă de către Curtea Constituțională la 22 aprilie 2013, când, prin Hotărârea nr.4, Curtea a argumentat importanța respectării principiului statului de drept, făcând trimitere și plasând pe prim-plan preambulul în raport cu textul Constituției Republicii Moldova, motivând că acesta ar conține anumite clauze constituționale cu caracter imperativ și menționând că prevederile preambulului prevalează asupra textului

Constituției. Dar să revenim la HCC nr.4 din 22.04.2013 propriu-zisă.

În §55-59 din hotărârea menționată¹, Curtea a reținut că principiul statului de drept, fiind consacrat în preambulul Constituției, vizează Constituția în integralitatea sa. Curtea reține că preambulul are un rol-cheie în înțelegerea și aplicarea textului Constituției și poate fi invocat ca izvor de drept. Preambulul, aflat la originea textului constituțional, este acea parte a Constituției ce reflectă exact spiritul ei. Astfel, Curtea consideră că preambulul expune anumite clauze constituționale cu caracter imperativ, ce pot servi drept surse independente pentru normele care nu sunt neapărat reflectate expres în textul Constituției. Orice interpretare a Constituției urmează să fie operată pornind de la obiectivele Constituției, prevăzute în preambul și din care derivă textul Constituției însăși. În concluzie, Curtea conchide că, în cazul în care există mai multe interpretări, opțiunea conformă preambulului prevalează.

În §71, 73 din hotărârea citată, Curtea reține că răspunderea politică are la bază concepția statului de drept și democratic și se referă la răspunderea deținătorilor de mandate politice. Prezumția nevinovăției, prevăzută de art.21 din Constituție ca principiu într-un proces penal, este inaplicabilă răspunderii politice. Într-o democrație veritabilă, normalitatea constă în demisia imediată a persoanelor care și-au pierdut încrederea publică, fără a se ajuge la demitere.

La §76, *inter alia*, se arată că **este contrară principiilor statului de drept numirea în funcții de conducere a persoanelor asupra cărora planează dubii de integritate sau care au fost demise pentru motive de corupție.**

La §93 Curtea statuează: „... **menținerea în componența**



Guvernului a unor persoane în privința cărora există dubii serioase de integritate decredibilizează actul de guvernare în general..." [evid. n.]

Curtea Constituțională, prin HCC nr.4 din 22.04.2013, a statuat că menținerea în funcție a Prim-ministrului unui Guvern demis pentru motive de corupție este neconstituțională.

Astfel, apare întrebarea: **cum a fost posibilă menținerea în funcție a unor miniștri ai unui Guvern demis pentru motive de corupție?** După părerea noastră, hotărârea Înaltei Curți se referă atât la prim-ministru, cât și la fiecare ministru în parte, al cărui domeniu de activitate este invocat în moțiunea de cenzură și §83 din hotărâre. Deci, **menținerea în funcție nu numai a prim-ministrului, dar și a tuturor miniștrilor (suspecți de corupție) din acest Guvern demis pentru motive de corupție, este neconstituțională.**

Prin urmare, regăsirea în lista membrilor noului Guvern a miniștrilor demisi pentru suspiciuni de corupție este neconstituțională.

Curtea Constituțională, fiind o autoritate politico-juridică, în acest caz, în speță a aplicat corect prevederile **dreptului politic și moral**, iar prevederile dreptului material și procesual penal pot fi aplicate numai de către o instanță de judecată de drept comun, cu respectarea strictă a principiului prezumției nevinovăției.

În politica din țările democratice este de ajuns să existe o suspiciune de corupție și demnitarul își dă demisia, ci nu așteaptă să fie demis.

Astfel, după cum a dispus Curtea în §71, hotărârea ei este o decizie politică, de aceea și se invocă răspunderea politică a deținătorilor unui mandat politic, și nu răspunderea penală, când, în mod obligatoriu, se aplică principiul prezumției de nevinovăție statuat la art. 21 din Constituție.

Totodată, menționăm că, în ultimul timp, Curtea Constituțională deja în două hotărâri ale sale se inspiră din preambulul Constituției, invocând faptul că în preambul este concentrat spiritul Constituției și că acesta ar prevala asupra textului Constituției, fapt combătut de prevederile legislației în vigoare. De asemenea, menționăm că invocarea unor stipulări cu referire la locul și semnificația preambulului în tratatele internaționale la care Republica Moldova este parte, în acest caz, este una irelevantă.

Așadar, în această situație, suntem nevoiți să operăm cu unele prevederi legale statuate la art.2 alin.(2) lit.a), art.24 alin.(2), (3) și art. 26 alin.(1) și (2) din Legea nr.780-XV din 27.12.2001 privind actele legislative. În temeiul art.2 alin.(2) lit.a) din Legea nr.780-XV/2001², Constituția Republicii Moldova și legile constituționale fac parte din categoria actelor legislative. Actul legislativ are, de regulă, următoarele elemente constitutive: titlu, preambul, clauză de adoptare, dispoziții generale, dispoziții de conținut, dispoziții finale și tranzitorii, anexe. Din cuprinsul actului legislativ, pot lipsi unele elemente, deoarece acestea nu sunt obligatorii pentru actul legislativ. Ca element constitutiv al actului legislativ, preambulul expune finalitățile urmărite de Parlament prin adoptarea actului legislativ, rațiunea adoptării, motivația social-politică, economică sau de altă natură a actului. În temeiul art.26 alin.(2) din Legea nr.780-XV/2001, preambulul poate însoți actul legislativ de o importanță majoră. El nu are putere juridică și nu face parte din conținutul normativ al actului.

În temeiul art.7 din Codul jurisdicției constituționale³,

orice act normativ, precum și orice tratat internațional la care Republica Moldova este parte, se consideră constituțional până când neconstituționalitatea lui va fi dovedită în procesul justiției constituționale.

Așadar, în temeiul celor relevate *supra*, invocarea prevederilor preambulului din Constituție nu are nici un suport juridic, deoarece legiuitorul a statuat expres că preambulul Constituției Republicii Moldova **nu are putere juridică și nu face parte din conținutul normativ al actului.**

Prin urmare, Curtea Constituțională nu poate să-și întemeieze deciziile pe conținutul preambulului din Constituție, dar cu atât mai mult să invoce faptul că prevederile preambulului prevalează asupra textului propriu-zis al Constituției, deoarece acesta (preambulul) este unul declarativ și are doar o mare importanță simbolică, și nimic mai mult. El nu are putere juridică și nu face parte din conținutul normativ al Constituției. De aceea subsemnatul nu consideră corectă statuarea, de către Curte, a faptului că „*preambulul expune anumite clauze constituționale cu caracter imperativ..., atunci când există mai multe interpretări, opțiunea conformă preambulului prevalează*”, deoarece în temeiul art.2 alin.(2) lit.a) din Legea nr.780-XV/2001, Constituția Republicii Moldova face parte din categoria actelor legislative. Așadar, conform prevederilor stipulate la art.24 alin.(2) lit.b), preambulul este unul dintre elementele constitutive ale unui act legislativ, dar nu unul obligatoriu, iar în temeiul art.26 alin.(2) din legea citată, preambulul nu are putere juridică și nu face parte din conținutul normativ al actului. Astfel, **până la proba contrară, urmează a fi aplicată prezumția constituționalității actelor normative.** În temeiul art.7 din Codul jurisdicției constituționale, orice act normativ, precum și orice tratat internațional la care Republica Moldova este parte, se consideră constituțional până când neconstituționalitatea lui va fi dovedită în procesul justiției constituționale, cu asigurarea tuturor garanțiilor prevăzute de prezentul cod. De asemenea, la soluționarea acestei cauze (sesizări constituționale) fiind relevate nu au fost aplicate nici o prevedere din tratatele internaționale, deci nu pot fi invocate nici prevederile art. 4 și 8 din Constituție (*preeminența dreptului internațional*). Totodată, menționăm că statuarea la art.1 alin. (3) din Constituție a faptului că Republica Moldova este un stat de drept este o dispoziție aplicabilă întregului text constituțional.

Așadar, în opinia noastră, **în speța sus-menționată, era și este suficientă invocarea art.1 alin. (3) din Constituție de către Înalta Curte, care are aplicabilitate generală, fără ca aceasta să-și argumenteze temeinicia poziției pe statuările preambulului.** Într-un act, prin preambul se înțelege tot ceea ce se află între titlu și partea dispozitivă a actului, și anume: referirile, considerentele și formulele solemne care le însoțesc. *Preambulul are o valoare simbolică enormă, însă conținutul acestuia în temeiul prevederilor legale, actualmente în vigoare, este unul pur declarativ, deoarece nu face parte din conținutul normativ al actului*, fapt de altfel expres stipulat în aceeași legislație. *Dura lex, scripta tamen.*

Opinie asupra Hotărârii Curții Constituționale nr. 36 din 5 decembrie 2013

Cel mai mare păcat al oamenilor e frica, spaima de a privi în față și a recunoaște adevărul. (Mihai Eminescu)

În Hotărârea Curții Constituționale nr.36 din 5 de-



cembrie 2013 privind interpretarea art.13 alin.(1) din Constituție, vizând corelația cu preambulul Constituției și Declarația de independență a Republicii Moldova, Curtea, operând cu precedentul creat, din nou apelează la preambulul Constituției și face un pas mai departe, atribuindu-i *Declarației de independență* statut de act primar. Această afirmație, în opinia noastră, este una imprecisă, deoarece statutul de act primar îi aparține *Declarației de suveranitate*. Preluarea noțiunii „bloc de constituționalitate” din doctrina franceză nu este cea mai inspirată idee, deoarece toate actele oficiale ce reglementează raporturi juridice constituționale (de drept constituțional) urmează a fi înglobate în Constituția Republicii Moldova – Legea supremă a societății și a statului. Noi tindem să avem un act oficial suprem în stat, unificat și sistematizat, și nu un „bloc de constituționalitate”, alcătuit din câteva elemente. Atunci, apare întrebarea: cum urmează a fi aplicată dispoziția normei de drept constituțional⁴: *nici o lege și nici un alt act juridic care contravine prevederilor Constituției nu are putere juridică*? În opinia noastră, atât prevederile *Declarației de suveranitate*, cât și cele ale *Declarației de independență* trebuiau să fie parte componentă a preambulului Constituției Republicii Moldova, iar acestuia, prin statuire expresă în Constituție, să i se atribuie statut de element originar, intangibil și imuabil al Constituției.

Curtea Constituțională, prin adoptarea HCC nr.36 din 5 decembrie 2013, a dispus că Declarația de independență face corp comun cu Constituția și, astfel, Curtea și-a depășit competența. Înalta Curtea face o ingerință în activitatea Parlamentului, deoarece numai legiuitorul și suveranul pot dispune incorporarea Declarației de independență în Constituție, respectând unele rigori impuse de aceasta. Statuările Curții la §79-81 din hotărâre⁵ ar fi unele convingătoare numai dacă preambulul Constituției Republicii Moldova ar fi fost recunoscut în ordinea juridică internă ca parte a Legii supreme, ce are un caracter normativ, și nu unul pur declarativ. De asemenea, menționăm că preambulul conține și unele sintagme invocate, de altfel, de către Înalta Curte în §80, precum „constituirea statalității poporului moldovenesc” și „satisfacerea intereselor cetățenilor de altă origine etnică, care împreună cu moldovenii”. Astfel, preambulul conține unele prevederi care reconfirmă faptul că în studiul științelor istorice ceva e putred în acest domeniu.

Pentru claritate, menționăm că noi suntem întru totul de acord cu necesitatea indiscutabilă de a incorpora *Declarația de independență* în preambulul Constituției, acordându-i acestuia un *caracter de normativitate*, ba mai mult, de a include și Declarația de suveranitate în preambul, *deoarece acest act stă la temelia formării noului stat și servește drept bază pentru elaborarea noii Constituții* (prin Declarația de independență s-a finalizat procesul de constituire a noului stat – Republica Moldova). Deci, prescripțiile Curții de la §47-50 sunt lacunare, deoarece primatul actului de constituire a noii statalități aparține *Declarației de suveranitate*. Prin urmare, *drept certificat de naștere al Republicii Moldova servește blocul actelor de identitate*, precum: *Declarația de suveranitate, Decretul cu privire la puterea de stat și Declarația de independență*. Acestea trebuie să fie parte nu a „blocului de constituționalitate”, ci a preambulului însuși al Constituției.

Reiterăm, preambulul Constituției în ordinea juridică

internă existentă actualmente nu are valoare juridică, deci cele invocate de Curte la § 51-53, 79-82 nu au suport juridic.

În § 83-84 Curtea se referă la conținutul Declarației de independență, și nu la forma prin care aceasta a fost adoptată. În caz că Declarația de independență ar fi fost adoptată printr-o lege constituțională, și nu una organică (de altfel, o asemenea clasificare nici nu exista la momentul adopțării), și prin abuzul legiuitorului aceasta nu și-ar fi găsit reflectare în preambulul Constituției, atunci decizia *Înaltei Curți* de incorporare a ei în Constituție, instituind blocul de constituționalitate, ar fi fost una judicioasă, deoarece, indiferent de opiniile politice ale deputaților și de toate eventualele invocări precum că orice mandat imperativ este nul, *legiuitorul trebuie să asigure și să garanteze efectiv existența principiului continuității (puterii de stat)*.

De asemenea, în cazul în care în Declarația de independență ar fi existat o clauză expresă prin care legiuitorul ar fi statuat că Declarația de independență urmează să fie parte integrantă a Constituției cu incorporarea ei în preambul, hotărârea Curții ar fi fost una întemeiată și judicioasă, însă în situația dată este o decizie pur politică.

Așadar, regretăm că actele de identificare a noului subiect de drept internațional public – Republica Moldova, nu-și găsesc reflectare în preambulul Constituției. Curtea Constituțională își stabilește singură competența, însă aceasta nu trebuie să-și aroge unele prerogative improprii și să substituie legiuitorul, îndeosebi poporul care este suveranul, deci deținătorul primar al puterii (vezi: *Declarația de suveranitate, Decretul cu privire la puterea de stat, Constituția*) și care delegă această putere unor reprezentanți și autorități pentru asigurarea și garantarea principiului continuității. Deci *poporul* poate interveni și tranșa orice chestiune (cu unele excepții) de interes național, iar aceasta se soluționează pe cale referendară. Altă problemă este subiectul scos la referendum, întrucât dacă este vorba despre o problemă pur științifică, precum este în cazul dat, denumirea literară a limbii vorbite în acest areal, referendumul este neavenit.

Totodată, menționăm că nici Legea nr.3465-XI din 01.09.1989 cu privire la funcționarea limbilor vorbite pe teritoriul Republicii Moldova și nici Constituția Republicii Moldova nu reglementează folosirea limbilor în relațiile dintre persoane (interpersonale).

Studiind foarte atent prevederile Declarației de independență, observăm că în alineatul respectiv „RE-AMINTIND că în ultimii ani mișcarea democratică de eliberare națională a populației din Republica Moldova și-a reafirmat aspirațiile de libertate, independență și unitate națională, exprimate prin documentele finale ale Marilor Adunări Naționale de la Chișinău din 27 august 1989, 16 decembrie 1990 și 27 august 1991, *prin legile și hotărârile Parlamentului Republicii Moldova privind decretarea limbii române ca limbă de stat și reintroducerea alfabetului latin, din 31 august 1989*, drapelul de stat, din 27 aprilie 1990, stema de stat, din 3 noiembrie 1990, și schimbarea denumirii oficiale a statului, din 23 mai 1991,” s-a strecurat o eroare.

Actualmente, Curtea în § 107-108 s-a axat mai cu seamă pe următoarea statuire din Declarația de independență: „... *prin legile și hotărârile Parlamentului Republicii Moldova privind decretarea limbii române ca limbă de stat și reintroducerea alfabetului latin, din 31 august 1989*”.



care, conform afirmațiilor Curții, fac parte din „blocul de constituționalitate”.

În toate actele legislative cu privire la limba de stat și reintroducerea alfabetului latin, la care face trimitere Declarația de independență – în acele acte oficiale din 31 august 1989 ce au precedat Declarația de independență, ba mai mult, și în acele din 1 septembrie 1989, nu este expres statuat faptul decretării **limbii române** ca limbă de stat, din contra, în actele de referință este relevat faptul că **limba moldovenească** este decretată ca limbă de stat care funcționează pe baza grafiei latine. Această neconcordanță trezește multe semne de întrebare: **La adoptarea Declarației de independență într-adevăr s-a dorit ca prin mincună să fie confirmat un adevăr științific indiscutabil?** Oare chiar a fost necesar să urmărim îndemnul lui Niccolo Machiavelli *scopul scuză mijloacele*? Cum poți să-ți fundamentezi aspirațiile nobile pe minciună, că doar în actele legislative citate în Declarația de independență este consacrată sintagma „limba moldovenească”, și nu „limba română”?

Totodată, în numele adevărului științific, menționăm că în cadrul Marii Adunări Naționale de la tribuna centrală, într-adevăr, a fost auzită sintagma „**introducerea limbii moldovenești idem română**”. Astfel, constatăm că atât forma, cât și conținutul Declarației de independență conțin unele curențe. De asemenea, nu știm de ce în Declarația de independență nu a fost reiterată clauza din Declarația de suveranitate „**Prezenta Declarație servește drept bază pentru elaborarea noii Constituții a Republicii Moldova**” cu completarea acestui text cu sintagma, „iar *textul Declarației urmează a fi incorporat în preambulul acesteia*”.

Lucrurile și faptele, actele la care facem referință nu trebuie interpretate extensiv și abuziv, iar conținutul acestora ce ține de substanța problemei abordate urmează a fi relevat întocmai. Oricine poate greși. E mai greu să recunoaștem acest fapt. Astfel, observăm că la adoptarea Declarației de independență, contrar prevederilor legale la care se face trimitere (*prin legile și hotărârile Parlamentului Republicii Moldova* privind decretarea limbii române ca limbă de stat și reintroducerea alfabetului latin (din 31 august 1989)), în care se constată faptul decretării limbii române ca limbă de stat și actele legislative *supra*, în care legiuitorul a statuat expres faptul decretării limbii moldovenești ca limbă de stat, a fost admisă o inadverență. Cu tot respectul pentru deputații care au votat Declarația de independență, este limpede că până în prezent nimeni, sau aproape nimeni, nu s-a încumetat să studieze conținutul actelor legislative pe care se sprijină Declarația⁶ și corelarea textului ei cu textul primar citat în Declarația de independență, nici chiar în cazul „restabilirii semnăturilor”, unde erau omniprezenți deputații din legislaturile a XII-a și a XVIII-a. Credem că toți au fost preocupați, îndeosebi, de forma și nu de conținutul actului (Declarației de independență). Cum poți să pui la temelie dorința, aspirația nobile, și nu realitatea complexă? Dacă Declarația de independență se bazează pe unele acte legislative, nicidecum nu poți invoca aspirațiile în locul statuărilor legale. *Dura lex, sed lex*.

Astfel, consultând prevederile actelor legislative invocate în Declarație, ca suport juridic, constatăm că legiuitorul a statuat expres faptul decretării limbii moldovenești ca limbă de stat și reintroducerea alfabetului latin (din 31 august 1989). Deci, în situația dată, **în Declarație s-a strecurat o greșală**, deoarece în nici un act legislativ enumerat *supra* nu se vorbește despre decretarea limbii române ca limbă

de stat, ci numai despre decretarea limbii moldovenești ca limbă de stat și reintroducerea alfabetului latin.

Totuși, remarcăm unele momente ce își găsesc reflectare în legislația lingvistică.

Legea cu privire la revenirea limbii moldovenești la grafia latină⁷ dispune trecerea limbii moldovenești, idiom de origine și structură romanică, la grafia latină, care se bazează pe caracterul adecvat, recunoscut de știință, al alfabetului latin pentru fonetica și gramatica acestui idiom, pe propunerile cetățenilor republicii, și are menirea de a contribui la lichidarea deformărilor ce s-au produs în limbă în virtutea unui șir de cauze obiective și subiective, la ridicarea nivelului de cultură lingvistică al poporului moldovenesc, a rolului factorilor de ordin științific, etico-moral, cultural, psihodidactic și social în dezvoltarea limbii moldovenești.

În Hotărârea Sovietului Suprem (Parlamentului) nr. 3463-XI din 31.08.1989 despre modul de punere în aplicare a Legii RSS Moldovenești cu privire la revenirea limbii moldovenești la grafia latină, de asemenea, nu atestăm niciun cuvânt despre limba română.

Prin Legea nr. 3464-XI din 31.08.1989 cu privire la statutul limbii de stat a RSS Moldovenești (lege constituțională) s-a completat Constituția (Legea Fundamentală) a RSS Moldovenești cu articolul 70¹, având următorul conținut: Art.70¹. Limba de stat a Republicii Sovietice Socialiste Moldovenești este limba moldovenească. Limba de stat este folosită în viața politică, economică, socială și culturală și funcționează pe baza grafiei latine...

Totodată, dorim să precizăm că, în preambulul Legii nr.3465-XI din 01.09.1989 cu privire la funcționarea limbilor vorbite pe teritoriul RSS Moldovenești, este statuat că declararea prin Constituția (Legea Fundamentală) a Republicii Sovietice Socialiste Moldovenești a statutului limbii moldovenești ca limbă de stat are menirea să contribuie la realizarea suveranității depline a republicii și la crearea garanțiilor necesare pentru folosirea ei plenară în toate sferile vieții politice, economice, sociale și culturale. RSS Moldovenească sprijină aspirația moldovenilor care locuiesc peste hotarele republicii, iar **ținând cont de identitatea lingvistică moldo-română realmente existentă – și a românilor care locuiesc pe teritoriul Uniunii RSS**, de a-și face studiile și de a-și satisface necesitățile culturale în limba maternă. În conformitate cu Constituția RSS Moldovenești (de altfel, în vigoare până la abrogarea expresă a acesteia la 27.08.1994), limba de stat a RSS Moldovenești este limba moldovenească, care funcționează pe baza grafiei latine. Deci, menționăm că în aceeași Lege nr.3465-XI se **decretează statutul identic al limbii moldovenești cu cel al limbii române**, însă nici chiar în această lege nu este invocată decretarea limbii române drept limbă de stat.

În HP (Hotărârea Sovietului Suprem) nr.3466-XI din 01.09.1989 despre modul de punere în aplicare a Legii RSS Moldovenești cu privire la funcționarea limbilor vorbite pe teritoriul RSS Moldovenești, de asemenea, nu este atestată sintagma „limba română”.

În HP nr. 3467-XI din 01.09.1989 cu privire la proiectul Programului complex de stat pentru asigurarea funcționării limbilor vorbite pe teritoriul RSS Moldovenești, de asemenea, nu este atestată sintagma „limba română”.

În anul 1989, după părerea noastră, s-a putut reveni – fie și parțial – la adevăr, prin revenire la alfabetul latin. Istoricele acte legislative din august și septembrie 1989, pe



care nimeni niciodată nu le va putea uita – privind limba de stat și revenirea la grafia latină – au anticipat suveranitatea și independența noastră de „imperiul răului”. Aceste acte oficiale stipulează că „limba moldovenească” este identică cu „limba română”. Din păcate, când s-a adoptat Constituția Republicii Moldova s-a făcut un pas înapoi în raport și cu aceste acte normative, adoptate totuși, când destinul nostru încă mai era hotărât de străini.

Dorința este mare, însă într-un stat de drept, legislația în vigoare trebuie respectată de către toți subiecții dreptului.

Astfel, sintagma „limbă română” introdusă în Declarația de independență nu are nici un suport juridic, după cum greșit este invocat atât în Declarația de independență, cât și în hotărârea Înaltei Curți. Adevărul științific nu poate fi construit pe minciună, deoarece este cert că limba moldovenească este identică cu limba română. Ceea ce deranjează este faptul că în Declarația de independență este inclusă sintagma „limba română” în loc de „limba moldovenească”, făcându-se trimitere la acte legislative, în care, dimpotrivă, e statuată expres sintagma „limba moldovenească”.

O decizie este temeinică atunci când este bazată pe adevăr, iar acest adevăr a fost împărțit între părțile ce pretind că-l dețin. O decizie nu poate fi considerată legală, judicioasă dacă are la bază neadăvăruri, în aspect juridic, precum ar fi în cazul nostru când s-a afirmat că în actele legislative enumerate în Declarația de independență este prevăzut că limba română a fost decretată limbă de stat. În actele la care face trimitere Declarația de independență este fixat expres faptul că limba moldovenească este declarată limbă de stat, iar scrisul nostru revine la alfabetul latin. Deci, **acesta este adevărul.** Considerăm că, la adoptarea Declarației de independență redacțional a fost comisă, cu bună-știință, o eroare. Așadar, enorma dorință de a decreta limba română limbă de stat a fost una foarte emotivă, dar, după cum vedem, nu a avut niciun suport juridic.

Dispozițiile Curții din §48 sunt imprecise, deoarece statalitatea Republicii Moldova a fost proclamată solemn la 23 iunie 1990 prin Declarația de suveranitate. Astfel, Republica Moldova este un stat suveran, iar Constituția din 15 aprilie 1978 (fiind amendată prin art.70¹ prin care a fost introdusă limba de stat a RSSM – limba moldovenească), cu modificările și completările ulterioare, a fost abrogată expres abia la 27 august 1994, astfel fiind abrogat și art.70¹ introdus prin Legea constituțională nr.3464-XI din 31.08.1989 cu privire la statutul limbii de stat. Legea din 1 septembrie 1989 cu privire la funcționarea limbilor vorbite pe teritoriul Republicii Moldova actualmente poate fi amendată, exceptând prevederile statuate de legiuitorul constituant la art. VII alin.(2) care sunt caduce, dar în coroborare cu dispozițiile art.13, care poate fi amendat în temeiul art.75, 141-143 din Constituția Republicii Moldova, adoptată la 29 iulie 1994.

Deci, revenind la argumentele expuse *supra*, susținem că **în sistemul dreptului național existent, preambulul nu are putere juridică și nu face parte din conținutul normativ al actului.**

Prin urmare, Curtea Constituțională, în ordinea juridică existentă, nu poate să-și fundamenteze deciziile pe conținutul preambulului din Constituție, mai mult, să invoce prevalarea acestuia asupra textului Constituției. De asemenea, încorporarea de către Curte a Declarației de independență în blocul de constituționalitate, sau mai exact

în Constituție, nu este una judicioasă, deoarece acest drept derivat îi aparține legiuitorului, iar dreptul primar este al suveranului – al poporului moldovenesc. Izvorul principal de drept în RM este actul normativ, deci ceea ce se permite altora nu este neapărat obligatoriu pentru Curte. Unele state ce cunosc o democrație avansată își pot permite luxul de pionierat și de a institui o jurisprudență mai avansată, deoarece autoritățile respective se bucură de o încredere indiscutabilă în raport cu deciziile luate. Considerăm că în acest areal, când incertitudinea planează deasupra noastră, deciziile trebuie să fie fundamentate, în primul rând, pe prevederile naționale, și nu bazate pe analogie etc.

Așadar, menționăm că Declarația de independență a fost adoptată printr-o lege și a intrat în vigoare la data de 27 august 1991.

Totodată, menționăm că în temeiul art.31 alin. (2) din Legea nr. 317-XIII din 13.12.1994 cu privire la Curtea Constituțională și art.4 alin. (2) din Codul jurisdicției constituționale nr.502-XIII din 16.06.1995, sunt supuse controlului constituționalității numai actele normative adoptate după intrarea în vigoare a Constituției Republicii Moldova – 27 august 1994.

Astfel, conchidem că **actele oficiale adoptate anterior acestei date nu pot fi supuse nici interpretării de către Înalta Curte.**

În aceste condiții, ne întrebăm: **cum poate fi supus controlului de constituționalitate sau interpretării un act oficial ce precede această dată?** Răspuns: **Actele oficiale adoptate anterior intrării în vigoare a Constituției (27.08.1994) nu pot fi supuse controlului constituționalității și nici interpretării oficiale.**

Conform art.4 alin.(1) lit b) din Codul jurisdicției constituționale, Curtea Constituțională interpretează Constituția. În temeiul art.6 din Codul jurisdicției constituționale, Curtea Constituțională soluționează numai probleme ce țin de competența sa.

În temeiul pct.5 din Declarația de suveranitate (HP nr.148-XII din 23.06.1990), pentru asigurarea garanțiilor social-economice, politice și juridice ale suveranității republicii, Sovietul Suprem al R.S.S. Moldova stabilește: „...supremația Constituției și a legilor R.S.S. Moldova pe întreg teritoriul ei...”, iar la pct.13 e statuat expres faptul că **prezenta Declarație serveste drept bază pentru elaborarea noii Constituții a R.S.S. Moldova...**

De altfel, în următoarele paragrafe, de asemenea, ne vom referi la unele momente ce au tangență cu subiectul abordat.

§1. În situația creată, când Curtea și-a extins arealul ei de activitate, aceasta de asemenea urmează să-și revizuiască propria decizie privind controlul constituționalității Decretului nr. 376-V din 24 iunie 2010 privind declararea zilei de 28 iunie 1940 zi a ocupației sovietice.

Totodată, nu trebuie neglijat faptul că normele primare de drept sunt edictate de către legiuitor. Deci, numai dacă Parlamentul va declara ziua de 28 iunie 1940 zi a ocupației sovietice, atunci Curtea va putea reveni și asupra decretului respectiv și, printr-o nouă hotărâre, să fie recunoscut constituțional decretul președintelui în problema dată. O decizie în acest sens poate fi dată de Curte, invocând modificarea propriei jurisprudențe și a legislației și faptul că au apărut noi împrejurări, necunoscute la data pronunțării hotărârii, dacă aceste împrejurări sunt de natură să schimbe esențial hotărârea. De regulă, Curtea acționează numai la



sesizare, însă prin decizie ea poate reveni în anumite situații și condiții asupra propriilor decizii. Actualmente, conform noii jurisprudențe instituite de Curte, pot fi invocate atât dispozițiile HP nr.149-XII din 23.06.1990, cât și cele inserate în Declarația de independență: „Subliniind că fără consultarea populației din Basarabia... ocupată prin forță la 28 iunie 1940... cere... încetarea stării ilegale de ocupație a acesteia și să retragă trupele sovietice de pe teritoriul național al Republicii Moldova”.

§2. Restabilirea *Declarației de independență*, în modul cum s-a produs, a fost o farsă politică, care nu are niciun suport legal. Această acțiune de piar politic, promovată de Asociația „Parlamentul '90” cu susținerea unor exponenți ai arenei politice, fără pregătirea necesară în domeniul dreptului, și a legiuitorului de Legislatura a XVIII-a, au demonstrat lumii întregi că asupra declarației se poate reveni. **La ce bun trebuie să restabilești ceva ce există de facto și de iure?** Cu totul altă problemă este că pentru istorie ar fi bine să existe o copie semnată și de deputații care au votat-o.

Așadar, atunci când Declarația de independență, fiind un act oficial, există în original publicată pe suport pe hârtie în *Monitorul Oficial*, nr.11-12 din 30.12.1991, art.103; 118 și în versiune electronică pe site-ul www.justice.md, ce a însemnat toată această „bufonadă”? Nimic mai mult decât un „show politic” de prost gust.

Restabilirea unui act politico-juridic, precum este *Declarația de independență*, analogic procedurii de reconstituire statuată în legislația procesuală civilă, este neavenită. Declarația de independență a Republicii Moldova a fost aprobată prin Legea nr. 691-XII din 27.08.1991. Statul are obligația de a publica toate legile și alte acte normative. Reamintim că orice act oficial publicat după 23 iunie 1990 (data adoptării Declarației de suveranitate) urmează a fi publicat pe site-ul oficial al Guvernului, mai corect pe site-ul www.justice.md.

Această acțiune de piar de restabilire a unor semnături urma să fie efectuată în cu totul altă modalitate și nicidecum nu într-o ședință a Parlamentului de Legislatura a XVIII-a, soldată cu adoptarea unei hotărâri (HP nr.66 din 23.04.2010) prin care se confirmă semnăturile unor foști deputați.

Totodată, menționăm că persoanele ce au distrus Declarația de independență în cadrul evenimentelor din 7 aprilie 2009 trebuie neapărat să suporte consecințele legii penale.

În concluzie, revenind la hotărârile Curții, conchidem că preambulul are o valoare simbolică enormă, însă conținutul acestuia în temeiul prevederilor legale, actualmente în vigoare, este unul pur declarativ, deoarece nu face parte din conținutul normativ al actului, fapt de altfel expres stipulat în aceeași legislație, **de aceea textul inserat în preambul nu poate prevala asupra textului propriu-zis al Constituției.**

Actele primare ce confirmă constituirea Republicii Moldova ca stat sunt: Declarația de suveranitate din 23 iunie 1990, Decretul cu privire la puterea de stat din 27 iulie 1990 și Declarația de independență din 27 august 1991. Urmare a adoptării de către legiuitor a acestor acte legislative a fost posibilă adoptarea la 29 iulie 1994 a Constituției Republicii Moldova.

Așadar, care este raportul dintre suveranitatea statului și independența acestuia? Suveranitatea odată recunoscută

este un garant al independenței. Deci, independența este un criteriu al suveranității.

Astfel, conchidem că blocul de identitate al Republicii Moldova este constituit din actele oficiale relevate *supra*.

Reconfirmăm opinia noastră că atât prevederile *Declarației de suveranitate*, cât și cele ale *Declarației de independență* trebuiau să fie parte componentă a preambulului Constituției Republicii Moldova, iar acestuia, prin statuarea expresă în Constituție, să i se atribue statut de element originar, intangibil și imuabil al Constituției, însă acest lucru urmează a fi efectuat pe cale referendară sau parlamentară, și nicidecum nu pe cale jurisdicțională.

De asemenea, constatăm că **în Declarația de independență s-a strecurat o greșală**, deoarece în niciun act legislativ enumerat în ea nu se vorbește despre decretarea limbii române ca limbă de stat, ci numai despre decretarea limbii moldovenești ca limbă de stat și reintroducerea alfabetului latin.

Astfel, nu întotdeauna trebuie acceptat ca axiomă ceea ce mai poate fi supus verificării.

Dacă o ținem tot așa în spiritul HCC nr.4/2013 și nr.36/2013, fără doar și poate că, explorând și exploatând preambulul Constituției, vom putea scoate în evidență și alte aspecte ale unor probleme, de asemenea foarte sensibile, precum: „Având în vedere **continuitatea statalității poporului moldovenesc** în contextul istoric și etnic al devenirii lui ca națiune” și, respectiv, „Năzuind spre satisfacerea intereselor **cetățenilor de altă origine etnică, care împreună cu moldovenii constituie poporul Republicii Moldova**”.

Așadar, în acest sens, conchidem că Curtea Constituțională nu trebuia să deschidă cutia Pandorei, inițial la 22 aprilie 2013, prin invocarea preambulului Constituției și statuarea de către Înalta Curte a faptului prevalării dispozițiilor acestuia asupra textului Constituției. De asemenea, menționăm că reiterarea semnificației preambulului Constituției în Hotărârea Curții nr.36/2013 și acceptarea punctului de pornire din textul acestuia pentru a crea un liant cu Declarația de independență va deveni una „cu efect de bumerang”.

În lumina celor expuse supra, în situația creată, constatăm că Curtea Constituțională modifică propria sa practică jurisdicțională și reconfirmă instituirea unui precedent periculos care, de altfel, va putea fi invocat în fața Înaltei Curți de către subiecții abilitați cu dreptul de sesizare a acesteia, ca părți într-un proces constituțional.

Note:

¹ Hotărârea Curții Constituționale nr.4 din 22.04.2013.

² Legea nr. 780-XV din 27.12.2001 privind actele legislative.

³ Codul jurisdicției constituționale nr. 502-XIII din 16.06.1995.

⁴ Art. 7 din *Constituția Republicii Moldova*.

⁵ Hotărârea Curții Constituționale nr. 36 din 5 decembrie 2013.

⁶ *Declarația de independență a Republicii Moldova*.

⁷ Legea nr. 3462-XI din 31.08.1989 cu privire la revenirea limbii moldovenești la grafia latină.



ПРИНУЖДЕНИЕ ЛИЦА К ИЗЪЯТИЮ ОРГАНОВ ИЛИ ТКАНЕЙ С ЦЕЛЬЮ ТРАНСПЛАНТАЦИИ

Василий ФЛОРЯ,

кандидат юридических наук,

(Академия «Штефан чел Маре» МВД Республики Молдова)

REZUMAT

În acest articol, este examinat subiectul cu privire la extirparea forțată a organelor sau țesuturilor în scopul transplantării sau în alte scopuri. Prin constrângere sau forțare se înțelege recurgerea la violență fizică sau psihică și diferite alte amenințări. Infractorul face orice ca să obțină de la victimă acordul pentru a-i extirpa un organ sau țesut împotriva voinței sale.

Organele omului (inima, plămâni, ficatul, rinichii etc.) pot să devină obiectul transplantării. Criminalii caută îndeosebi persoane neajutorate (bătrâni, copii, invalizi). Subiectul acestor crime poate fi un lucrător medical sau o altă persoană care acționează sub amenințare.

Răspunderea pentru aceste crime este prevăzută de lege (art.158 CP RM). În RM transplantarea de organe este prevăzută de Legea RM nr.473-XIV și ordinul ministrului Sănătății nr.297 din 16 decembrie 1999.

Cuvinte-cheie: constrângerea persoanei, victimă, extirparea organelor, obiectul infracțiunii, act de violență, transplantare de organe, crimă.

SUMMARY

In the present article we analyze the subject concerning the forced extirpation of organs and tissues with the aim of transplanting or with other purposes. By constraint or enforcement we mean the application of physical or physical violence and various threats. The offender does everything to obtain the consent of the victim in order to extirpate an organ or tissue contrary to his or her will.

The organs of a man (heart, lungs, liver, kidneys, etc.) can become the object transplantation. The criminals are specially looking for helpless persons (old people, children, invalids). The subject of these crimes can be a medical servant or another person acting under threat. (Ministry of Health nr.297 of December, 1999)

The responsibility for these crimes is foreseen by law (Art.158 PC of RM). In RM transplanting of organs is foreseen by the Law of RM nr.473-XIV.

Keywords: constraint of a person, victim, extirpation of organs, object of infraction, act of violence, transplant of organs, crime.

Статья 158 УК РМ предусматривает ответственность за «(1) Принуждение лица к изъятию органов или тканей с целью трансплантации или в других целях, совершенное с применением насилия или с угрозой его применения.

(2) То же действие, совершенное в отношении лица, заведомо для виновного находившегося в беспомощном состоянии либо в материальной или иной зависимости от него».

Объектом преступления являются общественные отношения, касающиеся охраны здоровья, телесной неприкосновенности или психической свободы лица.

Предметом преступления являются не любые анатомические материалы человека, а только его органы и ткани.

Объективная сторона преступления выражается в действии по принуждению лица к изъятию органов или тканей с целью трансплантации или в других целях, совершенное с применением насилия или с угрозой его применения.

Под принуждением понимается применение к человеку физического (нанесение ударов, побоев, легких телесных повреждений, лишение свободы и т.п.), или психического насилия (угрозы применения физического насилия), либо применение угрозы разгласить сведения, позорящие человека, уничтожить или повредить имущество, причинить вред его правоохраняемым интересам (уволить с работы и т.п.). Целью принуж-

дения является добиться от человека, против его воли, согласия на изъятие у него любого органа или ткани.

Состав преступления формальный: преступление окончено с момента принуждения, независимо от того, удалось или нет преодолеть сопротивление потерпевшего.

С субъективной стороны преступление, предусмотренное ст. 158 УК РМ, характеризуется прямым умыслом. Целью изъятия у человека путем принуждения органов или тканей является их трансплантация другому лицу. *Мотивами* могут быть корыстные или карьеристские побуждения (например, желание выслужиться перед начальством), а также желание оказать помощь близкому человеку за счет здоровья и жизни потерпевшего лица.

Субъектом преступления может быть как лицо из числа медицинского персонала, которое осуществляет изъятие органов или тканей, так и иное лицо, совершающее действия по принуждению потерпевшего с целью добиться от него согласия на изъятие органов или тканей. Субъектом может быть также лицо, от которого потерпевший находился в материальной или иной зависимости.

Субъектом незаконного изъятия у человека органов или тканей с целью их трансплантации, совершенного с применением насилия или с угрозой его применения (ч.1 ст. 158 УК РМ), может быть как лицо из числа медицинского персонала, которое осуществляет изъятие



органов или тканей, так и иное лицо, совершающее действие по принуждению потерпевшего с целью добиться от него согласия на изъятие органов или тканей.

Субъектом квалифицированного вида этого преступления (ч. 2 ст.158), кроме того, может быть лицо, от которого потерпевший был в материальной или иной зависимости. Беспомощным является состояние лица, когда оно без посторонней помощи не имеет возможности предпринять эффективные меры для само-сохранения. Причинами беспомощности могут быть малолетство, старость, болезнь, иное беспомощное состояние. К последнему относятся: наркотическое или алкогольное опьянение, травма, обморок, отсутствие необходимых навыков поведения и знаний в экстремальных условиях (наводнение, землетрясение); отсутствие навыков использования определенных механизмов, технических, спасательных средств или неумение управлять ими, несчастный случай и т.п.

Материальная зависимость означает полное или частичное пребывание потерпевшего на содержании виновного, а также любую другую имущественную зависимость, например должника от кредитора, наследника от наследодателя. Под иной зависимостью понимается зависимость служебная, брачная, та, что вытекает из факта проживания на жилой площади виновного, зависимость подопечного от опекуна, пациента от врача, зависимость подозреваемого от органов уголовного преследования и т.п.

В Румынии ответственность за эти преступления предусмотрена законом № 2/1998 от 10 января 1998 г. («Monitorul Oficial», № 8 от 13 января 1998 г.). Причем круг уголовно наказуемых деяний в этом законе шире, чем в УК РМ, России, Украины.

Эти преступления, особенно незаконная пересадка почек, в последние годы получили большое распространение во многих странах. Уголовные дела по этим статьям возбуждены в Молдове, Украине, России, Польше и даже в далекой Африке. Полиция Южно-Африканской Республики раскрыла международный синдикат, занимавшийся незаконной торговлей человеческими органами и проведением операций по пересадке почек в частной южно-африканской больнице. Хирурги клиники Святого Августина в городе Дурбане были тесно связаны с преступными группировками в Бразилии и Израиле. Это стало известно благодаря двум задержанным гражданам этих стран, которые прибыли в Дурбан для того, чтобы продать свои почки. Члены преступной группировки предложили им по 10 тысяч долларов за почку. Нуждающимся в трансплантации эти органы продаются уже за 120 тысяч долларов. По налаженной схеме, которая действовала свыше года, донор и нуждающийся в трансплантации доставлялись в Дурбан, где и проводились операции. В Бразилии были задержаны 11 человек по подозрению в вербовке потенциальных доноров человеческих органов.

Статья 120 УК Российской Федерации текстуально совпадает со ст. 158 УК РМ.

Законодатель в Украине более подробно регламен-

тирует ответственность за эти преступления. Приведем содержание ст. 143 УК Украины:

1. Нарушение установленного законом порядка трансплантации органов или тканей человека.

2. Изъятие у человека путем принуждения либо обмана его органов или тканей с целью их трансплантации.

3. Действия, предусмотренные частью второй настоящей статьи, совершенные в отношении лица, находившегося в беспомощном состоянии или в материальной либо иной зависимости от виновного.

4. Незаконная торговля органами или тканями человека.

5. Действия, предусмотренные частями 2, 3 или 4 настоящей статьи, совершенные по предварительному сговору группой лиц, или участие в транснациональных организациях, занимающихся такой деятельностью.

Таким образом, законодатель Украины предусмотрел и другиеотягчающие обстоятельства, о которых шла речь и в вышеприведенном примере из ЮАР.

В Республике Молдова трансплантация органов и тканей человека регламентируется Законом РМ № 473-XIV от 25 июня 1999 г. о трансплантации органов и тканей человека (Monitorul Oficial, № 94-95 / 474 от 26 августа 1999 г.) и приказом Министерства здравоохранения № 297 от 16 декабря 1999 г. о применении этого закона (Monitorul Oficial, № 29-30 / 99 от 16 марта 2000 г.).

Принуждение – это психическое давление на потерпевшего в любой форме: угроз, обещаний, предложения подарков или денег и т.п. Угрозы могут перерастать в насилие, например – избиение или доставление в медицинское учреждение в связанном виде для принудительной операции. Одной из форм принуждения к изъятию органов или тканей может быть обман – под предлогом необходимости проведения медицинской операции.

Под органами человека понимаются части его организма, выполняющие одну или несколько специфических функций. Органами человека, которые могут быть предметом трансплантации, являются: сердце, легкие, комплекс «сердце – легкие», печень, почки, поджелудочная железа с 12-перстной кишкой, селезенка. Ткани человека – это система клеток и бесклеточных структур, которые характеризуются общностью развития, строения и специфических функций. Различают такие виды тканей: 1) мягкие ткани (твердая мозговая оболочка и перикард); 2) ткани опорно-двигательного аппарата; 3) сосуды и клапаны; 4) иные ткани.

Статья 158 УК является новой нормой в законодательстве РМ. Ее появление обусловлено прогрессом в медицине в области трансплантации органов и тканей, принадлежащих одному человеку, другому человеку с целью восстановления здоровья и сохранения жизни последнего. Этот процесс породил и возможность возникновения криминальных ситуаций, связанных с поиском подходящих лиц для изъятия у них органов и тканей, в том числе и путем принуждения.



Преступление считается оконченным с момента принуждения. Если же принуждение реализовано и орган или ткань у потерпевшего изъяты, содеянное подлежит квалификации по совокупности совершенных преступлений по ст. 158 УК РМ и, в зависимости от последствий, по статье УК, предусматривающей ответственность за причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью. В случае смерти потерпевшего преступления должны квалифицироваться по совокупности по ст. 158 УК и п. «л» части 3 ст. 145 УК РМ.

С субъективной стороны преступление совершается с прямым умыслом: сознанием виновного охватывается, что он действует с определенной целью – принудить потерпевшего к согласию на изъятие у него какого-либо органа или ткани. К возможным негативным последствиям для потерпевшего виновный относится безразлично, то есть действует с косвенным умыслом. Мотивами могут быть корыстные или карьеристские побуждения, а также желание оказать помощь близкому человеку за счет здоровья или жизни постороннего лица. Субъектом преступления может быть лицо, достигшее 16 лет.

К беспомощным потерпевшим относятся, прежде всего, престарелые, больные и малолетние. Состояние беспомощности характеризуется неспособностью жертвы оказать преступнику сопротивление или уклониться от встречи с ним. Беспомощным является также бессознательное состояние потерпевшего, обморок, сильное опьянение, сон.

Материальная зависимость чаще всего складывается в семейных отношениях, например, между супругами, родителями и детьми, усыновителями и усыновленными. Иная зависимость может возникнуть в результате отношений по службе, в связи с осуществлением опеки и попечительства и т.д. Как мы уже отмечали, статья 143 УК Украины предусматривает и другие отягчающие обстоятельства.

Часть 4 статьи 143 УК Украины предусматривает ответственность за незаконную торговлю органами или тканями человека, под которой следует понимать заключение вообще сделок купли-продажи органов или тканей человека, за исключением костного мозга. Для квалификации действий по ч. 4 ст. 143 не имеет значения, законно или незаконно изъяты у человека органы или ткани.

«Торговля» органами или тканями донора-трупа лицами, согласие которых является обязательным на изъятие (взятие) органов и тканей у донора-трупа, может квалифицироваться как незаконная торговля органами или тканями человека.

Из указанного комментария, однако, не ясно, привлекается ли к уголовной ответственности живой донор за продажу своих органов или тканей. Законодатели в Германии и Румынии заняли более определенную позицию в данном вопросе.

Статья 16 Закона Румынии № 2/1998 предусматривает, что «является преступлением и наказывается лишением свободы от 1 до 3 лет действие лица по передаче своих органов или тканей в целях получения

выгоды». Этот закон предусматривает уголовную ответственность и за другие деяния, связанные с трансплантацией органов или тканей, наказуемые и по УК РМ, УК России, УК Украины.

К четырем месяцам лишения свободы и штрафу в 2 тысячи евро за нелегальную торговлю человеческими органами приговорен в германском Касселе (земля Гессен) проживающий там гражданин Австрии. Австриец еще в 2001 году выставил на продажу в Интернете собственную почку. На его объявление наткнулся один из немецких тележурналистов, который решил выступить в роли «покупателя». Встреча с австрийцем и переговоры по поводу цены была записана при помощи скрытой камеры. Добровольный донор запросил за почку 66 тысяч евро, которые были ему обещаны. После демонстрации пленки прокуратура привлекла австрийца к уголовной ответственности. На суде 48-летний рабочий-монтажник объяснил, что хотел спасти от банкротства фирму своей подруги и не предполагал, что за продажу собственной почки ему полагается наказание. Впрочем, приговор оказался чрезвычайно мягким. В соответствии с германским законодательством, незаконная трансплантация органов карается тюремным заключением на срок до пяти лет.

Думается, что включение аналогичной нормы в УК РМ значительно сократило бы число добровольных доноров, а следовательно, и число преступлений, совершаемых в связи с незаконной трансплантацией органов или тканей человека.

Проверка утверждений об извлечении внутренних органов у последователей Фалуньгун в Китае

Что такое Фалуньгун? Он был основан Ли Хунжи и впервые появился в северо-восточном Китае в 1992 г. В то время Фалуньгун включал в себя элементы конфуцианства, буддизма и даосизма.*

Буддизм – священное учение, согласно которому все в мире преходяще, не имеет самости (постоянной субстанции), а поэтому полно скорби (неудовлетворенности). «Личность после смерти находит продолжение в потустороннем существовании. Будда («ясновидящий») – в Китае, Индии.

Даосизм (Дао – китайский Бог, путь, разум, слово, логос, смысл) – одно из важнейших понятий китайской философии. Согласно философии Лао-цзы, Дао означает всеединое. Оно не имеет ни имени, ни формы, неслышимо, невидимо, непостигаемо, неопределяемо, но совершенно. Оно покоится и, однако, все время движется. «Человек зависит от земли, земля от неба (космоса), небо – от Дао, а Дао – от себя самого».

Конфуций – китайский философ, историк и государственный деятель, основатель китайской государственной религии – конфуцианства, которая представляет собой философию морали, облеченную в религиозную форму. Сформулировал 5 принципов: 1) мудрость; 2) гуманность; 3) верность; 4) почитание старших; 5) мужество. Конфуцианство постепенно одержало верх над буддизмом и даосизмом.



Фалуныгун (цигун) учит приёмам медитации путем выполнения упражнений, предназначенных для улучшения физического и духовного состояния и оздоровления. Он не носит политического характера.

До запрета Фалуныгун в июле 1999 г. его последователи регулярно собирались в многочисленных городах Китая для выполнения различных упражнений.

Имело место сокращение затрат на медицинское обслуживание последователей Фалуныгун, чье здоровье улучшилось в результате практики медитации.

За 30 лет в Китае, с 1971 г. по 2001 г., было проведено 40 393 операции по пересадке почек.

По состоянию на начало 2005 г. было проведено 90 тысяч операций по пересадке органов. Источник донорских органов необъясним.

Опубликованные цифры показывают, что до 1999 года в Китае действовало всего лишь 22 центра по пересадке печени и 500 – к середине апреля 2006 г.

Время ожидания для пересадки органов в Китае многим меньше, чем где бы то ни было – *одна неделя, один месяц*. В Канаде – 32 месяца.

Центр помощи трансплантации был основан в 2003 г. специально для иностранных друзей. Большинство его пациентов являются представителями разных стран мира. Каждый год по всей стране проводится не менее 5 000 операций по пересадке почек. В 1998 г. было проведено 9 операций по пересадке почек, а к 2005 году – 2 248.

Согласно канадскому Реестру о замене органов, общее количество пересадок различных органов в Канаде в 2004 г. составило 1 173. (с.18).

В 2006 г. цены на операцию по пересадке органов в Китае составляли (в долларах США): (с.21)

Орган	Цена
Почка	\$ 62 000
Печень	\$ 98 000 – 130 000
Печень – почка	\$ 160 000 – 180 000
Почка – поджелудочная железа	\$ 150 000
Легкие	\$ 150 000 – 170 000
Сердце	\$ 130 000 – 160 000
Роговица глаза	\$ 30 000

Многие люди не верят в совершение таких преступлений. Так, член Верховного суда США на сообщение о Холокосте в 1943 г. ответил: «Я не сказал, что этот молодой человек врет. Я лишь сказал, что не могу поверить в то, что он сообщил мне. В этом вся разница».

РЕКОМЕНДАЦИИ

1) Подразумевается безусловно, что принудительное изъятие органов у последователей Фалуныгун, если такое имеет место, должно быть прекращено.

2) Принудительное изъятие органов, будучи широкомасштабным или систематическим, является преступлением против человечности. Мы не обладаем

необходимыми ресурсами и информацией для проведения уголовного расследования.

3) Правительственные, неправительственные и межправительственные организации, обладающие большими, нежели мы, возможностями для проведения расследований, должны серьезно подойти к рассмотрению утверждений о проведении подобных операций и вынести собственное суждение о том, являются ли они обоснованными.

4) Все государства должны усилить свое законодательство, направленное на предотвращение контрабандной торговли органами. Установленные законы должны обязывать врачей сообщать властям своих стран о любом факте, где пациент предположительно получил орган от человека, занимающегося незаконной продажей органов за границей. Это должно касаться и людей, содержащихся в заключении за границей.

5) Больницы должны вести строгий учет источников поступления каждого трансплантата. Эта документация должна быть доступна для инспекции, осуществляемой официальными представителями международных правозащитных организаций.

6) Каждый донор транспланта должен дать разрешение на пожертвование своего органа в письменном виде. Эти документы (письменные разрешения) должны быть доступны для инспекции официальным представителям международных правозащитных организаций.

7) Каждый трансплант, процесс его пожертвования и приобретения, должны получить официальное одобрение государственных инстанций по надзору, прежде чем произойдет операция по трансплантации.

8) Извлечению прибыли в результате трансплантации органов должен быть положен конец. Органы для пересадки не должны быть предметом продажи.

Для предотвращения подобных преступлений, где бы то ни было, необходимо дополнить уголовные кодексы нормой, предусматривающей ответственность за продажу человеческих органов или тканей.

Литература:

1. Пильников Борис, *Врачи торговли человеческими почками*, in *Эхо планеты*, 2003, №50.
2. *Codul penal al Republicii Moldova*. Comentariu, red. A. Barbăneagră, ARC, Chișinău, 2003, p. 329-331.
3. *Уголовный кодекс Украины. Научно-практический комментарий*, 3-е издание, ред. С.С. Яценко, «А.С.К.» Киев, 2003, с. 334-335.
4. Артюшин Олег, *Продал свою почку – в тюрьму*, in *Эхо планеты*, 2003, №30, с. 24.
5. Мэйтас Дэвид, Килгур Дэвид. Отчёт о проверке утверждений об извлечении внутренних органов у последователей Фалуныгун в Китае. Оттава, 2006. 42 с. Перевод осуществлен по тексту оригинала, опубликованного на сайте <http://www.davidkilgour.ca>

* *Философский энциклопедический словарь*, Изд-во ИНФРА-М, Москва, 2005, с.55, 124, 222.



LEASINGUL – CONTRACT MODERN ÎN DREPTUL COMERȚULUI INTERNAȚIONAL

Ilie MĂMĂLIGĂ,

doctor în drept, conferențiar cercetător (ICJP al AȘM)

Adrian CREȚU,

magistru în relații internaționale, doctorand (ICJP al AȘM)

REZUMAT

În acest articol, se cercetează leasingul financiar internațional având ca obiect operațiile de import-export al mărfurilor, indispensabile modernizării economiei naționale, aflată într-un proces evolutiv lent. Importul tehnicii agricole, al noilor tehnologii de producere și prelucrare a materiei prime va înzestra ramurile economiei cu noi instalații și utilaje moderne. Acestea sunt doar câteva operații de obținere a noilor produse de calitate, aliniate la standardele regulilor OMC, care vor concura cu mărfurile de pe piața europeană, precum și pe alte piețe străine. Republica Moldova tinde spre reutilizarea economiei naționale cu cele mai performante realizări ale științei, tehnicii și tehnologiilor – *know-how*, în situația în care sectoarele public și privat sunt slab finanțate de sistemul bancar autohton. Implementarea în practică a leasingului acordă subiecților economici un răgaz pentru plata tehnicii noi achiziționate în rate, și astfel creditarea tehnică impulsionează dezvoltarea ramurilor economiei tradiționale, precum agricultura, industria grea și ușoară, cea de prelucrare, farmaceutica, transportul, aeronautica, serviciile etc.

Cuvinte-cheie: leasing financiar internațional, contract modern, operațiuni de import-export, tehnici și tehnologii avansate, *know-how* în știință și tehnică, piața Uniunii Europene.

SUMMARY

This article examines the international financial leasing operations, concerning the import and export operations, essential to the modernization of national economy sectors, in particular, the slow evolutionary process. The import of agricultural machinery and new technologies for production and processing of raw materials will equip the branches of the economy with new facilities and modern equipment. These are some operations for obtaining of new quality products, aligned to the WTO rules, which will compete with the goods on the European market and other foreign markets. The purpose of the Republic of Moldova is to reequip the national economy with the best achievements of science, machinery and technology – *know-how*, in case when the public and private sectors are poorly by the local banking system. The implementation of the leasing to the business entities a respite for the payment of new machinery, technology assets purchased in installments and, thus, the technical lending boosts the development of traditional economic branches such as agriculture, heavy, light and processing industry, pharmaceutical, transport, aeronautics, services etc.

Keywords: international financial leasing, modern contract, import and export operations, machinery and new technologies, *know-how* in science and machinery, market European Union.

Relevanța leasingului și a altor contracte moderne în dreptul comerțului internațional

Acceptarea conceptului și a principiilor economiei de piață de către statele Europei de Est, inserarea lor în Constituțiile României (art.135 alin.(1))¹ și Bulgariei (art.19)², crearea unor economii de piață funcționale, conduc la continuarea proceselor de înviore a relațiilor economice ale acestor țări cu statele lumii. Asemenea procese sunt caracteristice și pentru Moldova după 27 august 1991, data Declarației de Independență a Republicii Moldova³, fundamentată pe norme constituționale și imperative. O astfel de abordare este prevăzută și în Legea fundamentală națională. Art. 126 alin.(2) din Constituția RM dispune: „Economia Republicii Moldova este economie de piață, de orientare socială, bazată pe proprietatea privată și proprietatea publică, antrenate în concurență liberă. Statul trebuie să asigure: lit.b) libertatea comerțului și activității de întreprinzător, protecția concurenței loiale, crearea unui cadru favorabil valorificării tuturor factorilor de producție”⁴.

Evoluția acestor relații se utilizează tot mai frecvent în contractele moderne de comerț internațional alături de cele clasice (contractele de vânzare-cumpărare, locație, antrepriză), aplicabile în viața economică contemporană. Exigențele afacerilor internaționale sunt mereu în căutarea

de noi instrumente, mijloace și modalități de a rezolva problemele legate de avansarea ramurilor naționale prin noi forme juridice de contractare, pentru a crea o economie de piață funcțională, aflată în perpetuă evoluție și prosperare.

Etimologic, termenul *leasing* este de sorginte engleză, traducerea în română sub aspect juridic semnifică închirierea unor bunuri mobile ori imobile. În contractele moderne se referă la *know-how*, *engineering*, *factoring*, *leasing* etc. Adaptarea lor la exigențele și realitățile moderne ale secolului XXI, la progresul tehnico-științific și înzestrarea ramurilor economiei naționale cu tehnică, instalații și utilaje de ultimă generație este scopul suprem către care tindem.

Politica Guvernului, dar și a statului RM, urmează să dezvolte strategia comercial-economică a leasingului ca instrument financiar pentru parteneriatul public-privat. Deoarece este unul dintre instrumentele financiare accesibile și rapide, cu acces la resursele financiare interne și externe, mai ales referitor la finanțarea utilajului, tehnologiilor avansate, a bunurilor cu destinație agricolă cu active în proporții mari. Asemenea investiții trebuie să se bucure, la importul în țară, de un regim fiscal și vamal mai avantajat.

Publicația Comisiei Naționale a Pieței Financiare nr.04 (475) din 30.01.2013 descrie: „Totuși, ponderea mașinilor



și utilajelor are o cotă nesemnificativă de doar 11% din portofoliul companiilor locale de leasing, înregistrând în 2011 circa 94,3 milioane lei din tranzacțiile cu bunurile respective. MAIB Leasing deține întâietate la volumul de utilaje vândute în leasing, acestea au avut anul trecut o pondere de 48% din portofoliul companiei. Cele mai mari tranzacții efectuate de MAIB Leasing sunt finanțarea unei macarale portuare mobile «Sennebogen» cu o capacitate maximă de ridicare de 70 tone, confecționată special pentru PILG în Germania, la un cost mai mare de 1 milion euro și un contract cu Tipografia Centrală în valoare de 1,5 milioane euro pentru furnizarea echipamentului de imprimare «SpeedMaster SM102» și «Suprasetter 75A105/105»⁷.

Contractele de furnizare de montaj, livrarea de instalații, de asistență tehnică, transferul de tehnologii, *consulting-engineeringul*, *factoringul*, *know-howul*, *leasingul* sunt utilizate tot mai intens de țările Europei de Est, Țările Baltice, Polonia, România, Bulgaria, Ucraina, Georgia, Republica Moldova. Însă din lipsa mijloacelor financiare, indispensabile pentru procurarea acestor instalații complexe care costă investiții enorme, este imposibil de a le procura printr-o simplă tranzacție de vânzare-cumpărare.

Din cercetările efectuate recent privind contractele moderne în materia comerțului internațional, autorul⁸ deduce următoarele: „Astfel, în urma investigațiilor asupra contractului comercial internațional, s-a remarcat, că are loc implicarea a cel puțin două sisteme de drept, guvernate de normele conflictuale și materiale interne și cele convenționale uniforme, elaborate pe calea tratatelor europene și universale ...”.

Actualmente, industria grea și ușoară, farmaceutica, aeronautica, transportul⁶, agricultura, construcțiile, alte ramuri ale economiei RM au nevoie de cooperare tehnico-științifică și comercial-economică externă pentru a se alinia și integra efectiv în cadrul economiei statelor lumii, inclusiv a Uniunii Europene⁷, G7⁸, G20⁹, dar și a altor țări membre asociate¹⁰ la Uniunea Europeană.

„Deocamdată unica tranzacție de proporție în leasing a avut loc în martie 2010, când compania de Stat AIR MOLDOVA a semnat cu compania EMPRESA BRASILIERA DE AERONAUTICA (Brazilia) un contract de procurare în leasing a unei aeronave de tip **Embraer 190 LR**, cu livrarea ulterioară a unui avion cu aceeași modificare. Valoarea tranzacției este de 35,5 milioane euro, iar termenul de leasing este prevăzut pentru 10 ani. Se știe, de asemenea, că doar 10% din sumă a fost achitată de Air Moldova, restul fiind acoperit prin consorțiul a 4 bănci locale, dintre care una este BCR, Chișinău”¹¹.

Încurajăm asemenea tranzacții de mari proporții, deoarece dezvoltarea aeronauticii în Moldova în viitor va deveni una prioritară. Exploatarea căilor aeriene care sunt indispensabile pentru transportarea în stare proaspătă a producției agricole (fructe, legume, conserve, miere de albină, alte produse) în țările nordice, alte state ale UE, dar și în alte zone ale lumii într-un termen record, în comparație cu transportul auto, feroviar ori maritim.

În conținutul Legii reglementării de stat a activității comerciale externe nr.1157-XVI din 08.06.2000, printre obiectivele sale enunță: „menținerea suveranității și asigu-

rarea securității economice a statului, stimularea dezvoltării economiei naționale prin promovarea activității comerciale externe și prin crearea de condiții pentru integrarea efectivă a economiei Republicii Moldova în cea mondială”¹².

Pentru a participa la dezvoltarea ramurilor economiei naționale, Moldova are nevoie de implementarea în practică a contractelor moderne pentru reindustrializarea și re tehnologizarea țării. Complexitatea unor asemenea operații comercial-economice implică o cooperare de ansamblu a mai multor companii naționale și transnaționale¹³ legate prin acorduri tehnico-științifice și industriale, așa cum sursele de materii prime, tehnologiile, mijloacele financiare aparțin unor state, iar altele dispun doar de unele elemente de bază ale cooperării.

Astfel, aceste tranzacții se datorează faptului că aportul de materii prime este livrat de o țară, tehnologia de alta, iar produsele finite sunt asamblate în a treia. Tocmai prin aceste acțiuni comune se creează posibilitatea unei cooperări internaționale între statele spațiului european și mondial.

Crearea acestor produse finite *de facto*, cuprinde diverse operații¹⁴ financiare, comerciale, tehnice, juridice, de altă natură. Producerea lor depășește cu mult durata unor relații contractuale tradiționale, iar termenele lor depășesc zeci de ani, ceea ce duce la menținerea constantă a relațiilor economice externe. Astfel, libertatea de circulație a mărfurilor, a capitalului și a serviciilor duce la prosperarea economiilor statelor Europei de Est.

În cazul în care relațiile contractuale externe s-ar suprima ori anula, pentru parteneri, dar și pentru economiile acestor țări implicate, prețul lor ar fi mult mai mare. Din această cauză, părțile implicate în afaceri sunt obligate să găsească soluții bazate pe ideea de a continua cooperarea și dezvoltarea acestor relații contractuale și economice de durată.

Totodată, sub aspect juridic, ele presupun inserarea în contracte a unor clauze care ar permite adaptarea lor la noile împrejurări cu respectarea echilibrului contractual, ceea ce semnifică înscrierea acestor raporturi juridice internaționale de natură public-privată a regulii – *rebus sic stantibus*¹⁵.

Asemenea modificări ale clauzelor contractuale vor duce la creșterea investițiilor străine ale statelor europene și la prosperarea economiei Republicii Moldova, orientată pe calea integrării europene, respectiv, la creșterea produsului intern brut pe cap de locuitor, la ridicarea nivelului de trai al cetățenilor săi.

Transformările perpetue ale relațiilor comercial-economice fundamentate pe noile descoperiri, realizări și inovații ale științei și tehnicii nu mai pot fi guvernate în continuare de normele de drept depășite și uzate. Normele de drept internațional și european privat și de drept al comerțului internațional absorb tot ce este avansat, inovativ, pentru a produce efecte benefice în viața internațională a afacerilor.

În lucrarea de sinteză *Determinarea legii aplicabile contractului comercial internațional cu concursul normelor conflictuale și convenționale europene și universale uniforme*, autorul remarcă concordanța și îmbinarea perfectă a normelor legale de diverse dimensiuni astfel: „Normele juridice universale, elaborate în cadrul organizațiilor globale, vin să le complinescă și să le îmbogățească pe cele



europene și naționale creând o adevărată armonie între ele ...¹⁶.

Astfel, operațiunile de leasing internațional servesc drept catalizator pentru dezvoltarea ramurilor economiei naționale, iar prin operațiunile de import-export ale tehnicii și tehnologiilor avansate are loc modernizarea țării. Actualmente, asemenea proces lent nu satisface ritmul de creștere economică, nici aspirațiile și doleanțele cetățenilor la un trai decent. Respectiv, RM are tendințe de aliniere la familia statelor membre ale Uniunii Europene. Parteneriatul public-privat este decisiv în acest sens, precum și în modernizarea agriculturii, ramurilor de prelucrare a materiei prime, a industriilor grea și ușoară, farmaceuticii, aeronauticii, transportului, construcțiilor și altor ramuri ale economiei naționale. Ambele sectoare sunt în legătură directă cu libertățile de circulație a bunurilor, capitalului, serviciilor și persoanelor.

Noțiune, obiectul și subiecții contractului de leasing internațional

Capitolul X, denumit „Leasingul” din Codul civil al Republicii Moldova, în special art. 923 definește caracterul economico-financiar al operației astfel: „prin contractul de leasing, o parte – creditorul financiar (locatar) – se obligă să dobândească în proprietate sau să producă bunul mobil specificat în contract, celeilalte părți (locatar), iar aceasta se obligă la plata în rate a unei sume de bani (redevență)”.

Din definiție extragem următoarele elemente caracteristice acestui instrument juridic, și anume: 1) locatorul (de regulă, o societate specializată în acest domeniu, ori producătorul, întreprindere producătoare de bunuri), având ca scop final înstrăinarea prin închirierea lor; 2) încheierea unui contract de locație și punerea bunului în folosința unei persoane contra unei plăți pentru chirie; 3) înlesnirea acordată utilizatorului de a cumpăra către sfârșitul contractului bunul închiriat la un preț convenit, luându-se în calcul și plățile efectuate cu titlu de chirie.

Asemenea instrument este omniprezent și în Legea RM nr.59 din 28.04.2005 cu privire la leasing, fiind definit în art. 3 – contract în a cărui bază o parte (locatar) se obligă, la cererea unei alte părți (locatar) să îi asigure posesiunea și folosința temporară a unui bun, contra unei perioade (rată de leasing), achiziționat sau produs de locatar, iar la expirarea contractului să respecte dreptul de opțiune al locatarului de a cumpăra bunul, de a prelungi contractul de leasing ori de a face să înceteze raporturile contractuale.

Investigarea instituției juridice a leasingului prin prisma art.4 lit.i) este interpretat drept operațiune de leasing, în cadrul căreia locatorul sau locatarul nu este rezident al Republicii Moldova, o parte a raportului juridic propriu-zis este un investitor străin cu reședință într-un alt stat, decât Republica Moldova, fie dintr-un stat european, fie dintr-o țară din altă zonă geografică regională ori chiar globală.

Definiția din Legea nr.59 din 28.04.2005 prevede, că leasingul se încadrează perfect în cadrul contractelor moderne internaționale propriu-zise, atunci când una dintre părți este din alt stat, obiectul (bunul) trece cel puțin o frontieră, iar legea aplicabilă aparține unui stat contractant, fie normelor convenționale uniforme.

Astfel, art.4 din Lege interpretează leasingul financiar drept operațiune care îndeplinește următoarele condiții:

– riscurile și beneficiile aferente dreptului de proprietate asupra bunului, obiect al leasingului, să fie transferate locatarului la momentul încheierii contractului de leasing;

– suma ratelor de leasing să reprezinte cel puțin 90% din valoarea de intrare a bunului dat în leasing;

– contractul de leasing să prevadă expres transferul dreptului de proprietate asupra bunului – obiect al leasingului – către locatar la expirarea contractului;

– perioada de leasing să depășească 75% din durata de funcționare utilă a bunului – obiect al leasingului.

Remarcăm și opinia generică a unui autor privind noțiunea de leasing internațional. Astfel, **Tudor R. Popescu** susține că prin *leasing* se subînțelege, în genere, acea operație juridică prin care o persoană (de obicei, o societate specializată în acest scop) cumpără un bun spre a-l închiria unei alte persoane, numită utilizator (care, în mod obișnuit, este tot o întreprindere), care la sfârșitul contractului de locație are un drept de opțiune între trei posibilități, și anume: de a continua contractul de locație, de a-l rezilia ori de a cumpăra bunul respectiv contra unui preț convenit, în așa fel încât să țină seama, de cel puțin în parte, de vărsămintele efectuate cu titlu de chirie (adică de amortizarea bunului pe această cale și deci de valoarea lui reziduală)¹⁷.

Observăm că asemenea definiție, *in lato sensu*, implică în mod adecvat în afacerile de comerț internațional persoane juridice specializate. Totodată, leasingul îmbină reciproc două contracte propriu-zise: 1. Contractul de vânzare-cumpărare dintre producător și finanțator (*lessor*) și contractul de locație încheiat între finanțator și utilizator (*lessee*), creând, în așa mod, relații triunghiulare adaptate la asemenea operațiuni.

Unii practicieni, precum Tatiana Griniuc, membru al Consiliului de administrație al Asociației Contabililor și Auditorilor Profesioniști, și alții opinează: „În noul Cod vamal nu este prevăzut cazul când dreptul de proprietate nu trece la client. Doar la leasingul financiar obiectul procurat nu trece obligatoriu în posesia clientului, iar proprietar al bunului devine compania de leasing. Clientul poate achita leasingul timp de 10 ani, ca mai apoi să întoarcă bunul companiei de leasing. Și există cazul când compania de leasing vinde clientului acest bun la valoarea rămasă sau la preț negociabil. În cazul dat, trebuie să existe operațiunea de reimport – termen care nu este definit nici în Codul vamal, nici în Legea de leasing”¹⁸. La fel, nici în Codul fiscal RM ori Codul civil al RM în vigoare, susținem noi.

Prin urmare, contractul trilateral stimulează raporturi juridice între producător și finanțator, utilizator și finanțator, precum și între producător și utilizator, raporturile celor din urmă fiind menținute printr-un proces-verbal de predare-primire a bunului prevăzut de actul propriu-zis.

Obiectul. Totuși, enumerăm părțile componente ale acestei tranzacții după cum urmează:

1) achiziționarea unor obiecte de valoare¹⁹ de către o firmă specializată în leasing care devine proprietara acestor bunuri, în scopul închirierii lor ulterioare altor persoane juridice ori persoane fizice;

2) transmiterea acestor obiecte în baza contractului de locație unei terțe persoane (utilizatorului) pentru a-l folosi, plătiind periodic prețul unei chirii, convenite anterior;



3) opțiunea utilizatorului de a cumpăra obiecte după expirarea contractului fie toate obiectele, fie doar unele din cele închiriate, conform unui preț rezonabil, luându-se în considerare și plățile efectuate periodic pentru închirierea acestora.

Investigațiile empirice ne confirmă rolul și locul persoanei utilizatorului în asemenea tranzacții deosebit de relevante și debutează prin găsirea lucrului (bunului) chiar de însuși utilizatorul propriu-zis, prin libertatea sa de a alege bunul (produsul), chiar și a materialelor de marcă, tipul, modelul dorit, în corespundere cu necesitățile agriculturii, industriei grele și ușoare, cea de prelucrare. La fel, utilizatorul, împreună cu achizitorul (cumpărătorul), precizează costul, condițiile de livrare și plată, valuta, locul plății, mijloacele de livrare etc.

Așadar, art.4 alin.(2) din Legea nr.59 din 28.04.2005 prevede că obiect al leasingului pot fi bunuri mobile sau imobile, cu excepția: a) bunurilor scoase din circuitul civil sau a căror circulație este limitată prin lege; b) terenurilor agricole; c) bunurilor consumabile; d) obiectelor proprietății intelectuale care nu pot fi cesionate.

Asemenea tranzacție presupune participarea a trei persoane (subiecți), precum: a) vânzătorul bunului care poate fi un producător străin ori autohton (uzină, fabrică etc.); b) achizitorul obiectului (cumpărătorul) poate fi o bancă ori o firmă specializată care finanțează afacerea ca ulterior să-l dea în chirie acelei persoane denumită utilizator spre a-l folosi; c) și utilizatorul propriu-zis care-l obține în calitate de locatar pentru a-l întrebuința și plăti chiria pentru folosirea acestui bun.

În ceea ce privește subiecții raporturilor juridice de leasing, sunt menționați în art.5 din Legea citată și se referă la:

a) locatorul persoana fizică sau juridică ce practică activitatea de întreprinzător și transmite, în condițiile contractului de leasing, locatarului, la solicitarea acestuia, pentru o anumită perioadă de timp, dreptul de posesie și folosință asupra unui bun al cărui proprietar este, cu sau fără transmiterea dreptului de proprietate asupra bunului la expirarea contractului;

b) locatarul, persoană fizică sau juridică ce primește, în condițiile contractului de leasing, în posesiune ori folosință bunul specificat în contract pentru o anumită perioadă în schimbul achitării ratelor de leasing. În cazul în care locatarul este persoană fizică ori juridică ce nu practică activitatea de întreprinzător, operațiunea cade sub incidența actelor legislative și actelor normative ale Guvernului cu privire la protecția consumatorului.

Operațiunea legată de contractul de leasing începe de la utilizator, care alege modelul, marca, tipul, calitățile și cantitățile materialului din care urmează să fie creat bunul. Așadar, utilizatorul participă, împreună cu cumpărătorul, la negocierea și precizarea prețului, modalitățile de plată, termenele, livrarea bunului convenit. La asemenea operațiuni nu participă finanțatorul, care ocupă locul creditorului, deși este parte la contractul de vânzare-cumpărare a bunului.

În așa fel, asemenea operații rezultă din necesitățile apărute la utilizator (*lessee*), care dispune de libertatea de alegere a bunului. De regulă, utilizatorul este cea persoană care are interes să folosească bunul luat în chirie, pentru a-și satisface necesitățile sale, fie din agricultură, transport,

comerț sau alt domeniu relevant. Acesta poate fi o persoană fizică ori juridică, națională ori străină.

În consecință, remarcăm că utilizatorul este o figură centrală în procesul acestei operațiuni, deoarece de capacitățile sale depinde rezultatul întregii afaceri. Tot acesta tratează afacerea respectivă din momentul vânzării sau chiar în cadrul instituției care finanțează afacerea.

Așadar, din acea varietate largă a formelor de leasing, recunoscute de legea națională, precizăm următoarele instrumente propriu-zise: 1) leasingul financiar; 2) leasingul operațional; 3) leasingul barter; 4) leasingul compensațional; 5) lease-back; 6) leasingul de consum; 7) leasingul direct; 8) leasingul intern; 9) leasingul internațional. Pe noi ne interesează leasingul financiar internațional.

Potrivit art.1 alin.(2) al Convenției UNIDROIT privind leasingul financiar internațional²⁰, operațiunea în cauză are următoarele caracteristici:

a) utilizatorul alege echipamentul și furnizorul, fără a face apel, de o manieră determinantă, la competența finanțatorului;

b) achiziția echipamentului revine finanțatorului în virtutea unui contract de leasing încheiat sau ce urmează să se încheie între finanțator și utilizator, de care furnizorul are cunoștință;

c) chiriile prevăzute în contractul de leasing sunt calculate ținând cont, mai ales, de armonizarea totalității sau a unei părți importante din consumul echipamentului.

Alături de aceste contracte (vânzare-cumpărare dintre furnizor și finanțator și contractul de locație dintre finanțator și utilizator), operația de leasing mai implică un număr de alte acte complementare sau accesorii, cum sunt: promisiunea de vânzare din partea finanțatorului, ce ar urma să se realizeze la sfârșitul contractului de locație, sub forma unui contract de vânzare (promisiunea de vânzare, valorează vânzare din momentul în care cuprinde toate elementele esențiale); promisiunea bilaterală de locație din partea finanțatorului și a utilizatorului, preexistentă contractului de locație și care valorează contract de locație în măsura în care sunt determinate elementele esențiale ale contractului; stipulația pentru altul în temeiul căruia utilizatorul poate acționa în garanție pe vânzătorul bunului: contractul de asigurare pe care-l încheie utilizatorul în privința bunului; mandatul pe care finanțatorul îl dă utilizatorului (dreptul de a discuta cu vânzătorul condițiile vânzării, prețul, modalitățile de livrare etc., de a îndeplini formalitățile administrative pe care le implică încheierea afacerii, de a sta în justiție, de a plăti taxele vamale, dacă va fi cazul etc.): mandatul în temeiul căruia finanțatorul este ținut să cumpere bunul și să plătească prețul (mandat ce rezultă din contractul încheiat între finanțator și utilizator) și care poate fi analizat și ca o promisiune de cumpărare²¹.

Președintele Asociației Companiilor de Leasing din Moldova, Natan Garștea, consideră că: „Noile modificări în legislație s-au făcut și pentru armonizarea legislației naționale privind impozitarea cu acquis-ul comunitar, deoarece în legislația de până acum exista un tratament diferențiat atât pentru companiile locale, cât și pentru cele internaționale care asigură finanțarea unor rezidenți din Moldova. Respectivile modificări în Codul vamal vor elimina acest tratament diferențiat între participant



... în Codul anterior existau derogări substanțiale pentru contractele de leasing internațional, și mai ales că mărfurile introduse în acest mod se plasau sub regim vamal de administrare temporară, cu suspendarea totală de plată a dreptului de import și cu exonerarea de datoria garantării obligației vamale²¹; continuând opinia N.Garștea, se precizează: „Termenul general de plasare a mărfurilor sub regim de admitere temporară era prevăzut până la 3 ani, însă cele prin contract internațional ... pe un termen de 7 ani. Reiese că această perioadă este de 2 ori mai mare decât una generală. În plus, această prevedere permitea companiilor, care introduceau mărfuri pe teritoriul țării noastre în baza contractelor de leasing internațional, să nu achite în bugetul de stat timp de 7 ani absolut nici un drept de import. Menționăm că în categoria drepturilor de import intră nu doar achitarea TVA, ci și taxa vamală, și taxa pentru proceduri vamale²²”.

În concluzie: leasingul financiar internațional implică multiple contracte, precum cele de vânzare-cumpărare, de locație, de asigurare, mandatul etc. Permite producătorului să efectueze investiții în echipamente, utilaje, avioane, mașini, tractoare, combine, tehnică agricolă pe o cale mult mai dinamică și accesibilă decât prin gaj ori ipotecă. Astfel, instituția leasingului devine un adevărat catalizator al operațiunilor de comerț internațional în dezvoltarea economiei naționale.

Recenzenți:

Eugenia COJOCARI,

doctor habilitat, profesor universitar

Ion BURUIANĂ,

doctor în drept, conferențiar universitar interimar

Note:

¹ *Constituția României* a fost adoptată în ședința Adunării Constituante din 21 noiembrie 1991, publicată în *Monitorul Oficial al României*, partea 1, nr. 233 din 21 noiembrie 1991 și a intrat în vigoare în urma aprobării ei prin referendumul național din 8 decembrie 1991. Legea de revizuire a Constituției României nr.429/2003 a fost aprobată prin referendumul național din 18-19 octombrie 2003 și a intrat în vigoare la data de 29 octombrie 2003, data publicării în *MO al României*, partea 1, nr.758 din 29 octombrie 2003 a Hotărârii Curții Constituționale nr.3 din 22 octombrie 2003 pentru confirmarea rezultatului referendumului național din 18-19 octombrie 2003 prin Legea de revizuire a Constituției României.

² *Constitution de la République de Bulgarie*, Publiée au JO N 56 du 13.07.1991, en vigueur depuis le 13.07.1991, modifiée et complétée, JO N 85 du 26.09.2003, modifiée et complétée, JO N 18 du 25.02.2005, N 27 du 31.03.2006, N 78 du 26.09.2006 – Decision N 7 de la Cour constitutionnelle de 2006, JO N 12 du 06.02.2007.

³ În textul Declarației de Independență a Republicii Moldova se prevede: „Ținând seama de procesele ireversibile ce au loc în Europa și în lume de democratizare, de afirmare a libertății, independenței și unității naționale, de edificare a statelor de drept și de trecere la economia de piață ... Republica Moldova este un stat suveran, independent și democratic, liber să-și hotărască prezentul și viitorul, fără nici un amestec din afară, în conformitate cu idealurile și năzuințele sfinte ale poporului în spațiul istoric și etnic al devenirii sale naționale ...”.

⁴ Asemenea principii conține *Constituția Republicii Moldova*, adoptată la 24 iulie 1994, în vigoare din 27 august 1994 cu modificările ulterioare.

⁵ Mămăligă I., *Determinarea legii aplicabile contractului comercial internațional cu concursul normelor conflictuale și convenționale europene și universale uniforme*, în *Revista de studii și cercetări juridice*, 2011, nr.3-4, p.252; *Revista Națională de Drept*, 2012, nr.4, p.27.

⁶ Ne referim la toate tipurile de transport: auto, naval, maritim, feroviar, în special aerian, care cer a fi modernizate în Republica Moldova.

⁷ Actualmente, Uniunea Europeană este formată din 28 de state, cel din

urmă stat aderent fiind Croația, stat membru cu drepturi depline de la 1 iulie 2013 în continuă extindere.

⁸ **Grupul celor Șapte (G7)** formează un forum mondial al guvernelor unor state dezvoltate din punct de vedere economic, tehnologic și militar: Canada, Franța, Germania, Italia, Japonia, Regatul Unit al Marii Britanii și al Irlandei de Nord și Statele Unite ale Americii. Împreună, acestea deși cuprind aproximativ 14% din populația lumii, însumează 60% din produsul intern brut la nivel mondial. Vezi en.wikipedia.org/wiki/G8.

⁹ **Grupul celor Douăzeci (G20)** este format din 5 grupe de state: **Grupul 1** – fac parte Australia, Canada, Arabia Saudită și Statele Unite ale Americii; **Grupul 2** – India, Rusia, Africa de Sud, Turcia; **Grupul 3** – Argentina, Brazilia, Mexic; **Grupul 4** – Franța, Germania, Italia, Regatul Unit; **Grupul 5** – China, Indonezia, Japonia, Coreea de Sud + Uniunea Europeană. **G20** – este un forum creat în 1999, după crizele din Asia și Rusia, pentru a reuni economiile dezvoltate și mondiale ale economiei emergente: pe de o parte, Marea Britanie, Germania, Franța, Italia, Statele Unite, Canada, Japonia, și cu multă indulgență Rusia, care compun zona dezvoltată a economiei mondiale, iar pe de altă parte, Argentina, Brazilia, Mexic, China, India, Australia, Indonezia, Arabia Saudită, Africa de Sud, Coreea de Sud și Turcia, care compun zona emergentă a economiei mondiale, alături de reprezentanți ai Uniunii Europene, ai Fondului Monetar Internațional și ai Băncii Mondiale. Țările G20 reprezintă două treimi din populația planetei și aproape 90% din Produsul Intern Brut al acestuia. Vezi ro.wikipedia.org/wiki/G20.

¹⁰ **Cu titlu de membru asociat** la Uniunea Europeană sunt următoarele state: Albania, Turcia, Macedonia, Islanda, Serbia, Bosnia-Herțegovina, Muntenegru. La fel, în proces de semnare a Acordurilor de Asociere în 2014 sunt Republica Moldova, Ucraina și Georgia.

¹¹ *Capital Market*, nr.04 (475) din 30 ianuarie 2013.

¹² Asemenea principiu integraționist este stipulat în Legea reglementării de stat a activității comerciale externe nr.1157-XVI din 08.07.2000, publicată în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.119-120 din 21.09.2000 cu modificările la zi.

¹³ Societățile transnaționale sau multinaționale sunt acele societăți comerciale care chiar de la constituirea lor se fondează pe elemente fără caracter național (cum sunt: capital ce provine de la asociați din diferite țări; stabilirea uneori a mai multor sedii principale în țări diferite etc.) și care sunt lipsite de o legătură juridică cu un anumit stat, astfel că în privința lor nu primește vocație niciuna din legile naționale, iar litigiile izvorâte din interpretarea și aplicarea actelor lor constitutive sunt scoase (total sau parțial) de sub competența instanțelor naționale, spre a fi date pentru soluționare unor instanțe speciale. A se vedea Costin M.N., *Drept comercial internațional*, Dacia, Cluj-Napoca, 1987, p.501.

¹⁴ *DEX*, București, 2009, p.744 explică: **Operațiune** – efectuarea unei tranzacții financiare sau comerciale, înscriere într-un registru a unei tranzacții efectuate. Operațiile de leasing sunt mult mai complexe incluzând tranzacții de divers gen, precum financiar, comercial, juridic, tehnic, de altă natură.

¹⁵ Regula latină *rebus sic stantibus* în română echivalează cu sintagma „**schimbând totul ce se poate de schimba**”. Totodată, reprezintă și o condiție de modificare și adaptare a clauzelor contractuale internaționale la noile condiții economice actualizate. Asemenea regulă este inserată și în **Acordul de Parteneriat și Cooperare** semnat între UE și Republica Moldova la 01.11.1994, intrat în vigoare la 01.07.1998, actual până la intrarea în vigoare în 2014 a Acordului de Asociere între Uniunea Europeană și Republica Moldova.

¹⁶ Mămăligă I., *op.cit.*

¹⁷ A se vedea Popescu Tudor R., *Dreptul comerțului internațional*, Editura didactică și pedagogică, București, 1983, p.255.

¹⁸ Opinia Tatianeii Griniuc, publicată în *Capital Market*, nr.04(475) din 30.01.2013.

¹⁹ Obiecte de valoare care fac obiectul contractului de leasing financiar internațional prin operațiile de import-export: tractoare, mașini combine, utilaj tehnic pentru agricultură – ca ramură principală, tehnologii necesare modernizării altor ramuri, precum industria grea și ușoară, industria alimentară, importate din Germania, Marea Britanie, SUA, Franța, Italia, România etc.

²⁰ *Convenția UNIDROIT privind leasingul internațional* a fost deschisă pentru semnare la 28 mai 1988, în vigoare din 01 mai 1995, care leagă mai mult de 9 state prin instrumentele sale de ratificare ori aderare.

²¹ Popescu Tudor R., *op.cit.*, p.2.

²² Garștea Natan în ziarul *Capital Market*, nr.04(475) din 30.01.2013.



КОНСТИТУЦИОННЫЙ ПРИНЦИП РАЗДЕЛЕНИЯ ВЛАСТЕЙ: НОВЫЕ ТЕНДЕНЦИИ

Лейла Ш. АЛИЕВА,

докторант Бакинского государственного университета

РЕЗЮМЕ

В статье анализируется конституционный принцип разделения властей на примере ряда стран Восточной и Западной Европы. Несмотря на то, что в Конституции США этот принцип прямо не указан, однако он следует из её структуры. В Европейском Союзе на этом принципе строится деятельность Европейской Комиссии.

Рассматривается инжиниринг принципа разделения властей на примере Конституций Франции и Англии; раскрывается предконституционность данного принципа.

Уделяется внимание появлению ряда кодексов – ГК, УК, КК, ГПК, УПК; созданию Конституционных Судов первоначально в Австрии, затем в Италии, Германии, Португалии, Испании и ЕС в целом; появлению избирательных органов власти, независимых агентств в виде четвертой ветви власти.

Ключевые слова: государственная власть, Конституция, комиссия, ветви власти, интеграция, инжиниринг, кодекс, конституционное судопроизводство, права, принцип.

SUMMARY

In the given article there is analyzed the constitutional principle of separation of powers as an example serving several countries of Eastern and Western Europe. In spite of the fact that in the Constitution of the USA this principle is not directly indicated, but it is evident from its structure. In the European Community on this principle the activity of the European Commission is based.

The engineering of the principle of separation of powers is analyzed on the example of the Constitutions of France and England; the pre-constitutionality of this principle is disclosed.

Attention is paid to a number of codes – SC, UC, CC, SPC, UPC; the formation of Constitutional Courts – initially in Austria, then in Italy, Germany, Portugal, Spain and EU as a whole; the appearance of election authority bodies, independent agents a the fourth brunch of authority.

Keywords: state authority, Constitution, commission, authority brunch, integration, engineering, codex, constitutional legal procedure, rights, principle.

В теории Конституции вряд ли найдется другой такой принцип, который вызывает столько споров и разногласий, как принцип разделения властей. В большинстве Конституций государств Восточной Европы прямо указывается на этот принцип как на основополагающий при организации государственной власти. Согласно ст.6 Конституции Республики Молдова, «в Республике Молдова законодательная, исполнительная и судебная власти разделены и взаимодействуют при осуществлении своих прерогатив в соответствии с положениями Конституции»¹. Согласно ст.7 Конституции Азербайджанской Республики, «государственная власть в Азербайджанской Республике организуется на основе принципа разделения властей». Аналогичное правило содержится в ст. 8 Конституции Болгарии 1991 г., ст. 6 Конституции Украины 1996 г., ст. 4 Конституции Хорватии 1990 г., ст.10 Конституции Польши и т.д. Возможно, буквальное упоминание этого принципа является неким контррезисом идеологии марксизма-ленинизма, с весьма своеобразным представлением о разделении властей. Согласно положению ст. 16 действующей и поныне французской Декларации 1789 г. прав человека и гражданина, заимствованной этими конституциями, «всякое общество, в котором не обеспечено пользование правами и не проведено разделение властей, не имеет Конституции». Вместе с тем страна, которая, как считается, является классическим примером реализации этого принципа, не содержит в своей Конституции прямого указания на разделение властей. Этот принцип должен быть вы-

веден из структуры Конституции Соединенных Штатов Америки: «законодательные полномочия» устанавливаются в статье I, «исполнительной власти» посвящена ст. II и «судебной власти» – ст. III. За более чем 200-летнюю историю Конституции США было принято всего 24 поправки, и ни одна из них не затрагивала сути разделения властей. Тем не менее ряд как американских, так и европейских авторов пишут о глубоком кризисе этого принципа, констатируя рождение четвертой власти в виде независимых агентств, о проблемах, порожденных внепарламентским и делегированным законодательством, о дисбалансе в пользу исполнительной или судебной власти и т.д. Алек Суит по этому поводу отмечает: «Традиционная континентальная доктрина разделения властей находится в глубоком кризисе. Задуманные как системы принципов, они проявляют себя чаще всего как устаревшие и бессмысленные. Задуманные как четкие предписания, они затеяют больше, чем проясняют то, что на самом деле происходит в мире»². Еще в 60- годы ряд известных теоретиков выражали сомнение в эффективности этого принципа³. В Европейском Союзе, например, такой коллегиальный орган, как Европейская Комиссия, играет роль и законодательной, и судебной, и исполнительной власти. Комиссия обладает широкими полномочиями для принятия законодательных актов, обязательных для европейских институтов. Комиссия осуществляет также и исполнительную власть: она обеспечивает единообразное применение своих директив в государствах-членах ЕС, играет определенную роль



в контроле за национальными законодательствами на предмет соответствия европейскому законодательству. Она также может расследовать предполагаемые нарушения правил конкуренции и антидемпинговых правил со стороны отдельных субъектов. В этом судебная роль Комиссии: расследовав злоупотребления со стороны государств-членов и частных компаний, Комиссия имеет право высказывать предварительные суждения относительно их вины и налагать штрафы⁴. Этот набор полномочий – не просто ограниченное вмешательство в деятельность других ветвей власти, это не система «сдержек и противовесов», а это полное восприятие доктрины Монтескье.

В одной из недавно опубликованных работ профессор Гейдельбергского университета Армин фон Богданди пишет: «На ранней стадии европейской интеграции много внимания было уделено ... принципу разделения властей. Это и не удивительно: его важность вытекает из статьи 16 французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г. Начиная с 1950 г. Европейский суд использовал принцип разделения властей для защиты граждан и рационализации осуществления государственной власти в учреждениях Сообщества. Однако сегодня принцип разделения властей во многом утратил свое значение, вероятно потому, что он не может адекватно реагировать на определенные проблемы. Его заменили более конкретные требования, когда Европейский суд, начиная с конца 1960-х, разработал принципы для защиты основных прав и рациональные процедуры, а также принципы «гласного» управления; они являются гораздо более точными и эффективными»⁵.

Могут ли различные субпринципы, о которых пишет автор, эффективно заменить принцип разделения властей? Каковы основные причины и тенденции «размывания» принципа разделения властей, и может ли он быть заменен какой-либо иной доктриной?

Инженерия принципа разделения властей

Положения французской Декларации 1789 г. воспроизвели Конституции Франции 1791 и 1848 годов: «Разделение властей является основной предпосылкой свободного правительства». Конституция Франции 1793 г., которая так и не была применена, была в этом смысле исключением, и после 1848 г. все последующие французские конституции содержали ссылку на этот принцип. Французская модель разделения судебной и законодательной власти является наиболее «жесткой» из всех существующих. Идея Монтескье о том, что судебная система может служить лишь «устаи закона», логично привела к развитию судебной системы, которая не могла вмешиваться в дела законодательного органа власти. Эта точка зрения была организационно подкреплена законом от 24 августа 1790 г., запретившим судам вмешательство в законодательство.

Согласно одной из основополагающих доктрин английского права позднего средневековья, судьи могли создавать или, по крайней мере, «искать и находить» право. Этот принцип и соответствующая ему практика применялись в Англии и тогда, когда законодательство по структуре, содержанию и форме уже отделилось от судейского правотворчества и начало

формироваться в качестве статутного права. Французские же законодатели считали, что создание, а тем более отмена закона судом нарушает принцип народного суверенитета, который выражен в актах всенародно избранного парламента. Объявление закона неконституционным являлось, согласно Уголовному кодексу Франции, уголовно наказуемым деянием⁶.

В 1799 г. Наполеон добавил еще один элемент в уравнение, ограничивающее судебную интерпретацию закона – кодексы, которые формируют основу системы гражданского права. Кодексы были предназначены для того, чтобы быть всеобъемлющими, чтобы судьи при рассмотрении дел должны были всего лишь находить надлежащее нормативное обоснование и применять его к делу. В результате появились современные кодексы: Гражданский кодекс (1804), Коммерческий кодекс (1807), Гражданско-процессуальный кодекс (1807 г.), впоследствии также Уголовно-процессуальный кодекс (1809) и Уголовный кодекс (1810). Позднее французские кодексы были заимствованы Бельгией, Нидерландами и Италией.

Не существует, соответственно, во Франции и Конституционный Суд в широком понимании этого слова. К задачам французского Конституционного совета относится контроль законодательной деятельности парламента в тех областях, где первичное правотворчество является конституционной прерогативой правительства. Кроме того, Конституционный совет подвергает предварительному контролю органические законы, а также начиная с 1974 г. контролирует, только по иску правительства, президента республики и спикеров палат, конституционность уже принятых законов до их промугации. Для этого суд располагает весьма ограниченным сроком – тридцать дней со дня подачи иска.

Во времена своего президентства генерал Шарль де Голль посредством Конституционного совета пытался ограничить власть Национального собрания, и хотя первоначально, как пишет Андреас Саджо, в Конституции Франции 1958 г. Конституционный совет задумывался в качестве «пушки, нацеленной на законодателя», в 1971 г., после отставки де Голля в 1968 г., в одном из своих решений он все же включил в Конституцию Декларацию прав человека и гражданина 1789 г. и преамбулу Конституции 1946 г. Сделав, таким образом, конституционными права человека, Конституционный совет все чаще отменял предписания законов, чему способствовало и то обстоятельство, что на основе поправки к Конституции 1974 г. с иском могли обращаться уже 60 депутатов (т.е. парламентская оппозиция)⁷.

В отличие от французского, конституционное судопроизводство образца Ганса Кельзена, автора т.н. «чистой теории права», строится на дальнейшем совершенствовании системы конституционного судопроизводства. Кельзен отвергал американскую модель децентрализованного судебного рассмотрения конституционности нормативных актов, по которой любой суд может объявить закон не соответствующим Конституции. Кельзен впервые разработал контуры своей системы конституционного судопроизводства в Конституции Чехословакии 1920 г. Согласно абзацу 1



ст. 1 чехословацкой Конституции 1920 г., опередившей на несколько месяцев австрийскую, «всякий закон, противоречащий Конституции, ее разделам или законам, изменяющим и дополняющим ее, недействителен». В дальнейшем она послужила прототипом для создания Конституционных Судов впервые в Австрии (1920-1934), затем в Италии, Германии, Португалии, Испании и Европейском Союзе в целом. Кельзен считал, что различные конституционные органы в ходе выполнения своих задач могут вступать в конфликт друг с другом, и их акты, в том числе и законы, могут противоречить Конституции. Согласно Кельзену, для реализуемости Конституции необходим Конституционный Суд как государственный орган, отличный от обычного суда. Государственный орган, ответственный за регулирование в какой-либо области, должен иметь возможность оспаривать законность акта другого государственного органа по основаниям несоблюдения пределов компетенции в специально созданном государственном органе – этим органом является Конституционный Суд. Он дополняет законодательные функции парламента, выступает в роли, по выражению Кельзена, негативного законодателя, так как отменяет антиконституционные правовые нормы, в то время как парламент занимается правотворчеством в позитивном смысле⁸.

ФРГ является классическим примером кельзенианской модели: определенные государственные органы (правительство, земли, палаты парламента, ограниченное число депутатов) могут подать прошение в Конституционный Суд об осуществлении контроля за соблюдением конституционности в том или ином законе. Это абстрактный контроль, не относящийся к конкретному юридическому случаю, и он существенно выходит за рамки решения споров о компетенции, поскольку рассматривает также вопрос о соответствии закона правам человека, закрепленным в Основном законе. Кроме того, граждане могут обратиться в Конституционный Суд для пересмотра решений, нарушающих их основные права, по конкретным делам после того, как были исчерпаны все возможности общего судопроизводства, что также открывает возможность контролировать примененные законы с точки зрения их конституционности.

Однако с позиции французской концепции «суверенитета народа», эта система страдает рядом теоретических изъянов. Монтескье в «Духе законов» рассматривает суды как наиболее потенциально опасную ветвь власти. Насколько правомочны судьи, назначаемые другими государственными органами, отменять или изменять волеизъявление органов государства, формируемых непосредственно избирателями и потому выражающих их волю? Какова альтернатива «конституционным дырам» в законодательстве, появляющимся ввиду решений конституционных судов? Другой вопрос: кто будет контролировать конституционность решений самого Конституционного Суда? Каков, помимо референдума, механизм «преодоления» решения Конституционного Суда в случае его юридической ущербности?

Последний вопрос является особенно актуальным практически для всех стран постсоветского про-

странства. Замкнутая система «чистого права» Ганса Кельзена не дает ответа на эти вопросы. Рассуждая о кризисе континентальной доктрины разделения властей, Алек Суит пишет: «Хотя сработали и другие очень важные факторы, сама система конституционного правосудия по своей сути, на мой взгляд, подорвала полезность и актуальность классической доктрины (разделения властей – Л.А). Структурная дифференциация наряду с перехлестыванием функций стала нормой. Мы можем легко перечислить институциональные особенности, которые отличают европейский законодательный орган от Европейского суда, но сегодня судьи принимают законы, парламенты разрешают споры, а границы, разделяющие законодательство и политику, законодательные и судебные функции, являются не более чем академической конструкцией»⁹.

Ответить на поставленные выше вопросы в рамках данной статьи довольно сложно. Однако можно наметить общие контуры решения проблемы. Если конституционные суды вторгаются в сферу законодательства, а парламенты – в сферу судебной юрисдикции (создание следственных комиссий и т.д.), это отнюдь не является следствием продуманных действий, результатом долгосрочного планирования по дискредитации установившейся системы организации государственной власти. Сбои в системе можно объяснить тем, что усложнились требования к этой системе, что отдельные звенья системы рассматривают назревшие проблемы больше с позиций противодействия друг другу, с позиций сдержек и противовесов, что необходимо с доктринальной точки зрения. Однако это отнюдь не исключает, как бы это банально ни звучало, взаимодействия, попытку понять иной взгляд на проблему. Примечательно, что Монтескье писал буквально не о разделении, а о распределении власти. В этой связи показательна упомянутая выше формулировка ст.6 Конституции Республики Молдова, в которой, в отличие от ст.7 Конституции Азербайджана, говорится о взаимодействии властей. Речь идет о коммуникации, о попытке понять качественно отличающуюся позицию, инаковость которой предопределена институционально. Примером могут служить неформальные соглашения, заключаемые между президентом США и Конгрессом. В этом смысле знаменитая формула Мэдиссона – амбициям должно быть противопоставлены другие амбиции¹⁰, сохраняя свою актуальность, не всегда является панацеей.

Новые ветви власти?

Практика государственного строительства стран Восточной Европы и стран постсоветского пространства знает примеры создания государственных органов, которые функционально невозможно отнести ни к судебной, ни к законодательной, ни к исполнительной власти. Это не знакомые Западной Европе независимые центральные избирательные комиссии с системой своих низовых органов, организующие и проводящие парламентские, президентские и муниципальные выборы и обладающие к тому же квазисудебными функциями. В Бельгии, например, председателем низовой территориальной избирательной комиссии на парламентских выборах является по должности пред-



седатель суда первой инстанции или мировой судья. В Германии избирательные органы каждого уровня включают соответствующего руководителя выборов (это обычно чиновник Министерства внутренних дел) и избирательную комиссию, действующую под его руководством и нередко им назначаемую из числа избирателей, для которых такое назначение в принципе обязательно, несмотря на безвозмездный характер работы. Создание неподконтрольной ни одной ветви власти системы избирательных комиссий не имеет под собой какой-либо объективной управленческой необходимости и является следствием «постсоциалистического синдрома», неверия в беспристрастность государственных органов, использование которыми «административного ресурса» во время проведения выборов при предшествующем политическом режиме было нормальной общепринятой практикой. С развитием политической культуры необходимость в наличии подобной сложной структуры отпадает. Однако сегодня трудно себе представить ситуацию, когда, например, в Болгарии, за проведение выборов будет отвечать чиновник Министерства внутренних дел.

Создание подобных органов не является сугубо «постсоциалистическим изобретением». Независимость некоторых федеральных органов от исполнительной власти в США берет начало с решения Верховного Суда США по делу Хамфри против Соединенных Штатов в 1935 году. Верховный Суд постановил, что особые функции и беспристрастность некоторых агентств оправдывают власть над ними Конгресса в целях недопущения увольнения должностных лиц агентств по желанию президента. В 1937 году президенту Рузвельту был представлен специальный доклад, в котором эти органы именовались «обезглавленной четвертой ветвью власти»¹¹.

В итоге, сегодня при Конгрессе действуют Управление по защите интеллектуальных прав собственности в США (*U.S. Copyright Office*), Управление общего учёта (*Government Accountability Office*), Главный ревизор США (*Comptroller General of the United States*) и несколько других агентств. Подобный подход был частью общепринятого в США в 30-е годы прошлого века «функционального», или гибкого подхода к разделению властей, и он привел к появлению исполнительных структур, выведенных из системы исполнительной власти, которые сегодня рассматриваются в качестве четвертой ветви в системе разделения властей¹².

Независимые агентства в Америке осуществляют нормативное регулирование, ведут следствие, осуществляют уголовное преследование, выносят решения по спорам¹³, то есть сочетают, на первый взгляд, взаимоисключающие функции. Подобные органы существуют сегодня и в Великобритании. Агентства находятся вне сферы прямого подчинения прочим органам власти и управления и, сверх того, организационно обособлены от них (отсюда и термин «независимые»). Как отмечают Майкл Дорф и Чарльз Сабел, конституционная практика в Америке времен «нового курса» Рузвельта, отмеченная фривольностью в обращении с наследием отцов-основателей, особенно в случае создания четвертой ветви власти,

никогда не освободится от метки «ослабления» Конституции, и размывание суверенитета государства может оправдываться так долго, сколько агентства будут с очевидностью доказывать свою эффективность¹⁴.

Вместе с тем трудно объяснить, почему, например, именно Управление по защите интеллектуальных прав собственности, при включении его в общую систему органов исполнительной власти США, по сравнению, например, с подконтрольным президенту Управлением по охране окружающей среды, будет работать менее эффективно. Исследователи приходят к выводу, что агентства, подконтрольные Конгрессу, являются «фундаментально политизированными», что порождает сомнения в их эффективности¹⁵.

Указанная выше практика, кроме ссылки на сомнительную «эффективность», объективных обоснований не имеет, а является следствием причин сугубо субъективных – общеизвестного противостояния президента Франклина Рузвельта и Верховного Суда США в 30-е годы прошлого века в период политики «нового курса». После кончины Рузвельта вокруг его имени стал создаваться имидж «конституционного диктатора», что послужило в том числе причиной принятия 22-й поправки к Конституции США, ограничившей возможность переизбрания президента только двумя сроками, хотя роль «конституционного диктатора» в случае с «обезглавленной четвертой ветвью власти» была сыграна именно Верховным Судом¹⁶.

Вместе с тем, сегодня наметилась тенденция «сворачивания» независимости регулирующих агентств. Так как на агентства возложены и квазисудебные полномочия – они вправе разбирать и решать некоторые конфликты, – в Великобритании суды неуклонно расширяют контроль над регулирующими органами. Судьи считают деятельность этих органов «похожей на суд» и, следовательно, по определению относящейся к их компетенции, так как судебные функции не могут осуществляться за пределами судебной структуры¹⁷. Некоторые авторы предлагают обратную инкорпорацию агентств в систему исполнительной власти¹⁸.

Однако если существование независимых регулирующих агентств некоторые авторы пытаются объяснить хотя бы соображениями эффективности, то существование государственных органов, во-первых, не вошедших ни в одну из ветвей власти, и, во-вторых, не могущих быть государственными по своей природе, объяснить вообще невозможно. В случае Азербайджана – это Центральный Банк, обладающий статусом государственного органа¹⁹.

Согласно статье 19 Конституции Азербайджанской Республики, «право выпуска в обращение и изъятия из обращения денежных знаков принадлежит только Центральному Банку. Центральный Банк Азербайджанской Республики находится в исключительной собственности государства». Статус Центрального Банка в Конституции далее не детализируется. Это позволило парламенту Азербайджана в 2004 г. принять закон «О Центральном Банке Азербайджанской Республики», ст. 2.1 которого определяет его как государственный орган, причем не уточняя, является ли он органом государственной власти или нет.



Уловка законодателей понятна: Центральный Банк невозможно отнести ни к одной из известных ветвей власти. Тем не менее, любой государственный орган является органом государственной власти, именно для ее осуществления он учреждается и в этом весь смысл его существования. Ст. 19 Конституции расположена в разделе «Общие положения», а органам государственной власти посвящен отдельный раздел «Государственная власть», главы 5, 6 и 7 которого посвящены, соответственно, законодательной, исполнительной и судебной властям. Структурно изолированная от этого раздела ст. 19 говорит об «исключительной собственности государства» в отношении Центрального Банка, однако государственный орган как структурная единица государства не может быть собственностью ни государства, ни чьей-либо иной; взаимоотношения государственной власти со своими составляющими, реализующими эту власть, не могут по определению быть охарактеризованы через взаимоотношения собственности: это взаимоотношения административные. Термин «исключительная собственность государства» проясняет свой смысл в более ранних редакциях закона о Центральном Банке 1992 и 1996 гг. В них Центральный Банк был охарактеризован как юридическое лицо, без уточнения организационной формы. Становится понятным, что в качестве «исключительной собственности государства» Центральный Банк как юридическое лицо не может быть объектом приватизации²⁰.

Замена термина «юридическое лицо» на «государственный орган» может быть объяснена затруднениями в выборе формы юридического лица. В подавляющем большинстве государств центральные банки являются юридическими лицами публичного права. Хотя Административно-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики и разграничивает публичное право от частного, в Азербайджане отсутствует закон о юридических лицах публичного права, который, несомненно, должен быть принят. Этот термин – заголовок подраздела 3 Гражданского Уложения ФРГ. Хотя в Уложении и отсутствует определение юридического лица публичного права, его отличительные черты можно вывести из соответствующего подраздела: учреждается актом государства (законом или на основе закона), регламентирующим его правовое положение и деятельность; выполняя публичные функции, действует от имени государства и в то же время от своего имени; будучи обособленным в правовом смысле, осуществляет управление под свою ответственность; для осуществления публичных функций наделено властными полномочиями. В Германии юридическими лицами публичного права считаются многочисленные корпорации, создаваемые в рамках концепции «солидарного государства» для освобождения органов государства от хозяйственной деятельности (через них государство осуществляет опосредованное управление, предоставив им право принимать обязательные нормы в сфере их деятельности): это органы, которые выполняют общегосударственные функции (например, Национальный Банк), самостоятельные организации (например, предприятия транспорта и связи), публичные фонды (например,

для поддержки научных исследований), различные общественные организации (например, религиозные), корпоративные объединения лиц одной профессии (например, объединения врачей) и др. Ни само государство, ни субъекты федерации (земли), ни их органы в Германии, в отличие от французской доктрины публичного права, юридическими лицами не считаются. На юридических лиц публичного права в Германии распространяются положения Гражданского Уложения. Подразделение на публичные и частные юридические лица имеется и в странах «общего права», не знающих деления права на публичное и частное. Например, в США все корпорации делятся на публичные и квазипубличные (public и quasipublic), частные предпринимательские (business) и неприбыльные (nonprofit).

Континентальная конструкция юридического лица публичного права получила распространение и на постсоветском пространстве: в Молдове, Украине, Грузии, Латвии, Литве, Эстонии. Гражданский Кодекс Республики Молдова (ст. 57) разграничивает юридических лиц публичного права от юридических лиц частного права. Характеристика первых не предполагает наличия у них частных денежных средств в их обороте, а также объединения ими исключительно частных лиц. При этом юридические лица частного права, не преследующие целей извлечения прибыли (ст. 180), могут быть созданы только в трех формах – ассоциация, фонд и учреждение, и каждая из них предусматривает только добровольное членство.

Предконституционность принципа разделения властей

Принцип разделения властей впервые был четко сформулирован бароном де ла Бредом де Монтескье в работе «О духе законов», появившейся в 1750 г., и в этом виде включен в Декларацию прав человека и гражданина 1789 г.²¹ Однако это отнюдь не означает, что авторские права на этот принцип также принадлежат барону.

Еще древнегреческие представления о государственной власти сформировались в общем русле мифологических представлений о том, что государство (полис) и законы имеют божественное происхождение и опираются на высшую справедливость. Разделение властей имеет очевидную религиозную природу и основывается насылке о том, что закон нельзя создать. Основная идея сформулирована Джеймсом Отисом (James Otis), который в памфлете «Права британских колоний, утвержденные и доказанные» (1764 г.) приводит следующие аргументы: «Естественное право не есть дело рук человеческих, и не в силах человека исправить или изменить его. Он волен его исполнять и соблюдать, или не подчиняться и нарушать его. Последнее никогда не проходит безнаказанно, даже в этой жизни, если можно считать наказанием для человека ощущение своей развращенности, лишение звания добродетельного и честного человека из-за собственной глупости и злых поступков и получение клейма злодея, или превращение из друга, а возможно, отца этой нации, в ненасытного льва или тигра»²².



Все три авраамические религии на доктринальном уровне предусматривают отделение законодательной и судебной власти от исполнительной. Первые европейские республики воспринимались католической церковью как узурпация суверенитета Бога, так как нарушали принцип легитимизации правителя в качестве «помазанника божьего». В государстве Израиль до сих пор нет формальной писаной Конституции, так как считается, что Основной Закон, дарованный Богом, это Тора²³. В исламе правитель не обладал ни законодательной, ни судебной властью. Шесть правителей Османской империи были низложены за нарушение закона и двое из них казнены. Ноах Фельдман утверждает, что идея разделения властей была изначально встроена в базовые принципы исламской юриспруденции. Основу такого правового порядка составляли нормы шариата, а контроль над его воплощением в жизнь возлагался на сословие профессиональных юристов-богословов (улемов), пользовавшихся в исламском мире огромным влиянием вплоть до второй половины XIX века, пока в Османской империи, правопреемнице Халифата, не начались непоследовательные, по мнению Фельдмана, конституционные реформы. Пережив в XIX столетии череду фундаментальных преобразований, Османская империя перестроилась в соответствии с европейской моделью государства. В частности, у нее в 70-е годы XIX века появились Конституция и парламент – структуры, которые обесмысливали наличие сословия профессиональных юристов-богословов, учреждая процесс законотворчества на ином, светском уровне. В результате сменившие их новые институты оказались неэффективными: султан, оставаясь абсолютным правителем, попросту не считался ни с парламентом, ни с Конституцией страны. Контролировалась весь законотворческий процесс, и султан, по сути, принимал законы для самого себя. Исчез тысячелетие существовавший противовес в виде сословия улемов. Дисбаланс государственной власти привел в итоге к закату империи. Реформы 1839-1876 годов заложили основы светского государства, но при этом «ликвидация единственного учреждения, способного сдерживать произвол исполнительной власти, открыла дорогу для становления в Османской империи авторитарного и абсолютистского режима, в скором времени послужившего образцом для большей части мусульманского мира XX века»²⁴. Пример Османской империи убедительно доказывает, что принцип разделения властей является не только условием свободы от произвола, но и необходимой предпосылкой эффективности государственного управления. Примечательно, что даже Рим периода империи не являлся классической самодержавной монархией. В Риме империя не отменила республиканскую систему разделения властей и имперские учреждения сосуществовали с республиканскими. Такая высокая «живучесть» республиканских институтов объяснялась именно их высокой эффективностью. Парадоксально, но империя до последних своих дней пользовалась республиканской системой государственных органов.

Принцип разделения властей, таким образом, встроен в человеческую цивилизацию изначально,

и в этом смысле он является предконституционным, и, если следовать буквальному смыслу латинского термина *constitutio* (устанавливать), предустановленным. И поэтому его замена в обозримом будущем на иную искусственную конструкцию вряд ли является легкой задачей.

Заключение

Теория Конституции различает «полную» и «частичную» версии доктрины разделения властей. «Полная» версия требует строгого разграничения функций между исполнительной, законодательной и судебной властями. Разделение властей выступает в качестве сдерживающего фактора мощи государства. Альтернативное видение доктрины – в ее «частичной» версии, которая подчеркивает значение сдержек и противовесов в рамках Конституции. Каждому из институтов власти дается некоторая власть над другими, их функции преднамеренно выстроены таким образом, что они перекрываются. Следовательно, между ветвями власти создаются трения, ни одна государственная властная структура не обладает абсолютной автономией. Конституции, которые пытаются следовать «полной» версии доктрины, вскоре обнаруживают, что одно учреждение, как правило – парламент, быстро получает власть над двумя другими. При отсутствии полномочий обуздать «агрессора», две более слабые ветви государственной власти сдаются на милость третьей.

Тем не менее, каждая из ветвей власти является конституционным инструментом, и структура и механизм каждой из них должны соответствовать их функциям для реализации целей, поставленных перед государством политической теорией. Каждая из ветвей власти сложилась в результате долгого эволюционного развития. Структура каждой из них уже predeterminedлена теми задачами, которые она выполняет, и основу деятельности каждой из властей составляют различные взаимоисключающие принципы: коллегиальность, единоначалие, состязательность.

Законы лучше всего принимать коллегиально, посредством дискуссий и сопоставления различных позиций в попытке достичь оптимального баланса интересов.

Парламент институционально не приспособлен к осуществлению ни судебных, ни исполнительных функций. Как пишет один из блестящих немецких юристов Карл Шмидт, «на вопрос „Иисуса или Варавву?“ депутаты отвечают предложением отложить рассмотрение вопроса или создать для этой цели специальную комиссию»²⁵. Что происходит, когда парламент начинает заниматься оперативным управлением, Азербайджан знает на своем примере. В 1992 г. конституционным законом все полномочия Верховного Совета Азербайджанской Республики были переданы сформированному им «в целях достижения полной государственной независимости» Национальному Совету, включая право на внесение изменений в Конституцию 1978 г. В него вошли 51 из 360-ти депутатов Верховного Совета. Очень напоминавший Конвент времен французской революции, этот орган наряду с принятием обычных законов получил право присваивать высшие воинские звания (п.5 ст.104), решать во-



просы денежной эмиссии (п.14 ст.109), заслушивать отчеты министров и других должностных лиц (п.16 ст.104), толковать Конституцию (п.23 ст.104) и т.д. На практике Национальный Совет непосредственно руководил в том числе и Министерством обороны, и результатом подобного коллегиального руководства до середины 1993 г. стала оккупация 1/5 территории страны другим государством. Нормальным явлением было создание Национальным Советом следственных комиссий и вынесение обвинительных заключений. Законодательная власть обладает правом создавать законы, но не имеет правомочий выносить решения об их нарушении в конкретных случаях. Это ограничение необходимо, так как существует риск, что законодатель не сможет отличить правоприменительные функции от правотворческих или не будет проявлять достаточного усердия при решении проблем, которые напрямую к нему не относятся²⁶.

Исполнительную власть невозможно организовать по принципу коллегиальности – принятия решений большинством голосов, поскольку дискуссии ставят под угрозу эффективность управления. Коллективные административные решения, практиковавшиеся во времена французской и русской революций (например, коллегии министерств), вели к парализации деятельности административных органов и к исчезновению персональной ответственности. Исполнительная власть отличается от законодательной и судебной также признаком непрерывности, на который указал еще Джон Локк в «Трактате о правлении». В то время как две последние могут функционировать периодически: законодательная – во время сессий, а судебная – при наличии преступлений и имущественных конфликтов, исполнительная власть функционирует непрерывно.

Принцип состязательности, в свою очередь, неприемлем к принятию исполнительных решений. Триада «судья, защита, обвинение» не всегда удачно срабатывает и в качестве законодателя при создании судебного прецедента. Есть определенные типы вопросов, которые не могут удовлетворительным образом быть решены в триадической модели, поскольку такое решение может иметь последствия, выходящие за рамки сторон, представших перед судьей. Эта проблема не нова – Лон Фуллер охарактеризовал ее как «эффект полицентризма». Вопрос является полицентричным, когда он взаимосвязан с другими вопросами. Фуллер использовал аналогию с паутиной: если оборвать одну нить, то изменяется весь рисунок²⁷. Например, решение, которое повлечет повышение цен на алюминий, будет также влиять на цену электричества, на стоимость самолетов и на стоимость найма такси. Решение суда, следовательно, оказывает влияние и на лиц, которые не могут предстать перед судьей, а судья не имеет полного представления о последствиях решения, которое он принимает, так как судья ограничивается доказательствами, представленными сторонами, его знания о влиянии этого решения на других субъектов вероятно будут отрывочны. Даже если он и будет знать о более широких последствиях своих действий, то маловероятно, что сможет учесть в своем решении эти факторы. Понимание этих последствий

потребуется от судьи обладания знаниями о конкретной отрасли или группе отраслей, которыми он вряд ли обладает. Полицентризм часто непредсказуем, суд не всегда будет иметь представление о степени его игнорирования²⁸. Метод, который суды используют для разрешения споров, также снижает возможность учета степени полицентризма. Суды решают споры между сторонами; каждый случай рассматривается отдельно. Они не в состоянии создать решение, которое будет применяться далеко за пределами рассматриваемого ими конкретного дела. В то время как законодательная власть может выстроить относительно комплексную схему для разрешения споров в той или иной области, суды вынуждены действовать на индивидуальной основе. Судьи располагают хорошими возможностями, чтобы исправить отдельные недостатки в законе, которые влияют на ограниченные группы людей. Они в меньшей мере способны принимать системные решения, которые изменяют границы применения закона. Их решениям недостает единства целей, которого может достичь только закон²⁹.

Следует констатировать, что сегодня четкой, ясно сформулированной альтернативы разделению властей не существует. Выборы, демонстрации³⁰, различные институциональные ограничения³¹ не в состоянии эффективно ограничить монополию на власть. «Сдержки и противовесы» присутствуют в любой форме осуществления власти – эта доминанта органически присуща любому управлению, даже если четкие правила и не прописаны. Так, парламент не может отменить уже принятый закон об амнистии, а президент – акт о помиловании, хотя формально они и могут быть отменены.

Томас Гоббс, испытавший все ужасы гражданской войны в Англии, в рамках своей теории государственного суверенитета, изложенной в трактате «Левиафан» и в целом базировавшейся на принципе «homo homini lupus est», в середине XVII в. категорически отвергал саму мысль о возможности разделения единой суверенной власти, полагая, что ветви власти просто уничтожат друг друга. Однако именно их конституционно предопределенная «управляемая» взаимная конфронтация является главной гарантией свободы. Система взаимных ограничений не может быть в полной мере применена к Европейской Комиссии не потому, что, как пишет Армин фон Богданди, «принцип разделения властей во многом утратил свое значение»³², а потому, что сам высший орган Европейского Союза – Европейская Комиссия, не является полноценным органом государственного управления. Это орган переходного периода: откуда – мы знаем, а куда – будет зависеть от воли государств-членов. ЕС – не международная организация, как ООН, и не федеративное государство, как США. Именно подобный промежуточный статус стал причиной невозможности применения общепринятой практики государственного устройства. Как пишет Джеральд Деланти, «природа ЕС меньше объясняется разделением и балансом властей, чем разделением государств»³³.

Что предпочтительнее: судебный произвол, диктатура одного лица или диктатура группы лиц? Этот ряд с очевидностью не содержит альтернативы для выбо-



ра. Предлагаая заменить принцип разделения властей иными теоретическими конструкциями ограничения монополии на власть, никто не может объяснить причины, вызвавшие эту необходимость. Основная идея величайшего государства в истории человечества – Рима, заключалась в следующем постулате: коль скоро чему-то положено основание, обязанностью всех будущих поколений становится сохранять установленное. По прошествии свыше двадцати лет после роспуска французского Конвента, Бенжамен Констан говорил о его деспотизме: «Когда представительной власти не полагают никаких пределов, представители народа – не защитники свободы, а кандидаты в тираны. И когда устанавливается тирания, она может быть тем страшнее, чем больше число тиранов... Собрание, которое нельзя ни образумить, ни обуздать, из всех властей является самой слепой в своих действиях, самой непредсказуемой в результатах – даже для самих членов его. Оно кидается в крайности, которые, казалось бы, исключены. Непомерно кипучая и чересчур разносторонняя деятельность; лавина законов; желание угодить наиболее эмоциональной части народа, отдаваясь ее порыву или даже упреждая его; досада от явного сопротивления или от заподозренного осуждения, и тогда – полное неприятие мнения нации и упорство в заблуждении; кастовый дух, дающий силы лишь для узурпации; попеременно то безрассудная смелость, то нерешительность, то насилие, то слабость, то благоволение к кому-то одному, то недоверие ко всем; подверженность чисто физическим чувствам восторга и страха; отсутствие всякой моральной ответственности, уверенность в том, что за счет многочисленности законодателей удастся избежать позора трусости или опасности чрезмерной отваги. Таковы пороки собраний, не ограниченных рамками, которых они не могли бы преодолеть»³⁴.

Рецензент:

Михай ПОАЛЕЛУНЖЬ,
доктор права

Литература:

- ¹ Конституция Республики Молдова, Кишинэу, 2004.
- ² Sweet Alec Stone, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2002, p.130.
- ³ Samuel P. Huntington, *Political Order in Changing Societies*, Yale Univ. Press, New Haven, 1968, p.110; Pollard A. F., *The Evolution of Parliament*, 2d ed. rev., Russell and Russell, New York, 1964, p.257.
- ⁴ Fitzmaurice J., *The European Commission – in Andrew Duff, John Pinder, Roy Pryce. Maastricht and Beyond: Building the European Union*, Routledge, London, 1994, p.181.
- ⁵ Armin von Bogdandy, *Constitutional Principles for Europe – in Principles of European Constitutional Law*, Ed. Armin von Bogdandy and Jürgen Bast, 2d ed., Hart Publishing, 2011, p.14-15.
- ⁶ Sweet Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford University Press, New-York, 1992, p.25-26.
- ⁷ Sajo Andras, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Central European University Press, 1999, p.236.
- ⁸ Kelsen Hans, *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, 2006, p.153-157.
- ⁹ Sweet Alec Stone, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, New York, 2002, p.130.

¹⁰ *The Federalist Papers. Alexander Hamilton, James Madison and John Jay*. Ed. with an introduction and notes by Lawrence Goldman, Oxford University Press, New York, 2008, p.257.

¹¹ Peter L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, in *Columbia Law Review*, 1984, vol. 84, p.573.

¹² *Ibidem*, p.578-579.

¹³ Custos Dominique, *The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, vol. 54, p.617.

¹⁴ Michael C. Dorf and Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, in *Columbia Law Review*, 1998, vol. 98, no. 2, p.271.

¹⁵ Joshua D. Clinton, Anthony Bertelli, Christian R. Grose, David E. Lewis and David C. Nixon, *Separated Powers in the United States: The Ideology of Agencies, Presidents, and Congress*, in *American Journal of Political Science*, 2012, vol. 56, no. 2, p.352.

¹⁶ Clinton Rossiter, William J. Quirk, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, Princeton, 1948, p.255-287.

¹⁷ Barber N.W., *Prelude to the Separation of Powers*, in *The Cambridge Law Journal*, 2001, vol. 60, no. 1, p.74.

¹⁸ Swire Peter P., *Incorporation of Independent Agencies into the Executive Branch*, in *The Yale Law Journal*, 1985, vol. 94, no. 7, p. 1766-1786; Steven G. Calabresi, Mark E. Berghausen, Skylar Albertson, *The Rise and Fall of the Separation of Powers*, in *Northwestern University Law Review*, 2012, vol. 106, no. 2, p.547.

¹⁹ См. по этому поводу: Гасанов Акрам, *Банковское право Азербайджана*, Юриспруденция, Москва, 2011, с.90-95.

²⁰ Алиев Ш.М., *Научно-практический комментарий к Конституции Азербайджанской Республики*, Юридическая литература, Баку, 2000, с.69.

²¹ Vile M.J.C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Clarendon Press, Oxford, 1967, p.83-106.

²² <http://www.historywiz.com/primarysources/rightsofbritishcolonies-title.html>

²³ Gary Jeffrey Jacobsohn, *Apple of Gold: Constitutionalism in Israel and the United States*, Princeton University Press, Princeton, 1993.

²⁴ Feldman Noah, *The Fall and Rise of the Islamic State*, Princeton University Press, Princeton, 2008, p.61.

²⁵ Schmitt Carl, *Political Theology: Four Chapters on the Theory of Sovereignty* / trans. by George Schwab, Mass.: MIT Press, Cambridge, 1988, p. 36.

²⁶ Barber N.W., *Prelude to the Separation of Powers*, in *The Cambridge Law Journal*, 2001, vol. 60, no. 1, p.64.

²⁷ Fuller Lon, *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review*, 1978, vol. 92, p.353; see also Bonc R., *Lon Fuller's Theory of Adjudication and the False Dichotomy Between Dispute Resolution and Public Law Models of Litigation*, in *Boston University Law Review*, 1995, vol. 75, p.1273-1314.

²⁸ Allison J., *Fuller's Analysis of Polycentric Disputes and the Limits of Adjudication*, in *Cambridge Law Journal*, 1994, vol. 53, p.372.

²⁹ Barber N.W., *op.cit.*, p.77.

³⁰ Silver Morris, *Economic Theory of the Constitutional Separation of Powers*, in *Public Choice*, 1977, vol. 29, no. 1, p.97.

³¹ Rosas Allan, *Separation of Powers in the European Union*, in *The International Lawyer*, 2007, vol. 41, no. 4, p.1033-1046; Conway Gerard, *Recovering a Separation of Powers in the European Union*, in *European Law Journal*, 2011, vol. 17, no. 3, p.304-322.

³² Armin von Bogdandy, *op.cit.*

³³ Delanty Gerard, *Europeanization and Democracy: The Question of Cultural Identity - in Legitimacy, Representation and Accountability in the European Union*. Transformations of the State, Ed. Joan De Bardeleben and Achim Hurrelmann, Palgrave Macmillan, 2007, p.81.

³⁴ Constant Benjamin, *Cours de Politique Constitutionnelle*, Nabu Press, 2011, p.28-29.



PARTICULARITĂȚILE ÎNCETĂRII RAPORTURILOR JURIDICE DE MUNCĂ ALE FEMEILOR

Tatiana MACOVEI,
magistru în drept, lector universitar (USM)

REZUMAT

Este ilegală concedierea sau crearea oricăror dezavantaje unei salariate pentru motive legate de graviditate sau concediu de maternitate. Din păcate, femeile sunt discriminate la locul de muncă, atunci când devin gravide sau sunt concediate pe parcursul concediului de maternitate.

Doar un procent foarte mic de femei întreprind acțiuni împotriva angajatorului care a încălcat legea. Femeile pot să nu-și cunoască drepturile, dar deseori ele au avut o perioadă de intimidare și hărțuire la locul de muncă, înainte ca acestea să fie concediate, astfel ele nu se află în situația de a investi energie și emoții, bani, pentru a acționa în judecată angajatorul.

Cuvinte-cheie: femei, graviditate, concediu de maternitate, garanții, concediere.

SUMMARY

It is unlawful to dismiss or otherwise disadvantage an employee for a reason related to her pregnancy or maternity leave. Unfortunately women are suffering escalating levels of illegal discrimination at work when they get pregnant, and are often made redundant while they are on maternity leave.

Only a very small percentage of women take any action against an employer who has broken the law. They may simply not know their rights, but often there will have been a period of bullying and harassment before the woman is finally sacked or leaves, so she's in no position to invest energy and emotion, let alone money, in pursuing an action that may well not produce results.

Keywords: women, pregnancy, maternity leave, legal guarantees, dismiss.

Niciun alt eveniment nu aduce atâtea transformări în viața fizică și spirituală a femeii ca *graviditatea* și *nașterea*. Femeile însărcinate și cele care au născut de curând sunt sensibile din punct de vedere psihologic, de aceea este necesar a avea o atitudine mai indulgentă și protectoare atât din partea familiei, cât și a statului. Acțiunile întreprinse de stat în privința salariatelor însărcinate, a celor care alăptează, a celor care au născut de curând, a salariatelor cu copii mici, precum și a femeilor, în general, în privința relațiilor de muncă se materializează prin:

a) instituirea garanțiilor speciale la încadrarea în muncă, astfel încât graviditatea sau prezența copiilor mici să nu constituie motiv de discriminare sau temei de a refuza angajarea acestora în câmpul muncii;

b) protecția sănătății salariatelor gravide și a celor cu copii mici pe parcursul derulării relațiilor de muncă, care se materializează prin interdicția de a le atrage la anumite munci;

c) interdicția concedierii femeilor însărcinate și a acelor care au copii în vârstă de până la 6 ani, cu excepția cazurilor expres prevăzute de lege.

Expresia cea mai elocventă a stabilității în muncă, a garanției apărării intereselor salariaților o constituie, fără îndoială, reglementarea prin lege a temeiurilor și a condițiilor în care poate avea loc încetarea raporturilor juridice de muncă¹.

Potrivit *Dicționarului de drept privat*², prin desfacerea actului juridic, se desemnează înlăturarea unui act juridic și a efectelor sale pentru viitor, cu menținerea efectelor produse în trecut, până în momentul desfacerii actului.

În cadrul articolului dat, ne vom axa pe analiza garanțiilor juridice în materie de: încetarea raportului de muncă în circumstanțe ce nu depind de voința părților, demisie și concediere.

a) **Încetarea raporturilor juridice de muncă ale femeilor în circumstanțe ce nu depind de voința părților**

Încetarea contractului individual de muncă în circumstanțe ce nu depind de voința părților are loc în cazurile prevăzute expres de art. 82 Codul muncii al Republicii Moldova³ (CM – în continuare), precum și în alte acte normative.

Dintre cazurile de încetare a contractului de muncă în circumstanțe ce nu depind de voința părților, prevăzute la art. 82 CM, nu este niciun temei care ar fi aplicabil exclusiv femeilor, aceste temeiuri de încetare a contractului individual de muncă (CIM – în continuare) în circumstanțe ce nu depind de voința părților fiind aplicabile, în egală măsură, atât femeilor, cât și bărbaților.

În continuare, aducem un exemplu din practica judiciară națională cu privire la încetarea contractului de muncă pe motiv de expirare a termenului aplicat în privința unei salariate gravide.

Astfel, potrivit Hotărârii judecătorești Buiușani din 05.05.2010⁴, a fost recunoscut legal ordinul angajatorului de încetare a contractului de muncă pe motiv de expirare a termenului contractului de muncă, chiar dacă salariața respectivă era gravidă la momentul încetării raporturilor de muncă. Astfel, potrivit speței date, cu reclamanta fusese încheiat CIM pe o perioadă determinată de la 01.09.2008 până la 30.08.2009. La data de 16.08.2009 a fost informată despre faptul expirării termenului contractului de muncă la data de 30.08.2009 și despre intenția angajatorului de a nu prelungi termenul contractului respectiv. În apărarea sa, reclamanta a afirmat că prin cererea din 25.08.2009, recepționată de angajator la data de 28.08.2009, a informat angajatorul că este însărcinată în 20 de săptămâni, solicitând, totodată, suspendarea CIM. Reclamanta în apărarea sa a adus faptul că angajatorul nu avea dreptul să înceteze raporturile de muncă, dat fiind faptul că era gravidă aducând în susținerea poziției sale prevederile art. 86 alin.(2) și 251 CM.

Analizând materialele cauzei, instanța de judecată a ajuns la concluzia că încetarea raportului de muncă a fost



legală, deoarece la acel moment reclamanta nu se afla în concediu de maternitate, iar interdicția din art. 86 alin. (2) și 251 CM se referă la concediere, dar nu la încetarea contractului de muncă în circumstanțe ce nu depind de voința părților.

Potrivit legislației Federației Ruse, în privința temeiului de încetare a contractului individual de muncă în circumstanțe ce nu depind de voința părților pe motiv de expirare a termenului, această conține anumite reglementări deosebite în privința expirării termenului contractului de muncă pe perioadă determinată în cazul salariaților gravide.

Astfel, potrivit autorului V.I. Mironov, în cazul expirării termenului contractului de muncă în perioada când femeia este gravidă, angajatorul este obligat ca la prezentarea certificatului medical care atestă graviditatea salariatei și în baza cererii scrise a acesteia să prelungească termenul contractului până la apariția la salariată a dreptului la concediu de maternitate⁵. Femeia, al cărui contract de muncă a fost prelungit până la apariția dreptului la concediu de maternitate a acesteia, este obligată ca la cererea angajatorului, dar nu mai des decât o dată la trei luni, să prezinte certificat medical care îi atestă graviditatea. Dacă femeia continuă să muncească după expirarea perioadei de graviditate, atunci angajatorul are dreptul să desfacă contractul de muncă în legătură cu expirarea termenului în timp de o săptămână din ziua în care angajatorul a aflat sau trebuia să afle despre expirarea termenului gravidității.

Cu toate acestea, potrivit legislației Federației Ruse, se permite concedierea femeii gravide în legătură cu expirarea termenului contractului de muncă, dacă contractul a fost încheiat pentru perioada de îndeplinire a obligațiilor de muncă ale salariatului temporar absent și este imposibil, cu acordul salariatei, să fie transferată până la apariția pentru salariată a dreptului la concediu de maternitate la un alt loc de muncă vacant, pe care femeia gravidă ar putea să-l îndeplinească având în vedere starea sa. De asemenea, angajatorul este obligat să-i propună oricare alt loc de muncă vacant pe care îl are la unitate în localitatea dată. Propunerea unui post vacant de muncă din altă localitate nu este obligatorie pentru angajator, dacă aceasta nu este prevăzută în contractul colectiv de muncă sau în contractul individual de muncă.

b) Particularitățile încetării raporturilor de muncă ale femeilor prin demisie

Demisia reprezintă o modalitate de desfacere a CIM care parvine din inițiativa salariatului. Unica condiție ce se impune salariatului este respectarea termenului de preaviz, care este de 14 zile calendaristice pentru toți salariații și de o lună de zile pentru conducătorii unității, adjuncții lui și contabilul-șef. Salariatul este obligat să lucreze pe perioada probei de preaviz. Însă, de la regula generală enunțată *supra*, există și excepțiile prevăzute de art. 85 alin. (2) CM, atunci când angajatorul va fi obligat să accepte demisia în termenul redus indicat în cererea de demisie.

Cu referire la femeii, cazurile prevăzute la art. 85 alin. (2) CM pot fi: concediul pentru îngrijirea copilului, îngrijirea copilului până la vârsta de 14 ani sau a copilului invalid, în aceste cazuri, angajatorul este obligat să accepte demisia în termenul redus, indicat în cererea depusă și înregistrată, la care se anexează documentul respectiv ce confirmă acest drept.

Cu regret, constatăm că printre cazurile enunțate la art. 85 alin. (2) CM nu se regăsește și starea de graviditate a salariatei. *De lege ferenda*, propunem completarea art. 85 alin. (2) CM prin adăugarea unei situații noi, când angajatorul

va fi obligat să accepte cererea de demisie a salariatei pe motivul de graviditate a acesteia. Desigur, salariată urmează să anexeze la cererea de demisie certificat medical care atestă faptul că este gravidă. Prin conferirea acestui drept salariatelor gravide, considerăm că se dă o expresie mai largă protecției muncii salariatelor gravide, care, în situația în care nu doresc să muncească pentru angajatorul curent, să dispună de dreptul de a înceta raporturile de muncă prin demisie în termene mai restrânse.

c) Particularitățile încetării raporturilor de muncă ale femeilor în cazul concedierii

Întrucât riscul concedierii din motive legate de starea lor poate avea efecte dăunătoare asupra stării psihice a lucrătoarelor gravide, a celor care au născut de curând sau care alăptează, în privința acestor salariate trebuie să se prevadă o interdicție de concediere.

Carta Socială Europeană (revizuită)⁶ în art. 24 prevede următoarele situații care nu constituie motive întemeiate de concediere: ... d)...sexul, starea civilă, responsabilitățile familiale, sarcina... e) concediul de maternitate sau concediul parental.

Tot Carta Socială Europeană (revizuită) în art. 8, intitulat „Dreptul lucrătoarelor la protecția maternității”, prevede în alin. (2) că se va considera ilegal ca un patron să anunțe concedierea unei femei în perioada cuprinsă între momentul în care aceasta a notificat starea sa de graviditate și încheierea concediului său de maternitate, sau la o astfel de dată încât termenul de preaviz să expire în cursul acestei perioade.

Interpretând dispoziția cuprinsă în art. 8 par. 2, Anexa la Cartă precizează că aceasta nu consacră o interdicție cu caracter absolut, putând comporta excepții, enumerând, cu titlu exemplificativ, următoarele cazuri: lucrătoarea a comis o greșeală care justifică încetarea raportului de muncă; întreprinderea la care este angajată își încetează activitatea; termenul stipulat în contractul de muncă a încetat.

Art. 10 din Directiva nr. 92/85/CEE privind aplicarea măsurilor de promovare a îmbunătățirii securității și sănătății la locul de muncă în cazul lucrătoarelor gravide, al celor care au născut de curând sau care alăptează⁷, prevede:

1. Statele membre iau măsurile necesare pentru a interzice concedierea lucrătoarelor arătate la art. 2 (salariații gravide, cele care alăptează sau cele care au născut recent), în perioada de la începutul sarcinii până la terminarea concediului de maternitate indicat la art. 8 alin. (1) (cel puțin 14 săptămâni consecutive), cu excepția cazurilor speciale care nu au legătură cu starea lor, admise de legislația și/sau practica națională și, dacă este cazul, pentru care autoritatea competentă și-a dat acordul.

2. Atunci când o lucrătoare gravidă, care alăptează sau care a născut recent, este concediată în timpul perioadei concediului de maternitate, angajatorul trebuie să prezinte în scris motive bine întemeiate pentru concediere.

Răspunzând unei probleme ridicate de evoluțiile în medicină, Curtea de Justiție a UE în *cazul Mayr*, interpretând art. 10 al Directivei nr. 92/85/CEE, a decis că art. 10 nu vizează o lucrătoare care se supune fecundării *in vitro* atunci când, la data la care concedierea sa este pronunțată, fecundarea ovulelor acestei lucrătoare de către spermatozoizii partenerului său a avut deja loc, astfel încât există ovule fecundate *in vitro*, dar acestea nu au fost totuși transferate în uterul ei. Aplicarea protecției contra concedierii, prevăzută de art. 10 al Directivei nr. 92/85, unei lucrătoare înainte de transferul ovulelor fecundate ar avea ca efect acordarea beneficiului acestei protecții chiar atunci când



acest transfer este amânat, pentru un motiv oarecare, mai mulți ani sau chiar s-ar putea renunța în mod definitiv la un astfel de transfer, fecundarea *in vitro* fiind efectuată cu titlu de simplă precauție⁸.

Interdicția concedierii salariațelor gravide o conțin și legislațiile altor state. Astfel, potrivit art. 122-25-2 din Codul muncii francez, în timpul sarcinii și o perioadă de 14 săptămâni după naștere, femeia nu poate fi concediată decât dacă angajatorul probează că aceasta a comis o eroare gravă în îndeplinirea obligațiilor sale.

Potrivit CM al Federației Ruse⁹, nu se admite concedierea salariațelor gravide, cu excepția cazurilor de lichidare a unității sau a încetării activității angajatorului persoană fizică.

Codul muncii român¹⁰ (cu referință la salariațele gravide sau cele care au copii mici) prevede la art.60 alin.(1) că concedierea salariațelor nu poate fi dispusă: pe durata în care femeia salariată este gravidă, în măsura în care angajatorul a luat cunoștință de acest fapt anterior emiterii deciziei de concediere; pe durata concediului de maternitate; pe durata concediului pentru creșterea copilului în vârstă de până la 2 ani sau, în cazul copilului cu handicap, până la împlinirea vârstei de 3 ani; pe durata concediului pentru îngrijirea copilului bolnav în vârstă de până la 7 ani sau, în cazul copilului cu handicap, pentru afecțiuni intercurrente, până la împlinirea vârstei de 18 ani.

Prevederile alin.(1) nu se aplică în cazul concedierii pentru motive ce intervin ca urmare a reorganizării judiciare, a falimentului sau a dizolvării angajatorului, în condițiile legii.

Garanții similare cu privire la concedierea anumitor categorii de salariați se găsesc și în Ordonanța de Urgență a României 96/2003¹¹. Cu referire la concedierea salariațelor gravide, a celor care au născut recent sau a celor care alăptează, în art. 21 alin.(1) se prevăd aceleași cazuri în care nu poate fi concediată o salariată gravidă, plus suplimentar un nou temei pe perioada concediului de risc maternal. În același timp, alin.(2) art.21 prevede că interdicția prevăzută la alin.(1) lit. b)-e) se extinde o singură dată cu până la 6 luni, după revenirea salariaței în unitate. Alin.(3) al aceluiași articol dispune că dispozițiile alin.(1) nu se aplică în cazul concedierilor pe motive economice ce rezultă din desființarea postului ocupat de salariată, ca urmare a dificultăților economice, a transformărilor tehnologice sau a reorganizării angajatorului, în condițiile legii.

În ceea ce privește Republica Moldova, garanțiile juridice care interzic concedierea salariațelor gravide sau a celor care folosesc concediile de îngrijire a copiilor în vârstă de până la 6 ani sunt prevăzute în două articole ale Codului muncii.

Un prim articol are un caracter general și se referă la interdicția de concediere a salariaților (în art. 86 alin.(2) Codul muncii). Astfel, potrivit articolului citat, nu se admite concedierea salariatului în perioada aflării lui în concediu medical, în concediu de odihnă anual, în concediu de studii, în concediu de maternitate, în concediu parțial plătit pentru îngrijirea copilului până la vârsta de 3 ani, în concediu suplimentar neplătit pentru îngrijirea copilului în vârstă de la 3 la 6 ani, în perioada îndeplinirii obligațiilor de stat sau obștești, precum și în perioada detașării, cu excepția cazurilor de lichidare a unității.

În pofida existenței acestei garanții juridice, totuși unii angajatori purced la concedierea salariaților chiar și atunci când aceștia se află în concediile enunțate *supra*. Spre exemplu, prin decizia Colegiului civil și de conten-

cios administrativ al Curții Supreme de Justiție (CSJ – în continuare) din 30.06.2011¹² a fost declarat ilegal ordinul angajatorului de concediere a unei salariate pe perioada cât aceasta se afla în concediu medical. Potrivit datelor din speța dată, salariată M.P. a fost concediată la data de 16.06.2008 în temeiul art. 86 alin.(1) lit.s) – încheierea vizând salariații ce prestează munca prin cumul, a unui contract individual de muncă cu o altă persoană care va exercita profesia, specialitatea sau funcția respectivă ca profesie, specialitate sau funcție de bază. Din materialele dosarului, rezultă că salariată M.P. de pe data de 11.06.2008 până pe 16.06.2008 s-a aflat în concediu medical în legătură cu sarcina de 12-13 săptămâni, iar pe data de 16.06.2008 aceasta a fost concediată. Dat fiind faptul că concedierea sa s-a produs când ea era în concediu medical, instanțele de judecată au dat câștig de cauză salariaței și a obligat angajatorul să o reangajeze cu plata tuturor sumelor ce se cuvin salariaței pe perioada absenței forțate de la locul de muncă.

Un al doilea articol din Codul muncii, care are un caracter special și se referă la garanțiile juridice referitoare la interzicerea concedierii femeilor gravide, a femeilor care au copii în vârstă de până la 6 ani și a salariaților care îngrijesc copiii în vârstă de până la 6 ani, este art. 251.

Art. 251 din Codul muncii prevede: se interzice concedierea femeilor gravide, a femeilor care au copii în vârstă de până la 6 ani și a persoanelor care folosesc concediile pentru îngrijirea copilului prevăzute la art.124, 126 și 127, cu excepția cazurilor prevăzute la art.86 alin.(1) lit. b), g)-k).

Referitor la femeile gravide, garanția dată este pe deplin justificată și motivată. Însă avantajul evident în favoarea femeilor care au copii în vârstă de până la 6 ani îi discriminează pe tații copiilor mici, deoarece aceștia pot beneficia de interdicția concedierii lor doar dacă folosesc oricare din concediile prevăzute de art.124, 126 și 127. Dacă însă salariatul-tată are copii în vârstă de până la 6 ani, dar nu se află în vreun concediu enunțat *supra*, atunci acesta poate fi concediat pentru orice temei prevăzut de art. 86 CM.

Interzicerea concedierii angajaților (indiferent de sex), care se află în concediu parțial plătit pentru îngrijirea copilului în vârstă de până la 3 ani și în concediu suplimentar, fără menținerea salariului pentru îngrijirea copiilor cu vârsta de la 3 până la 6 ani, întru totul corespunde principiilor de egalitate a genurilor. La categoria acestor persoane, se referă tatăl copilului, bunica, bunelul, alte rude care de fapt au grijă de copil. De asemenea, se poate de apreciat că garanția dată se extinde și asupra adoptatorilor și tutorilor, care se află în concedii similare, aceasta funcționând, indiferent de sexul beneficiarului.

Revenind la art.251 din Codul muncii, menționăm că partea a doua a articolului dat prevede că se va permite concedierea femeilor gravide, a femeilor care au copii în vârstă de până la 6 ani, a persoanelor care folosesc concediile pentru îngrijirea copilului prevăzute la art.124, 126 și 127 pentru temeiurile prevăzute la art. 86 alin.(1) lit. b), g)-k). Temeiurile de concediere enunțate *supra* sunt următoarele:

b) lichidarea unității sau încetarea activității angajatorului persoană fizică;

g) încălcarea repetată, pe parcursul unui an, a obligațiilor de muncă, dacă anterior au fost aplicate sancțiuni disciplinare;

h) absența fără motive întemeiate de la lucru mai mult de 4 ore consecutive în timpul zilei de muncă;



i) prezentarea la lucru în stare de ebrietate alcoolică, narcotică sau toxică, stabilită în modul prevăzut la art. 76 lit. k);

j) săvârșirea la locul de muncă a unei sustrageri (inclusiv în proporții mici) din patrimoniul unității, stabilite prin hotărârea instanței de judecată sau a organului de competență căruia ține aplicarea sancțiunilor administrative;

k) comiterea de către salariatul care mănuieste nemijlocit valori bănești sau materiale a unor acțiuni culpabile dacă aceste acțiuni pot servi temei pentru pierderea încrederii angajatorului față de salariatul respectiv.

Din analiza acestui articol, se impune următoarea concluzie: chiar dacă salariați gravida este posibilă de concediere pentru celelalte temeiuri prevăzute în art. 86 CM, angajatorul nu o va putea concedia. Dar oare sunt aceste garanții justificate? Care este logica interzicerii angajatorului de a concedia salariații gravide și cele care au copii în vârstă de până la 6 ani pentru celelalte temeiuri de concediere prevăzute la art. 86 CM? Potrivit reglementărilor actuale, spre exemplu, dacă o salariați gravida sau care are copii în vârstă de până la 6 ani, având calitatea de cadru didactic și aplică, chiar și o singură dată, violența fizică sau psihică în privința discipolilor săi, angajatorul nu are dreptul să o concedieze. În atare caz, aceasta fiind o încălcare a disciplinei muncii, angajatorul poate aplica o oricare altă sancțiune disciplinară, în afară de concediere.

Sau, spre exemplu, temeiul de concediere prevăzut de lit. r) alin. (1) art. 86 CM – prezentarea de către salariat angajatorului, la încheierea contractului individual de muncă, a unor documente false, fapt confirmat în modul stabilit. Nici în acest caz angajatorul nu va fi în drept să o concedieze pe salariați gravida sau pe cea care are copii în vârstă de până la 6 ani. După părerea noastră, aceasta nu este normal, deoarece dacă persoana prezintă documente false la angajare, înseamnă că aceasta nu întrunește condițiile necesare ocupării postului de muncă respectiv și pe cale de consecință nici nu poate fi un salariat competent.

Sau cum trebuie să procedeze angajatorul în cazul în care prin hotărâre judecătorească este obligat să-l restabilească la locul de muncă pe salariatul concediat ilegal, iar postul respectiv de muncă este ocupat de o femeie gravida sau de una care are copii în vârstă de până la 6 ani, iar permutarea sau transferarea salariații respective la o altă muncă nu este posibilă? Care va fi opțiunea angajatorului, deoarece nu este în interesul lui să mai creeze în statele de personal un nou post de muncă care să fie acordat salariații gravide sau celei cu copii în vârstă de până la 6 ani.

Astfel, din analiza sumară doar a acestor temeiuri de concediere, *de lege ferenda* se impune necesitatea de a revedea temeiurile de concediere în privința cărora angajatorul va avea dreptul să concedieze chiar și salariații gravide și cele cu copii în vârstă de până la 6 ani, în vederea suplinirii lor.

Din lista de temeiuri prevăzute la art. 86 CM, angajatorul nu ar trebui să aibă dreptul de a concedia o salariați gravida sau una care are copii în vârstă de până la 6 ani doar în următoarele cazuri:

– lit. c) reducerea numărului sau a statelor de personal din unitate;

– lit. f) schimbarea proprietarului unității (în privința conducătorului unității, a adjunctilor săi, a contabilului-șef);

– lit. s) încheierea, vizând salariații ce prestează munca prin cumul, a unui contract individual de muncă cu o altă persoană care va exercita profesia, specialitatea sau

funcția respectivă ca profesie, specialitate sau funcție de bază (art. 273).

În celelalte cazuri, fiind vorba despre concediere pentru motive ce țin de culpa salariatului, ar trebui să se admită și concedierea salariaților gravide, și a celor care au copii în vârstă de până la 6 ani.

În alte cazuri, concedierea salariaților este condiționată de obținerea acordului/avizului din partea diferitelor organe. Astfel avem:

a) potrivit art. 257 CM „concedierea salariaților în vârstă de până la 18 ani, cu excepția cazului de lichidare a unității, se permite numai cu acordul scris al agenției teritoriale pentru ocuparea forței de muncă, respectându-se condițiile generale de concediere prevăzute de prezentul cod”.

b) Acordul sau opinia consultativă a organului sindical. Potrivit art. 87 alin. (1) CM concedierea salariaților membri de sindicat în cazurile stipulate la art. 86 alin. (1) lit. c), d), e), g) și h) poate avea loc doar cu acordul preliminar scris al organului (organizatorului) sindical din unitate. În celelalte cazuri, concedierea se admite cu consultarea prealabilă a organului (organizatorului) sindical din unitate.

Privitor la practica judiciară a RM în domeniul interzicerii angajatorului de a concedia salariați gravida sau cea care are copii în vârstă de până la 6 ani, putem enunța următorul exemplu: prin decizia Colegiului civil și de contencios administrativ lărgit al CSJ din 6 octombrie 2010¹³, s-a dat câștig de cauză recurentei S.L., care fusese concediată pentru temeiul reducerii numărului sau a statelor de personal în perioada când ea se afla în concediu parțial plătit de îngrijire a copilului în vârstă de până la 3 ani. Instanța a concluzionat că concedierea femeilor care se află în concediu parțial plătit de îngrijire a copilului în vârstă de până la 3 ani pentru temeiul reducerii numărului sau a statelor de personal este inadmisibilă, și a respins ca neîntemeiate argumentele angajatorului precum că prevederile art. 251 CM nu sunt aplicabile în acest caz.

Într-un alt litigiu asupra căruia s-a pronunțat în mod definitiv CSJ prin decizia din 11.06.2009¹⁴ s-a stipulat faptul că prevederile art. 251 CM nu-și au aplicare și în privința salariaților încadrați în raporturi juridice de muncă atipice, în cazul dat fiind vorba de funcționarii publici. Potrivit datelor litigiului dat, dna B.S. a fost destituită din funcție în temeiul art. 64 lit. b) al Legii cu privire la funcția publică și statutul funcționarului public pe motiv că aceasta a săvârșit abateri disciplinare soldate cu urmări grave, acțiunile acesteia fiind încadrate în art. 57 lit. f) și g) din Legea cu privire la funcția publică și statutul funcționarului public, care prevăd neglijență repetată sau tergiversarea sistematică a atribuțiilor de serviciu și acțiuni care aduc atingere prestigiului autorității publice în care activează. Recurenta B.S., în apărarea sa, a afirmat că angajatorul său nu era în drept să o destituie din funcție, deoarece ea are copil în vârstă de până la 3 ani, iar potrivit art. 251 CM această categorie de salariați nu pot fi concediați pentru temeiul invocat în ordinul de concediere.

CSJ a respins recursul recurentei pe motiv că prevederile art. 86 alin. (2) și 251 din CM nu sunt aplicabile acestui litigiu, deoarece potrivit art. 76 din Legea cu privire la funcția publică și statutul funcționarului public, dispozițiile prezentei legi se completează cu legislația muncii în măsura în care nu contravin legislației speciale care reglementează activitatea funcționarilor publici. În acest sens, Legea cu privire la funcția publică și statutul funcționarului public conține prevederi speciale care privesc sancționarea func-



ționarilor publici, delimitând cert destituirea lor din funcție de cazurile când aceștia sunt eliberați din funcție. Astfel instanța concluzionează că prevederile art. 86 alin.(2) CM și art. 251 nu au nici o relevanță la speța dedusă judecării, deoarece ultima a fost destituită din funcția publică în perioada de activitate, dar nu în perioada aflării în concediu parțial plătit de îngrijire a copilului de până la 3 ani sau în concediu suplimentar neplătit de îngrijire a copilului de la 3 la 6 ani.

În practică, dovedirea faptului că angajatorul a concediat o salariată pe motivul gravidității acesteia este foarte dificil, deoarece nici un angajator nu va indica și nici nu va recunoaște că concedierea femeii respective a avut loc pentru motivul gravidității acesteia. De asemenea, legislația nu conține prevederi referitoare la faptul când salariată trebuie să informeze angajatorul că este însărcinată, ceea ce în practică creează unele dificultăți pentru angajator, deoarece acesta poate să concedieze o femeie necunoscând faptul că ea este însărcinată.

Potrivit Codului muncii român (art.58), se interzice concedierea salariatelor gravide în măsura în care angajatorul cunoaște starea de graviditate a salariatei, rezultă deci că dacă angajatorul nu cunoștea că salariată este gravidă la momentul concedierii, această concediere se consideră legală.

În ipostaza unor litigii vizavi de acest moment, după părerea noastră, sarcina probei că angajatorul cunoștea starea de graviditate a salariatei anterior emiterii deciziei de concediere aparține salariatei. La rândul său, angajatorul trebuie să dovedească că nu cunoștea faptul că salariată concediată era gravidă. Ca exemplu de situație în care angajatorul poate face dovada (până la proba contrară) că nu cunoștea și nici nu avea de unde să cunoască că salariată era gravidă, putem menționa cazul în care regulamentul intern al unității conține prevederi referitoare la obligația comunicării în scris de către salariată a stării de graviditate. Într-un astfel de caz, angajatorul poate prezenta în instanță registrul de informări în care nu apare comunicarea respectivă. De asemenea, putem vorbi despre o prezumție de necunoaștere a stării de graviditate în ipoteza primelor luni de sarcină și, evident, de o prezumție contrară pentru ultimele luni. În sfârșit, se poate admite ca angajatorul care are câteva sute de salariați, lucrând la alt sediu decât directorul general și consilierul juridic care a avizat favorabil concedierea salariatei gravide, să nu fi cunoscut starea acesteia. În asemenea situații, putem trage concluzia că dacă angajatorul nu cunoștea că salariată este gravidă în momentul concedierii, o atare concediere este legală.

O altă situație avem în legislația Federației Ruse. Potrivit autorului rus V.I. Mironov¹⁵, încălcarea normei ce ține de interzicerea concedierii salariatelor gravide duce la restabilirea acestora la locul anterior de muncă, deoarece în cazul dat nu are importanță dacă angajatorul era sau nu era la curent cu faptul că salariată era însărcinată în momentul concedierii sale, întrucât norma prevăzută în art. 261 din CM rus nu prevede interzicerea concedierii salariatei însărcinate în dependență de faptul dacă este sau nu este la curent angajatorul cu acest fapt. Deci, dacă o salariată a fost concediată pe perioada gravidității sale, o asemenea concediere va fi calificată ilegală, indiferent de faptul dacă cunoștea sau nu cunoștea angajatorul despre starea de graviditate a salariatei.

Dar care este situația potrivit legislației naționale în acest domeniu? Art. 251 CM prevede doar că „se interzice concedierea femeilor gravide”. Interpretând acest articol,

se impune concluzia potrivit căreia va fi considerat ilegal ordinul de concediere a unei femei gravide, indiferent de faptul dacă angajatorul cunoștea sau nu despre starea de graviditate a femeii.

Apreciem că o asemenea abordare a situației date, deși este evident în favoarea femeilor, în practică poate duce la diferite litigii, prin care femeile contestă ilegalitatea concedierii lor pe motivul că în momentul concedierii erau gravide.

Toate aceste ambiguități ar fi excluse, dacă în legislația muncii s-ar prevedea termenele în care salariată ar urma să informeze angajatorul său despre graviditatea sa. Această prevedere este deosebit de utilă, deoarece din acest moment ar trebui să înceapă acțiunea normelor de protecție a salariatelor gravide.

De lege ferenda, propunem inserarea în legislația muncii a procedurii generale ce ține de informarea angajatorului despre graviditatea salariatei, cu referire în special la: termenul de gestație a sarcinii de la care salariată gravidă urmează să informeze angajatorul, actele medicale și periodicitatea prezentării lor pentru dovedirea gravidității etc., precum și instituirea în obligația angajatorului de a nu divulga starea de graviditate a salariatei, fără acordul ei, terților persoane, atâta timp cât graviditatea nu este vizibilă.

În concluzie, putem afirma faptul că legislația națională conține reglementări ce țin de protecția contra concedierilor femeilor ce s-ar baza pe motivul gravidității acestora sau prezența copiilor în vârstă de până la 6 ani, însă așa cum s-a enunțat *supra* interzicerea concedierii acestor categorii de salariate, în anumite cazuri, nu este motivată. Din aceste considerente, ne pronunțăm pentru inserarea în legislația națională a propunerilor *de lege ferenda*, enunțate în cadrul prezentului articol științific.

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

Note:

¹ Nicolai Romandaș, Eduard Boișteanu, *Dreptului muncii*, Reclama, Chișinău, 2007, p. 179-180.

² *Dicționar de drept privat*, Mondan, București, 1996, p. 394.

³ Codul muncii adoptat prin Legea nr.154-XV din 28.03.2003, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr. 159-162/648 din 29.07.2003.

⁴ Dosar nr. 2-838/2010 al judecătorei Buiucani, municipiul Chișinău din 05.05.2010.

⁵ Миронов В.И., *Трудовое право России*, în *Москва ООО Журнал Управление персоналом*, 2005, c. 859.

⁶ *Carta Socială Europeană* (revizuită) din 03.05.1996, ratificată prin Legea nr. 484-XV din 28.09.2001 (în vigoare pentru Republica Moldova din 01.01.2002, publicată în ediția oficială *Tratate internaționale*, 2006, vol. 38, p.175.

⁷ Directiva 92/85/CEE privind punerea în aplicare a măsurilor vizând promovarea îmbunătățirii securității și sănătății în muncă a lucrătoarelor gravide, lăuze sau care alăptează din 19.10.1992.

⁸ Decizia din 26 februarie 2008 în cazul Mayr nr. C-506/06,(cf. pct. 41-42,53).

⁹ *Codul muncii al Federației Ruse* din 30.12.01.

¹⁰ *Codul muncii al României*, adoptat prin Legea nr. 53/2003, în *Monitorul Oficial al României*, partea I, nr. 72 din 05.02.03.

¹¹ Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 96 din 14 octombrie 2003 privind protecția maternității la locurile de muncă, publicată în *Monitorul Oficial*, partea I nr. 750 din 27/10/2003.

¹² Colegiul civil și de contencios administrativ al CSJ a Republicii Moldova din 11.06.2011, dosar nr. 2ra-1406/11.

¹³ Decizia Colegiului civil și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova din 06.10.2010, dosar nr. 2ra-1454/10.

¹⁴ Decizia Colegiului civil și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova din 11.06.2009, dosar nr. 3r-1145/09.

¹⁵ Миронов В.И., *op.cit.*, p 858.



TEHNICI SPECIFICE PRECEDENTULUI ÎN DREPTUL CONTINENTAL

Veronica NEGRU,
judcător (Judecătoria sectorului Râșcani, mun. Chișinău)

REZUMAT

Fiecare tratat de teorie generală a dreptului cuprinde studii asupra izvoarelor dreptului, precedentul ocupând un loc aparte în acest sistem. Lucrarea dată reprezintă o analiză a precedentului ca unul dintre cele mai importante izvoare formale ale dreptului, cu referire la aspectele comune și cele distinctive ale precedentului judiciar în sistemul de drept anglo-saxon și a celui romano-german, inclusiv prin elucidarea particularităților de aplicare a acestuia în sistemul de drept al Republicii Moldova. Autorul constată că, prin interpretarea precedentului judiciar, sistemul instanțelor judecătorești poate fi implicat în procesul de creare a dreptului chiar nemijlocit în procesul de realizare a justiției. Se face distincția dintre precedentul judiciar în exprimarea european-continentală și precedentul englez și american, care se deosebesc atât prin istoricul, cât și prin oportunitatea formării. Totodată, este utilizată și noțiunea de „precedent judiciar cu caracter interpretativ”, cum ar fi, în situația sistemului de drept al Republicii Moldova, cazul Hotărârilor Curții Constituționale, care deține competența de interpretare a normelor constituționale. Astfel, interpretarea dată dispozițiilor constituționale are caracter oficial și obligatoriu pentru toți subiecții raporturilor juridice. Lucrarea cuprinde noțiunea și caracteristica precedentului, esența, originea, modul și terenul de manifestare, particularitățile, avantajele și dezavantajele acestui izvor în sistemul de drept englez și a celui continental. Este analizat și precedentul judecătoresc ca izvor formal al dreptului în sistemul de drept național, prin prisma esenței acestuia, a nivelului de pregătire profesională a magistraților, procurorilor, avocaților, precum și prin prisma impactului aplicării precedentului judecătoresc asupra actului de justiție însuși și asupra sporirii încrederii oamenilor în justiție, atunci când se conving de faptul că situațiilor faptice și de drept similare li se aplică norme și interpretări similare, datorită imparțialității justiției, în general, și a judecătorului, în particular, în cadrul aplicării normelor de drept unui caz concret.

Cuvinte-cheie: precedentul judiciar, sistem juridic, sistem de drept, drept public, drept privat, justiție, interpretarea normei juridice.

SUMMARY

Every treaty of general theory of law comprises studies about the sources of law, including the judicial precedent, with a special role in this system. The paper represents an analysis of the precedent as one of the most important formal sources of law, referring to similarities and distinctive signs of the judicial precedent in common law and continental law, inclusively referring to specific aspects of its application in the Republic of Moldova. The author ascertains that the Courts may be involved in the process of creating law directly in the process of making justice, by interpreting the precedent. The difference between the British and American precedent and the European continental precedent is underlined through historical aspects and the opportunity of creation. Also, the author uses a more specific notion of the precedent – the interpretative one; for the situation of the system of law of the Republic of Moldova, it is the case of the Decisions of the Constitutional Court that is the only competent institution to interpret the constitutional norms, the named Decisions being official and compulsory for everyone. The paper comprises the definition of the judicial precedent, its substance, origin, its way and field of manifestation, its particular features, advantages and disadvantages of this source of law specific to common law and to continental systems of law. The judicial precedent as a source of our national law is also analysed by the author, through such aspects as professional criteria assigned to magistrates, prosecutors, attorneys, inclusively through the impact the precedent has on the act of justice itself and on the phenomenon of increasing confidence in justice: people believe in justice when they understand that similar legal norms and interpretation are applied to similar factual and judicial circumstances; such a situation increases not only the confidence in justice but also in the judge's impartiality while applying concrete legal norms in a concrete case.

Keywords: judicial precedent, juridical system, system of law, public law, private law, justice, interpretations of the juridical norm.

Precedentul judiciar este perceput drept unul dintre cele mai importante izvoare formale ale dreptului. Adevărat este și faptul implicării neînsemnate a acestui izvor de drept în exprimarea exterioară a normelor juridice ce formează sistemul de drept al Republicii Moldova. O retrospectivă a sistemului de drept în cauză explică ponderea determinată a acestui izvor de drept, fenomen caracteristic sistemelor juridice, care, în trecutul nu chiar îndepărtat, a format familia dreptului socialist. Totuși, prezentul ne convinge asupra apartenenței sistemului de drept al Republicii Moldova familiei romano-germanice, în ale cărei componente precedentul judiciar are o pondere mai pronunțată, în calitate de izvor al dreptului, în coraport cu sistemele de drept din familia dreptului socialist. Desigur, actualmente, rolul precedentului judiciar în orice sistem din

familia romano-germanică este incomparabil inferior cu rolul pe care îl deține acesta în familia anglo-americană. Perspectivele, predicțiile în sfera evoluției formelor de manifestare a dreptului, în general, și a axiologiei sociale a justiției, în special, ne determină spre o percepere optimistă a rolului precedentului judiciar în expresia tradițională a reglementărilor juridice.

Se solicită o determinare terminologică. Vorbim despre precedentul „judiciar” și nu despre precedentul „judecătoresc”. Cu toate că *Dicționarul explicativ al limbii române* identifică „judiciarul” și „judecătorescul” drept sinonime, calificativul „judiciar” este perceput drept unul de natură inițială și mai complexă, care elucidează originea: 1) ce ține de justiție, privitor la justiție; judecătoresc; și, respectiv, natura caracteristicii; 2) făcut prin autoritatea justiției¹. Necesitatea determinării ter-



minologice este argumentată prin perspectivele instaurării unui sistem terminologic uniform și integru, orientat spre evitarea maximă a conotațiilor terminologice juridice și spre păstrarea unei mici distanțări între limbajul general-literar și limbajul oficial-juridic. În vederea dezvoltării acestei opinii, menționăm că termenul „judiciar”, atribuit precedentului, necesită a fi privit în sensul larg al cuvântului; termenul „judecătoresc” ar putea fi atribuit în sens restrâns, în exclusivitate precedentelor din domeniul privat al dreptului. Această precizare terminologică ar fi valabilă numai pentru sistemele de drept cărora le este cunoscută divizarea fundamentală în public și privat, iar specificul acestei erate fiind explicat în conținutul acestui studiu. Domeniul privat al dreptului fiind, în opinie, spațiul de creare a normelor precedentului în exclusivitate atribuit instanțelor judecătorești, în dreptul public competențele fiind atribuite și administrației de stat.

Însuși precedentul judiciar, în calitate de izvor formal al dreptului, este perceput doctrinar drept o regulă juridică – mod de soluționare a unui caz, elaborat și aplicat de o instanță judiciară superioară, fiind obligatorie pentru aceasta și pentru instanțele ierarhic inferioare la soluționarea cauzelor similare. Încercăm să analizăm avantajele pe care le putem obține prin implementarea precedentului judiciar în sistemul dreptului național. Unele izvoare doctrinare definesc precedentul într-o formă diferită, axându-se în exclusivitate pe perceperea europeană, precum că precedentul este numai un rezultat al interpretării normelor juridice adoptate de către Legislativ. „Precedentul reprezintă o pronunțare asupra interpretării și aplicării normelor juridice care se poate găsi în partea motivatorie a hotărârii/deciziei emise de Curtea Supremă de Justiție. Curtea explică modul în care una sau mai multe prevederi trebuie să fie înțelese și aplicate. Interpretarea trebuie să fie făcută pe baza formulării prevederii în cauză, scopul legii în care este stipulată prevederea dată și, de asemenea, și explicațiile conținute în notele explicative ale Guvernului în legătură cu propunerea sau ale Parlamentului în legătură cu adoptarea legii”²². Dezvoltarea sistemului juridic național a determinat o percepere a precedentului în calitate de izvor al dreptului³. Nu putem afirma în prezent că precedentul judiciar nu mai contribuie la dezvoltarea sistemului de drept național.

Pentru a vorbi despre precedentul judiciar, este important de a stabili natura și esența lui. *Precedentul judiciar* reflectă exteriorul normei juridice, ca și orice izvor formal al dreptului. *Norma juridică*, în expresia precedentului judiciar, are un caracter mai exact, aproape cazuistic. Valorificarea acestei calități, atribuite normei de drept, favorizează aplicarea uniformă a normelor juridice de către instanțe și evidențiază necesitatea unei pregătiri avansate a reprezentanților (avocaților) părților în procesul civil, a procurorului și apărătorului în procesul penal. Apare perspectiva excluderii categorice a interpretării arbitrare a normei de drept în situația examinării cauzelor de același gen – de complete sau judecatori diferiți. Circumstanțe similare de fapt ar trebui, preferabil, să fie judecate de o manieră similară de către toate instanțele dintr-un stat. Aceasta va asigura certitu-

dine juridică și va garanta părților în litigiu și populației imparțialitate în procesul de justiție⁴. În literatura de specialitate, precedentul judiciar este privit drept o regulă formată în procesul soluționării unei cauze de către o instanță superioară, obligatorie pentru aplicare de către instanța în cauză, de instanțele de același nivel și de cele ierarhic inferioare la soluționarea cauzelor de același gen⁵.

Prin interpretarea precedentului judiciar, constatăm că sistemul instanțelor judecătorești poate fi implicat în procesul de creare a dreptului chiar nemijlocit în procesul de realizare a justiției. Se creează impresia că principiul separației puterilor în stat este ignorat și în doctrină, și în practică. Este importantă remarca opozabilă ideii anterioare – precedentul judiciar, în exprimarea european-continentală, se deosebește de precedentul englez și american, atât prin istoricul, cât și prin oportunitatea formării. Nu vorbim despre o creare categorică a unei noi norme de drept. Dar nici nu negăm categoric această perspectivă. Precedentul judiciar apare din necesitatea unor reglementări cu mult mai exacte în coraport cu norma de drept creată de legislatorul de model european. Într-o finalitate, obținem un ansamblu de norme juridice cu un areal mai mic de reglementare, dar care, în majoritatea cazurilor, nu depășesc limitele reglementărilor create de Legislator. Astfel, în literatura de specialitate, distingem termenul de „precedent judiciar cu caracter interpretativ”. Interpretarea dată dispozițiilor constituționale comportă caracter oficial și obligatoriu pentru toți subiecții raporturilor juridice. Prin urmare, hotărârile respective ale Curții Constituționale constituie precedente judiciare cu caracter interpretativ⁶. Concluzionăm astfel că competențele de tehnică a precedentelor nu depind numai de domeniul public sau privat al fenomenului juridic, dar și de statutul juridic al unei anumite instanțe jurisdicționale, fiind confirmat prin lege – în contextul discuției – de competența Curții Constituționale – autoritate competentă de a interpreta Legea fundamentală⁷.

Precedentul judiciar de exprimare europeană are o destinație mai utilitară. Într-o explicație mai simplă, modelul romano-germanic al precedentului judiciar are destinația de a concretiza norma juridică aplicabilă pentru un caz concret, îngustând-o la nivel de ipoteză și dispoziție a normei. Precedentul judiciar, altfel spus, are menirea de a înlătura neajunsurile atribuite normei juridice de natură romano-germanică – generalitatea excesivă și, ca rezultat, interpretarea diferită și ambiguă în anumite situații. Nefiind multe la număr, neajunsurile sunt, totuși, esențiale pentru imaginea autorității judecătorești, deoarece interpretările diferite date unei norme generale la soluționarea unor cauze, practic, identice generează suspiciuni și dezaprobări sociale.

Precedentul judiciar însă apare ca un instrument de „concretizare” a normei juridice generale, de model romano-germanic, care-și găsește exprimarea inițială în actul normativ. Astfel, în procesul de soluționare a cauzelor, instanțele judecătorești nu creează o normă juridică nouă, dar numai o „divizează”, într-o oarecare măsură, în mai multe norme juridice, de o exprimare



mai concretă, adeseori aproape casuală. Deosebirea dintre aceste norme juridice – precedente judiciare, este cel mai des exprimată printr-o diferențiere la nivelul ipotezei normei juridice generale: la nivel de subiecți, loc, mod, motiv, timp, ș.a.m.d., mai rar – la nivel de dispoziție a normei juridice, dar care, totuși, există. Evident, aceste diferențieri sunt manifestate prin diverse sancțiuni ale normei juridice, cu un caracter pronunțat diferit, conținute în precedente concrete.

Modalitatea formării precedentelor judiciare, de origine romano-germanică, nu cunoaște deosebiri fundamentale, comparativ cu modalitatea formării precedentului judiciar de origine anglo-saxonă. Rigiditatea precedentului însă, în funcție de apartenența la o familie de drept sau alta este diferită, fiind amplificată în expresia anglo-saxonă⁸. Totuși, valoarea precedentului judiciar în calitate de izvor formal al dreptului pentru sistemul de drept romano-germanic este incontestabilă. Structura normei juridice, în expresia precedentului judiciar, este una specifică, determinată de procesul – la fel, specific, de creare a normei juridice, care nu se află sub incidența regulilor tehnicii legislative. Cu toate că tehnica de creare a precedentului judiciar depinde foarte mult de organizarea judecătorească respectivă, totuși, evidențiem acele reguli comune naturii formării precedentului juridic și administrativ. Și, aceste reguli au un caracter comun atât pentru condițiile precedentului administrativ, cât și pentru condițiile precedentului judiciar de drept comun.

Precedentul judiciar reprezintă mecanismul cel mai important în formarea sistemului de drept englez. Lucrurile merg atât de departe, încât, chiar în prezența unui text de lege sau a unei reguli de drept cutumiar, judecătorii preferă să invoce hotărârile judecătorești care au făcut anterior aplicarea acestora, decât să aplice în mod direct textul sau regula care stabilește sediul materiei. Această stare de fapt l-a făcut pe Bentham să declare că dreptul englez este creație a jurisprudenței⁹ (*Judge made law* – judecătorul face legea). Mecanismul prin care cazurile de speță ajung să formeze un sistem de drept încheiat este determinat de termenul *stare decisis* („ținând seama de ceea ce a fost deja decis”)¹⁰. Termenul desemnează principiul potrivit căruia hotărârile pronunțate de anumite instanțe produc efecte nu numai cu privire la părțile litigante, ci leagă și alte instanțe. Judecătorul este obligat a se pronunța în considerarea a ceea ce, anterior, într-o cauză similară, s-a decis de către o altă instanță. Evident, regula *stare decisis* prezumă o sistematizare operativă a precedentelor în culegeri de practică judiciară. Și, chiar în situația omiterii unui precedent creat de o instanță de același nivel, instanța superioară este competentă de a repara o eventuală eroare, prin manifestarea ei în calitate de instanță de recurs.

O hotărâre judecătorească cuprinde două părți esențiale: a) *ratio decidendi*; b) *obiter dictum*¹¹. *Ratio decidendi* (rațiunea decizională) exprimă motivele pentru care instanța a luat hotărârea, deci principiul de drept degajat prin această hotărâre. Pentru ca o decizie judecătorească să poată servi drept precedent într-un litigiu, nu este necesară o identitate complexă a circumstanțelor celor două spețe (identitate care nu se poate întâlni prac-

tic niciodată), fiind suficient ca *ratio decidendi* care a justificat-o pe cea dintâi să existe și în cea de-a doua, în pofida faptelor particulare care, în mod obișnuit, diferă. *Obiter dictum* („zicând în treacăt”) reprezintă reflecțiile juridice, considerentele pe care instanța le face asupra cazului. Unele dintre aceste considerente constituie suportul necesar al hotărârii (*ratio decidendi*) sau au ca obiect dezlegarea unor probleme litigioase; altele însă sunt simple argumente, elemente constituite într-un silogism judiciar, care se vrea persuasiv, dar, rămânând în afara domeniului considerat ca *ratio decidendi*, ele sunt apreciate drept *obiter dictum*. În general, se consideră că ceea ce trece în puterea lucrului judecat este dispozitivul hotărârii; totuși, considerentele hotărârii dobândesc acest efect în măsura în care explică dispozitivul și se reflectă în acesta. Avantajele acestui sistem de *case law* pot fi sistematizate, cele mai importante fiind:

- corectitudinea pe care o oferă pentru rezolvarea fiecărui caz, care este esențialmente similar;
- posibilitatea de creștere, de adaptare permanentă a unor reguli noi de drept, adaptate noilor circumstanțe și cerințelor unei societăți în continuă dezvoltare (deci, flexibilitatea sistemului englez);
- bogăția în reguli de detaliu;
- caracterul practic, capabil a răspunde cu ușurință necesităților cotidiene.

Principalele dezavantaje ale sistemului englez ar fi următoarele:

- rigiditatea, o regulă odată fixată nu mai poate fi modificată așa de ușor;
- pericolul unor distincții nelogice, care să ducă la aplicarea anumitor reguli în situații pentru care nu sunt create;
- volumul și complexitatea care îngreunează cunoașterea normelor aplicabile.

Datorită acestor inconveniente, în practică, principiul *stare decisis* suferă anumite atenuări. De cele mai multe ori, judecătorii recurg la anumite distincții artificiale, la raționamente tendențioase, pentru a ajunge la hotărâri diferite sau chiar opuse precedentului de la care pornesc. Ei nu apelează la asemenea procedee atunci când precedentul este în mod clar nerațional sau prezintă neclarități (*plainly unreasonable and inconvenient*), ori dacă este în opoziție cu o regulă *cardinală* din dreptul englez.

Aceste atenuări datorate rigidității sistemului au ca efect o sporire a capacității decizionale a judecătorului, care, practic poate legifera nelimitat, el fiind cel care, deși teoretic nu poate modifica cutuma existentă, practic poate stabili reguli noi de drept.

Din această cauză, norma de drept în sistemul englez are un anumit specific; ea prezintă un grad de generalitate mai redus decât norma de drept din sistemul romano-germanic. Ea este, de fapt, o regulă reținută de instanță nu prin interpretarea unui text de lege, ci potrivit tehnicii distincțiilor și este valabilă doar în cazul în care a fost degajată și pentru spețe absolut identice. O modificare în încărcătura faptică a speței va face regula inaplicabilă și va impune judecătorului să aplice o altă normă juridică. Astfel, caracterul unic al regulii de drept în sistemul englez, capabilă să modifice esențial



concluziile ce ar putea fi obținute în condițiile aplicării dreptului continental, reprezintă un studiu de prezent și de viitor, pentru teoria generală a dreptului. Menționând caracterul contradictoriu al procesului, constatăm că acele modificări în încărcătura faptică a speței urmează a fi promovate de părțile interesate, judecătorul acceptând sau respingând argumentele și, respectiv, optând pentru a aplica un precedent sau altul. Teza în cauză evidențiază și explică rolul deosebit de important al apărătorului (avocatului) părților anume într-un proces de formatul precedentului judiciar.

Datorită rigidității și conservatismului, acest drept al precedentelor cuprinde norme extrem de tehnice și formalisme accesibile doar specialiștilor. Aspectul cel mai original de *common-law* este faptul că nu cunoaște împărțirea pe ramuri, sistemul cartezian caracteristic mentalității europene și nepotrivit cu pragmatismul dreptului englez. Nici măcar împărțirea în drept public și drept privat, fundamentală sistemului romano-germanic, nu este operantă în dreptul englez¹².

În sistemul de natură romano-germanică, regula *stare decisis* nu mai este funcțională în rigiditatea formatului englez. Ea are un caracter cu mult mai liberal, dar care își găsește confirmarea și valoarea deplină numai printr-un act de justiție pronunțat, cum ar fi de exemplu, în sistemul judecătoresc al Republicii Moldova, de către Colegiul respectiv al Curții Supreme de Justiție, ca instanță de recurs. Rigiditatea precedentului poate determina atât opțiuni pozitive, cât și negative unui anumit sistem juridic. În esență, menționăm opțiunile în cauză se pot manifesta într-o anumită consecutivitate, în cadrul unuia și aceluiași sistem juridic, această consecutivitate fiind determinată de dinamica dezvoltării sistemului. Este importantă evidențierea unei caracteristici suplimentare, atribuite anume precedentului european – limitele capacității judecătorului în procesul elaborării unui precedent, în funcție de natura relațiilor – de drept public sau de drept privat, deoarece școala dreptului englez nu cunoaște o așa compartimentare, menționând că toate relațiile sociale reglementate de normele juridice sunt de natură publică. Acest fenomen este explicat prin premisele istorice care au determinat formarea diferită a dreptului englez și a dreptului european. Divizarea în public și privat al dreptului de model european impune și limite diferite ale interpretării normelor juridice, în funcție de domeniu – în dreptul public sau în dreptul privat. Dreptului public – orientat să reglementeze relații sociale de interes public, sunt atribuite numai limitele interpretării restrictive sau literare, numai dacă această interpretare este efectuată de către instanța de judecată. Evident, pentru dreptul public este necesară distingerea domeniului drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, care nu este sub incidența regulii în cauză.

Dreptului privat îi sunt caracteristice alte limite de interpretare, inclusiv extensivă, judecătorul având posibilitatea de a reflecta, în procesul de creare a unui nou precedent, principiile generale ale dreptului. Astfel, în domeniul dreptului privat, competența judecătorului la elaborarea unui nou precedent nu se limitează numai la o simplă interpretare a normelor juridice, adoptată de către Legislator, ca în situația dreptului public. Domeniul privat

al dreptului acordă o libertate nu numai în procesul de interpretare a dreptului, dar și în procesul de creare a unor noi norme juridice. Dacă dreptului public îi este caracteristică regula – se permite totul ce este permis de lege, atunci dreptului privat – se permite totul ce nu este interzis de lege. Reflecțiile prezentate, referitoare la cerințele și condițiile de formare a precedentului judiciar în sistemul juridic de origine romano-germanică, ne orientează spre afirmarea existenței unui sistem de particularități. Astfel, menționăm prezența unor condiții de formare a precedentului judiciar și administrativ din sfera dreptului public și altele – de formare a precedentului judiciar în sfera dreptului privat. Originalitatea precedentului de model european invocă piste noi de cercetare, care ar reflecta limitele interpretării și ale implicării judecătorului în procesul de creare a dreptului. Orientarea unui sistem juridic spre precedentul judiciar la etapa contemporană de dezvoltare a societății prezumă determinarea și elaborarea diferitelor tehnici de creare a precedentului, în funcție de domeniul de manifestare a lui – public sau privat.

Finalitatea reflecțiilor în cauză ne determină a distinge următoarele:

a) Precedentul judiciar prezintă o oportunitate pentru dezvoltarea ulterioară atât a sistemului juridic național, cât și a autorității justiției naționale.

b) Distingem tehnici specifice de formare a precedentului judiciar în sistemul juridic de natură romano-germanică, tehnici care diferă atât prin etapizarea internă, cât și prin finalitățile acestora.

c) Divizarea sistemului de drept de natură romano-germanică în drept public și drept privat invocă și o distincție terminologică, deși nu categorică, în precedent judiciar interpretativ de normă juridică și precedent judiciar creativ de normă juridică.

Recenzent:
Boris NEGRU,

doctor în drept, profesor universitar (USM)

Note:

¹ *Dicționarul explicativ al limbii române*, ed. a II-a, Univers enciclopedic, București, 1996, p. 550.

² Karin M. Bruzelius, *NORLAM*. Chișinău, Moldova. Utilizarea unei hotărâri/decizii a Curții Supreme de Justiție sau a CfEDO ca ghidare în decidera unui caz similar. *NORLAM*. The norwegian mission of rule of law advisers to Moldova www.norlam.md/download.php?file... (vizitat 04.02.2014)ю

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Negru Andrei, Zaharia Victor, *Teoria generală a dreptului și statului în definiții și scheme: Note de curs*, Chișinău, 2009, p.64.

⁶ Șterbeț Valeria, *Jurisprudența constituțională – izvor al precedentului judiciar*. Comunicat de presă. Emis de Serviciul de Presă al Curții Constituționale. <http://www.constcourt.md/libview.php?l=ro&id=152&idc=7> (vizitat 15.01.2014).

⁷ *Constituția Republicii Moldova*, adoptată la 29 iulie 1994, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 1994, nr. 1; *Legea cu privire la Curtea Constituțională*, în *Monitorul Oficial al RM*, 07.02.1995.

⁸ Negru Andrei, *Particularitățile ce stabilesc deosebirea dintre familiile romano-germanică și anglo-americană*, în *Revista Națională de Drept*, 2002, nr. 12.

⁹ Давид Рене, Жоффре-Спинози Камилла, *Основные правовые системы современности*, în *Международные отношения*, 2009, p.97.

¹⁰ Zlătescu Victor Dan, *Geografie juridică contemporană: Introducere în teoria marilor sisteme de drept*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1981, p.103.

¹¹ *Ibidem*, p.116.

¹² Давид Рене, Жоффре-Спинози Камилла, *op.cit.*, p.185.



ATENTATE INDECENTE CA MODALITATEA INFRAȚIUNILOR DE RĂZBOI CONTRA PERSOANELOR

Nicolae BUZA,
doctorand (USM)

REZUMAT

Scopul acestui articol este formularea unui concept științific clar și explicit al atentatelor indecente ca modalitate a infracțiunilor de război contra persoanelor. Autorul a supus unei cercetări detaliate probleme de calificare a faptelor infracționale de viol, alte forme de abuz sexual, precum și graviditate forțată. Au fost analizate mai multe cazuri din practica judiciară internațională, precum și explicații doctrinare în materie. În urma studiului întreprins, a fost elaborată atât noțiunea și natura juridică a atentatelor indecente, cât și limitele răspunderii penale pentru săvârșirea unor astfel de fapte.

Cuvinte-cheie: atentat indecent, infracțiune de război, timp de război, conflict armat, viol, abuz sexual, sterilizare forțată, exploatare sexuală, constrângere la prostituție, graviditate forțată.

SUMMARY

The purpose of this article consists in the formulation of a clear and explicit scientific concept of the indecent assault as a type of war crimes committed against persons. The author had submitted to a detailed explanation some problems of qualification of the criminal offences such as rape; other forms of sexual abuse; as well as the forcible pregnancy. There were analyzed a great deal of cases from international judicial practice and the doctrine rationalizations in the traced matter. As a result, the notion and the legal nature of the indecent assaults have been elaborated, from one side, and limits of criminal liability for such misdeed, on another side.

Keywords: indecent assault, war crime, war time, armed conflict, rape, sexual abuse, forcible sterilization, sexual exploitation, compulsion to prostitution, forcible pregnancy.

Prin Legea Republicii Moldova nr.64 din 04.04.2013, pentru modificarea și completarea Codului penal al Republicii Moldova nr. 985-XV din 18 aprilie 2002, au fost operate mai multe modificări în urma cărora conținutul art.137 CP RM a fost revizuit completamente. Un pas absolut corect, în opinia noastră, a constat în introducerea unei modalități infracționale la lit.c) alin.(3) art.137 CP RM, care a cuprins, de fapt, mai multe componente ce sancționează faptele infracționale cu caracter sexual săvârșite împotriva persoanelor protejate.

După cum reiese din textul legii penale (lit.c) alin.(3) art.137 CP RM), atentatele indecente pe timp de conflict armat alcătuiesc diverse forme, printre care cele direct prevăzute în lege după cum urmează:

- violul;
- exploatarea sexuală;
- constrângerea la prostituție;
- detenția ilegală a unei femei rămase gravidă în mod forțat, în scopul modificării compoziției etnice a unei populații;
- sterilizarea forțată;
- orice altă acțiune violentă cu caracter sexual.

Le vom analiza consecutiv. Subliniem că atât violul, cât și alte forme de abuz sexual reprezintă manifestările de așa-numite *atentate indecente* (engl. – *indecent assault*) care sunt definite în deciziile internaționale ca fiind orice durere sau leziune prin intermediul unui act de origine sexuală însoțit de constrângere, forță, amenințare sau intimidare, fără consimțământul victimei¹.

Mai mult, observăm că în deciziile Tribunalului Internațional de la Nürnberg, fosta Iugoslavie și Rwanda, atentatele indecente au fost tipologizate diferit, însă, în marea majoritate a cazurilor, s-a purces la sintetizarea celor două categorii, și anume:

- violul ca fiind una din cele mai grave încălcări ale

legilor și obiceiurilor de ducere a războiului în dreptul internațional umanitar;

- alte forme de abuz sexual, lista cărora nu este una exhaustivă.

Prin urmare, transpunând o atare clasificare asupra legii penale în actuala sa redacție, urmează să examinăm modalitățile infracționale expuse de legiuitor la lit.c) alin.(3) art.137 CP RM, împreună cu specificarea celor două categorii principale ale atentatelor indecente, cum ar fi violul și alte forme de abuz sexual. În opinia noastră, abordarea propusă spre examinare este destul de promptă și mai relevantă.

Obiectul juridic principal al modalității infracționale examinate îl constituie relațiile sociale cu privire la neadmiterea săvârșirii, în cadrul unui conflict armat cu sau fără caracter internațional, față de o singură sau mai multe persoane protejate de dreptul internațional umanitar al violului, al exploatării sexuale, al constrângerii la prostituție, al detenției ilegale a unei femei rămase gravidă în mod forțat, în scopul modificării compoziției etnice a unei populații, a sterilizării forțate sau a oricărei alte acțiuni violente cu caracter sexual.

Obiectul juridic secundar al infracțiunii specificate îl constituie relațiile sociale cu privire la integritatea corporală sau psihică, libertatea sexuală, inviolabilitatea sexuală, precum și demnitatea persoanei protejate de dreptul internațional umanitar.

Violul și alte forme de abuz sexual, săvârșite pe timp de conflict armat, sunt în mod indirect interzise în prevederile existente la nivel internațional referitoare la asigurarea integrității corporale a persoanei. Dreptul la integritatea corporală este unul fundamental, reprezentând o parte indispensabilă a cutumelor și a dreptului internațional.

Reiterăm că violul și alte forme de abuz sexual de rând cu celelalte modalități infracționale prevăzute la alin.(3)



art.137 CPRM constituind cele mai grave atentate asupra demnității personale în sensul dreptului internațional umanitar, într-un mod inevitabil atentează asupra demnității umane formând așa-numita *profanarea demnității personale* (engl. – *outrage upon personal dignity*).

Atentatele asupra demnității personale reprezintă una dintre cele mai grave forme de încălcare a dreptului internațional umanitar pe timp de conflict armat. Ignorarea acestui subiect ar face imposibilă tratarea multilaterală a infracțiunilor de război împotriva persoanelor prin prisma practicii judiciare internaționale. Anume având în vedere această perspectivă, susținem ca fiind necesară o analiză amplă a acestui flagel.

O precizare în acest sens o găsim în prevederile lit.c) alin.(1) din art. 3 comun pentru cele patru Convenții de la Geneva. În acest scop, sunt și rămân prohibite, oricând și oriunde, cu privire la persoanele protejate atingerile aduse demnității persoanelor, mai ales tratamentele umilitoare și înjositoare.

Totodată, în conformitate cu lit.e) alin.(2) art.4 din Protocolul adițional II la Convențiile de la Geneva din 12 august 1949 *privind protecția victimelor conflictelor armate fără caracter internațional*, atentatele împotriva demnității personale, în special tratamentul umilitor și degradant, violul, prostituția silită și orice altă formă de atentat la pudoare, sunt și vor fi interzise în orice timp și loc.

Așadar, la nivel internațional, se interzice atât *violul*, cât și *alte forme de abuz sexual*. Însă violul este considerat cea mai periculoasă formă de manifestare a atentatului sexual.

În acest sens, reamintim definiția *atentatelor asupra demnității personale* care a fost formulată în decizia Cameriei de Apel în *Cazul Vucović*². În opinia instanței, *acțiunea sau omisiunea constituie un atentat asupra demnității umane, dacă acest act provoacă umilirea, degradarea sau un alt atac serios asupra demnității umane, iar inculpatul trebuie să cunoască caracterul grav al acestei umiliri, degradări sau altui atac asupra demnității umane*. În opinia instanței, pe același caz atentatele inadmisibile împotriva demnității personale trebuie să întrunească următoarele două condiții:

(1) făptuitorul, în mod intenționat, a comis sau a participat la comiterea unei acțiuni sau omisiuni care este de natură să cauzeze umilire ori degradare serioasă sau o altă formă de atac asupra demnității persoanei, și

(2) el cunoștea că acțiunea sau omisiunea lui pot avea acest efect.

Obiectul material al acestei infracțiuni îl constituie corpul persoanei.

Victima infracțiunii prevăzute la lit.c) alin.(3) art.137 CP RM este o persoană aflată în dependență față de făptuitor și care face parte din persoanele protejate de dreptul internațional umanitar.

Analizând legislația penală internă a mai multor state, am stabilit că unii prevăd răspunderea penală pentru *viol săvârșit în exclusivitate împotriva femeii*³, atunci când alții stabilesc că în calitate de victimă a violului poate fi recunoscută *oricare persoană, indiferent de gen*⁴.

Prin urmare, atenționăm asupra faptului că definiții întâlnite în legislația penală a unor state diferă substanțial, însă în unanimitate se acceptă că violul trebuie să fie re-

cunoscut doar atunci când este comis *prin constrângere, amenințare, sau altă formă de lipsă a consimțământului din partea victimei*, cu alte cuvinte, *aplicarea forței cuprinde o tratare în sens larg, și include inducerea victimei într-o stare de neputință*.

Latura obiectivă a modalității infracționale prevăzute la lit.c) alin.(3) art.137 CP RM se caracterizează prin următoarea structură:

(1) *fapta prejudiciabilă* în una din următoarele forme:

- a) violul;
- b) exploatarea sexuală;
- c) constrângerea la prostituție;
- d) detenția ilegală a unei femei rămase gravidă în mod forțat, în scopul modificării compoziției etnice a unei populații;
- e) sterilizarea forțată;
- f) orice altă acțiune violentă cu caracter sexual;

(2) *timpul și locul săvârșirii faptei*: în cadrul conflictului armat cu sau fără caracter internațional.

Violul pe timp de război este interzis în mod special în dreptul internațional (Convențiile de la Geneva din 1949, Protocolul adițional I din 1977, Protocolul adițional II din 1977). Alte atentate sexuale serioase sunt interzise expres și implicit în diferite prohibițiuni din aceste acte normative internaționale.

Conform datelor întâlnite în literatura de specialitate⁵, violul a devenit una din cele mai înjositoare și oribile metode aplicate femeilor și fetițelor din rândurile populației civile ale Părții adverse, scopul căruia este de a distruge complet psihicul persoanei, a le umili și a le degrada, anume din aceste considerente violul prin semnele sale subiective este egalat cu tortura.

În cazul conflictelor interetnice, violul devine atât parte integrantă a politicii naționaliste, cât și strategia de ducere a ostilităților. În conformitate cu datele prezentate de unii autori, violurile publice erau răspândite în conflictul armat din fosta Iugoslavie, când femeile din rândurile populației civile au fost supuse maltratărilor sexuale din partea autorităților militare în fața consătenilor și vecinilor lor, cu scopul ca cei care urmăreau evenimentele să-și părăsească locuințele și satele⁶.

Conform prevederilor ale art.5(g) din Statut⁷ și a Convențiilor de la Geneva din 1949 (art. 3 comun), *violul* constituie atentat asupra demnității personale și încălcare gravă a regulilor și obiceiurilor de ducere a războiului.

Dreptul internațional umanitar nu cunoaște definiții anume ale violului. Totodată, unele indicații generale pot fi desprinse din prevederile tratatelor internaționale⁸. În special, o deosebită atenție trebuie să fie acordată faptului precum că dreptul internațional, într-o măsură egală, sancționează atât violul ca atare, cât și alt atentat indecent asupra femeilor (art. 27 al Convenției nr.IV de la Geneva; art.76(1) a Protocolului adițional nr.II).

Elementele infracțiunii de viol, care nu au fost stabilite de legislația internațională în vigoare, au fost clarificate în procesul examinării *Cazului Furundžija*⁹. În același timp, în *Cazul Akayesu*¹⁰ instanța a stabilit că violul reprezintă *o invazie fizică de natură sexuală comisă în circumstanțele coercitive*.

În *Cazul Furundžija*, instanța a precizat că *violul și tratamentele inumane erau recunoscute ca infracțiunile*



de război în art. 142 din Codul penal al Republicii Federative Socialiste Iugoslavia și, prin urmare, Bosnia și Herzegovina fiind republicile anterioare ale unui stat federal continue să aplice prevederile analoage¹¹. În *Cazul Furundžija*, instanța definește violul ca fiind o invazie fizică de natură sexuală săvârșită asupra unei persoane în anumite împrejurări coercitive¹².

În opinia instanței, violul reprezintă un act săvârșit prin constrângere, ce cuprinde „aplicarea violenței sau amenințarea cu violență îndreptată împotriva victimei sau a unei terțe persoane, iar amenințările fiind exprese sau subînțelese care îi provoacă victimei frica rezonabilă, precum că ea (victima) sau persoana terță va fi supusă violenței, detențiunii sau presiunii psihologice”¹³. Mai mult, se precizează că acest act reprezintă nu doar penetrarea penisului în vagin, anus sau cavitatea bucală, dar și penetrarea unui alt obiect în vagin sau anus, iar pentru calificarea infracțiunii de viol, în opinia instanței, nu are importanță locul penetrării, fie vaginul, fie anusul, fie cavitatea bucală. În acest context, s-a ajuns la concluzia că penetrarea forțată a penisului în cavitatea bucală a victimei constituie cel mai umilitor și degradant atentat asupra demnității umane.

Prin urmare, instanța a stabilit următoarele semne obligatorii ale laturii obiective a unui act de viol, după cum urmează:

(1) penetrarea sexuală, inclusiv și cea neînsemnată:
a) în vagin sau anus cu penisul făptuitorului sau cu un alt obiect folosit de către făptuitor;

b) în cavitatea bucală a victimei cu penisul făptuitorului;

(2) însoțită de constrângere sau amenințare cu forță împotriva victimei sau unei persoane terțe¹⁴.

Totodată, în continuarea celor expuse în *Cazul Kunarac*¹⁵, în urma unei analize minuțioase a legislației interne și a practicii judiciare naționale a mai multor state, instanța a specificat natura sexuală a acțiunilor ce pot constitui viol. Astfel, în opinia instanței, mai multe circumstanțe trebuie să fie identificate pentru ca un act sexual să fie recunoscut infracțiune de viol. Aceste circumstanțe pot fi divizate în trei categorii:

(1) activitatea sexuală este însoțită de violență sau de amenințare cu asemenea violență la care este supusă victima sau o persoană terță;

(2) activitatea sexuală este acompaniată cu aplicarea forței sau este însoțită de anumite circumstanțe ce creează starea de vulnerabilitate a victimei, inclusiv situație în care ea nu poate formula un refuz informat; sau

(3) activitatea sexuală se desfășoară fără consimțământul victimei¹⁶.

Pornind de la analiza jursiprudenței naționale a mai multor state, în *Cazul Kunarac*¹⁷ instanța a stabilit că violul trebuie să corespundă următoarelor caracteristici:

(1) Aplicarea forței sau amenințarea cu forță. În acest sens, infracțiunea de viol va exista doar atunci când se va demonstra faptul că a fost aplicată forța (un alt concept echivalent) și acest act a fost unul contrar voinței victimei.

(2) Circumstanțele specifice ce constituie starea de vulnerabilitate sau de decepție în care se află victima. Aceste circumstanțe includ situații când victima se află într-o stare deosebită de vulnerabilitate sau imposibilitate

de a opune rezistență din cauza incapacității sale fizice sau psihice, ori a fost indusă la săvârșirea acestui act din cauza unei stări de înțelegere greșită a împrejurărilor în care s-a comis actul sexual. Această incapacitate de a opune rezistență sau imposibilitate de a înțelege caracterul faptic al actului sexual poate avea atât caracter calitativ (boală fizică sau mintală, minoritatea victimei), cât și o natură temporală sau circumstanțială (spre exemplu, victima a fost supusă unei presiuni psihice sau a fost pusă într-o altă stare de inabilitate de a opune rezistență) și, prin urmare, nu putea formula un refuz ca să nu fie ulterior supusă acțiunilor sexuale. Momentul-cheie este starea de surprindere, decepție sau înțelegere greșită a victimei care a fost supusă la acest act, fără vreo oportunitate pentru a formula un refuz informat și rezonabil. Prin urmare, este afectată voința victimei.

(3) Absența consimțământului sau a participării voluntare.

(4) Fiecare persoană posedă „autonomia sexuală” recunoscută de jurisdicțiile naționale în cazurile de viol.

În lumina celor expuse, în *Cazul Kunarac* instanța a ajuns la concluzia că latura obiectivă a infracțiunii de viol în dreptul internațional cuprinde următoarele: „penetrarea sexuală, inclusiv cea neînsemnată: (a) a vaginului sau a anusului victimei cu penisul făptuitorului sau cu un alt obiect folosit de către făptuitor; sau (b) a cavității bucale a victimei cu penisul făptuitorului, unde această penetrare sexuală are loc fără consimțământul victimei. Consimțământul trebuie să fie unul voluntar ca fiind rezultatul voinței liber exprimate în contextul circumstanțelor existente”¹⁸.

Totodată, analizând legislația internă a unor state, în *Cazul Furundžija* instanța ajunge la concluzia că „indiferent de discrepanțele existente, noțiunea de viol cuprinde nu doar penetrarea corpului uman cu penisul, dar și introducerea forțată a altor obiecte în vagin și anus”¹⁹.

Definiția violului și-a găsit o interpretare crucială în *Cazul Akayesu* (Tribunalul Internațional pentru Rwanda), accentul fiind pus pe tratarea violului ca o formă de sine stătătoare a torturii. Astfel, instanța a stabilit: „Violul, la fel ca și tortura, este folosit cu scopurile de intimidare, degradare, umilire, discriminare, pedepsire, control sau de distrugere a persoanei. La fel ca și tortura, violul reprezintă un atentat asupra demnității persoanei, prin urmare, violul constituie tortura, care este comisă, sau la care se instigă, sau cu consimțământul, sau cu încurajarea persoanei oficiale ori altor persoane care activează în această postură”²⁰.

În aceste împrejurări, violul reprezintă tortură, și cum s-a stabilit în jurisprudența internațională²¹, violul constituie o încălcare a normei ce sancționează tortura. Este de menționat că urmărirea penală a infracțiunii de viol este expres prevăzută în art. 5 al Statutului Tribunalului Internațional pentru fosta Iugoslavie²². Pe cale de consecință, violul poate duce la încălcări serioase ale Convențiilor de la Geneva, ce reprezintă violare a regulilor și obiceiurilor de ducere a războiului, sau actul de genocid, dacă există toate elementele necesare ale componenței de infracțiune.

În *Cazul Musema* (Tribunalul Internațional pentru



Rwanda), s-a precizat că violul reprezintă „*O invazie fizică de natură sexuală, comisă asupra unei alte persoane sub imperiul circumstanțelor coercitive, iar variațiile violului pot include chiar și acțiuni de introducere a unor obiecte și sau membrii corpului uman ce nu constituie organe sexuale. Esența actului de viol nu constă în precizarea obiectului ce a fost introdus în corpul victimei, ci se exprimă în agresiunea manifestată într-o manieră sexuală sub imperiul situației de constrângere*”²³.

În baza celor expuse, Curtea Penală Internațională a elaborat modulul de definire a infracțiunii de viol, după cum urmează: (1) făptuitorul a săvârșit o invazie asupra corpului victimei prin conduita rezultată în penetrare, inclusiv și cea neînsemnată: (a) a oricărei părți corporale ce aparține victimei ori făptuitorului cu un organ sexual, sau (b) a regiunii anale ori genitale deschise a victimei prin intermediul unui obiect sau unei părți corporale; (2) cu forță, sau (3) cu amenințarea forței sau coerciției, în așa măsură care ar provoca sentimentul de frică violentă, constrângere, detenție, presiune psihologică sau abuz de putere, ce pot fi manifestate față de victimă sau o altă persoană, ori comisă cu folosirea avantajului obținut în urma împrejurărilor obiective coercitive prin natura sa, sau o astfel de invazie a fost comisă împotriva unei persoane care nu a fost capabilă să-și exprime un consimțământ valid²⁴.

Într-un alt segment de cecetare, vom trece la **definirea altor forme de abuz sexual**, cum ar fi: *exploatarea sexuală; constrângerea la prostituție; detenția ilegală a unei femei rămase gravidă în mod forțat, în scopul modificării compoziției etnice a unei populații; sterilizarea forțată; orice altă acțiune violentă cu caracter sexual*.

Exploatarea sexuală nu își găsește un corespondent identic în dreptul internațional umanitar și în deciziile Curții Penale Internaționale, dar se aplică sintagma de **sclavie sexuală** (engl. – *sexual slavery*)²⁵.

Cu toate că infracțiunea de exploatare sexuală prevăzută la lit.c) alin.(3) art.137 CP RM este o infracțiune de sine stătătoare, în Tribunalele Internaționale pentru fosta Iugoslavie și Rwanda și, prin urmare, aceste fapte au fost apreciate de instanță ca fiind o formă calificată de sclavie²⁶.

Infracțiunea de exploatare sexuală prevăzută la lit.c) alin.(3) art.137 CP RM posedă două caracteristici principale:

(1) *este o formă a sclaviei* – făptuitorul exercită unul sau mai multe împuneri derivate din dreptul de proprietate asupra unei singure sau mai multor persoane, cum ar fi: procurarea, cumpărarea, gajarea sau barterul al acestei persoane în schimb la o altă persoană, sau ținerea acesteia în detenție;

(2) *este de natură sexuală* – acțiunile făptuitorului au servit drept cauză pentru ca această persoană sau mai multe persoane să se angajeze într-un act sau mai multe acte de natură sexuală.

Este de menționat că exploatarea sexuală presupune inclusiv mariajele forțate.

Referindu-ne la **constrângerea la prostituție**, Convențiile de la Geneva din 1949 califică drept atentat asupra demnității și onoarei persoanei orice act de constrângere la prostituție. În Statutul de Roma, constrângerea la prostituție este poziționată ca o infracțiune separată.

Elementele obligatorii ale constrângerii la prostituție sunt următoarele: (1) acțiunile făptuitorului au servit drept cauză pentru ca o singură persoană sau mai multe persoane să se angajeze într-un act sau mai multe acte de natură sexuală prin forță, prin amenințare cu forță sau coerciție, în așa fel ca să provoace la victimă sentimentul de frică violentă, constrângere, detenție, presiune psihologică sau abuz de putere ce poate fi manifestat asupra acesteia sau asupra unei alte persoane prin folosirea avantajului de împrejurări coercitive sau de incapacitatea persoanei de a exprima un consimțământ valid; (2) făptuitorul sau o altă persoană obține sau așteaptă obținerea unor avantaje pecuniare în schimb la sau în legătura cu acțiunile de natură sexuală oferite de victimă.

Detenția ilegală a unei femei rămase gravidă în mod forțat, în scopul modificării compoziției etnice a unei populații. Graviditatea forțată prezintă, de fapt, o infracțiune contra umanității în conformitate cu prevederile Statutului de la Roma. Pentru a condamna persoana pentru graviditate forțată, urmărirea penală trebuie să prezinte dovezi precum că făptuitorul a privat de libertate o femeie sau mai multe femei care au fost rămase gravide prin constrângere cu scopul modificării compoziției etnice a unei²⁷.

Această prevedere de drept internațional umanitar nicidecum nu afectează legislațiile naționale relevante în domeniul gravidității și dreptului la avort, însă reflectă cazurile în care făptuitorii le-au capturat pe femeile pe care le-au făcut gravide și au luat măsuri eficiente pentru a nu admite efectuarea întreruperii sarcinii până la momentul când aceasta este prea târziu și copilul se va naște apt pentru viață extrauterină.

Sterilizarea forțată. Este de menționat că nici un document internațional anterior Statutului de la Roma nu prevedea interzicerea sterilizării forțate ca fiind o infracțiune de război sau contra umanității.

Fapta de sterilizare forțată trebuie să corespundă următoarelor semne obligatorii: (1) făptuitorul a deprivat o singură persoană sau mai multe persoane de capacitatea biologică reproductivă; (2) conduita făptuitorului nu a fost justificată prin tratamentul medical sau spitalicesc; (3) fapta de sterilizare a fost săvârșită fără consimțământul valid al victimei.

Orice altă acțiune violentă cu caracter sexual. O astfel de faptă nu poate fi definită cu precizie, deoarece introducerea unei liste exhaustive ar limita într-un mod nejustificat aplicarea legii penale. Așadar, pornind de la natura acțiunilor violente cu caracter sexual, vom deduce următoarele semne obligatorii ale acestei infracțiuni: (1) făptuitorul săvârșește un act de natură sexuală cu victima sau îi solicită săvârșirea acestui act; (2) actul săvârșit aduce atingere reală și serioasă demnității personale, făcând parte din atentate grave asupra demnității persoanei; (3) victima nu și-a exprimat consimțământul la săvârșirea în privința ei a unor astfel de acte.

Analizând semnele obiective ale atentatelor indecente prevăzute la lit.c) alin.(3) art.137 CP RM, la stabilirea faptului că actele sexuale au fost comise prin constrângere *nu se va lua în considerație opunerea rezistenței din partea victimei*. Această concluzie este impusă în



deciziile Curții Penale Internaționale, deoarece lipsa rezistenței din partea victimei încă nu constituie temei a stabili că a lipsit constrângerea²⁸.

Alte acțiuni violente cu caracter sexual în sensul infracțiunii prevăzute la lit.c) alin.(3) art.137 CP RM cuprind nu numai oarecare influențe fizice asupra corpului persoanei protejate, ci și influențe de origine psihică, spre exemplu, forțarea victimei să se dezbrace complet în fața publicului. Aname această trăsătură indispensabilă a atentatelor indecente le face asemănătoare cu cele de tortură.

Infracțiunea prevăzută la lit.c) alin.(3) art.137 CP RM este una *formală*, și se consideră a fi consumată din momentul actului indecent cu caracter sexual ca atare. Totodată, în cazul în care vor fi cauzate anumite urmări prejudiciabile (suferințe fizice sau psihice, vătămarea corporală gravă, moartea etc.) cele comise vor fi calificate în baza lit.a) alin.(3) art.137 CP RM sau în baza alin.(4) art.137 CP RM.

Latura subiectivă a violului și a altor forme de abuz sexual cuprinde *intenția* de a săvârși anume această formă de acțiune sexuală și *conștientizarea* faptului că această acțiune este săvârșită fără consimțământul victimei. Scopurile și motivele pot fi diferite, însă cum ne demonstrează cert practica Tribunalului Internațional pentru fosta Iugoslavie și Rwanda, deseori acelea sunt identice cu ale torturii.

Subiectul infracțiunii prevăzută la lit.c) alin.(3) art.137 CP RM este o persoană fizică responsabilă care la momentul săvârșirii infracțiunii a atins vârsta de 16 ani. Totodată, se va face precizarea că această persoană apare într-o postură de reprezentat al Părții adverse.

Recenzent:

Sergiu BRÎNZA,

doctor habilitat în drept, profesor universitar (USM)

Note:

¹ *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. Human Rights Watch. Copyright © 2010 Human Rights Watch All rights reserved. Printed in the United States of America, 482 p. ISBN: 1-56432-586-5. <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/ictr0110webwcover.pdf> (date of visit: 20.01.2013), p.167.

² *Prosecutor versus Dragoljub Kunarać, Radomir Kovać și Zoran Vuković*. Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T. Date 22 February 2001. (<http://www.icty.org/x/cases/kunarać/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>) (date of visit: 14.07.2012)

³ *Комментарий к Уголовному Кодексу Российской Федерации с постановленными материалами и судебной практикой*, Под общей редакцией С.И. Никулина, Издательство «Менеджер» совместно с издательством «Юрайт», Москва, 2001, с.364.

⁴ *Codul penal al Republicii Moldova nr.985-XV din 18 aprilie 2002*, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2002, nr.128-129; *Уголовный кодекс Украины. Комментарий*, Под ред. Ю.А. Кармазина и Е.Л. Стрельцова, изд. Второе, Одиссей, Харьков, 2002, с.335; *Legea României nr. 286/2009*

cu privire la adoptarea Codului penal al României, în *Monitorul Oficial al României*, 2009, nr. 510.

⁵ Swiss Sh., Giller J.E., *Rape as a Crime of War: A Medical Perspective*. In: *The Journal of the American Association*, August 4, 1993, No 5, Volume 270. Copyright © 1993, American Medical Association, p.612-613.

⁶ *Ibidem*, p.613.

⁷ *Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. United Nations: International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, September 2009. Original language: English and French http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf (<http://www.icty.org/sid/135>) (vizitat pe data de 20.06.2012).

⁸ *War Crimes: Module 8. Supporting the Transfer of Knowledge and Materials of War Crimes Cases from the ICTY to National Jurisdictions*, funded by the European Union. Developed by International Criminal Law Services. International Criminal Law & Practice Training Materials. Copyright © ICLS – OSCE-ODIHR, p.35. http://wcjp.unicri.it/deliverables/docs/Module_8_War_crimes.pdf (date of visit: 18.07.2013)

⁹ *Prosecutor versus Anto Furundžija*. Case No. IT-17/1-T, Date: 10 December 1998. Original language: English (<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>) (date of visit: 14.07.2012).

¹⁰ *Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu*. (http://www.scjn.gov.mx/Documents/Der_Mujeres/files_anexo-2/01_prosecutor_contra_akayesu.pdf) (vizitată pe data de 14.07.2012).

¹¹ *Prosecutor versus Anto Furundžija*.

¹² *Prosecutor versus Anto Furundžija*.

¹³ *Prosecutor versus Anto Furundžija*.

¹⁴ *Prosecutor versus Anto Furundžija*.

¹⁵ *Prosecutor versus Dragoljub Kunarać, Radomir Kovać și Zoran Vuković*.

¹⁶ *Prosecutor versus Dragoljub Kunarać, Radomir Kovać și Zoran Vuković*.

¹⁷ *Prosecutor versus Dragoljub Kunarać, Radomir Kovać și Zoran Vuković*.

¹⁸ *Prosecutor versus Dragoljub Kunarać, Radomir Kovać și Zoran Vuković*.

¹⁹ *Prosecutor versus Anto Furundžija*.

²⁰ *Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu*.

²¹ *Prosecutor versus Anto Furundžija*.

²² *Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*.

²³ *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*. p.166.

²⁴ *Crimes Against Humanity: Module 7. Supporting the Transfer of Knowledge and Materials of War Crimes Cases from the ICTY to National Jurisdictions*, funded by the European Union. Developed by International Criminal Law Services. International Criminal Law & Practice Training Materials http://wcjp.unicri.it/deliverables/docs/Module_7_Crimes_against_humanity.pdf (date of visit: 28.06.2013), p.32.

²⁵ *Crimes Against Humanity: Module 7*, p.37-38.

²⁶ *Prosecutor versus Dragoljub Kunarać, Radomir Kovać și Zoran Vuković*.

²⁷ *Crimes Against Humanity: Module 7*, p.38-39.

²⁸ *Crimes Against Humanity: Module 7*, p.33.



STABILIREA ȘI ANALIZA JURIDICO-VAMALĂ ȘI PENALĂ A INFRAȚIUNILOR COMISE PE TERITORIUL STATELOR LIMITROFE

Octavian PASAT,
doctorand (USM), România (Galați)

REZUMAT

Infrațiunile vamale, în sens general, se referă la acele infracțiuni ce constau în trecerea peste frontieră a bunurilor prin alte locuri decât cele stabilite pentru controlul vamal, fără autorizație a armelor, munițiilor, materialelor explozive sau radioactive, a produselor și substanțelor stupefiante și psihotrope, precursorilor și substanțelor chimice esențiale, produselor și substanțelor toxice ori, în zonele libere, de bunuri al căror import este prohibit pe teritoriul unei țări cu documente vamale de transport sau comerciale nereale sau falsificate.

Asadar, conținutul acestor infracțiuni din domeniul vamal este echivalent cu trecerea peste frontiera de stat vamală a bunurilor prin scoaterea acestora de sub puterea de dispoziție a autorităților vamale, în circumstanțe precis și limitativ determinate de lege. Conform normelor în vigoare din domeniul vamal, regimul juridic vamal cuprinde totalitatea normelor prevăzute în legislația internă, ce se aplică în cadrul procedurii de vămuire, în funcție de scopul operațiunii comerciale și de destinația mărfii, elaborate și aplicate de autoritățile publice, potrivit competențelor lor, în conformitate cu normele dreptului internațional, ale tratatelor, acordurilor, convențiilor și protocoalelor încheiate între state.

Cuvinte-cheie: infracțiune vamală, contrabandă, regulament vamal, confiscare.

SUMMARY

Customs infractions, generally, refer to those offences consisting in goods crossing the border in other places than those established for customs examinations, without authorization of arms, ammunitions, explosive or radioactive materials, narcotic and psychotropic products and substances, precursors and essential chemical substances, toxic products and substances or, in free zones, of drinks the import of which is prohibited on the territory of a country with unreal or false transportation or commercial customs documents.

Thus, the content of these infractions of the customs domain is equivalent with the crossing of the state customs boarder of goods by taking them off the disposition authority of the customs authorities, in circumstances precisely and limitedly determined by law. In conformity with the norms in force of the customs field of activity, the customs juridical regime comprises the totality of norms foreseen in the internal legislation, applied in the framework of the customs procedure taxation, in function of the aim of the commercial operation and the destination of the goods, elaborated and applied by the public authorities, according to their competences, in conformity with the norms of the international law, of treaties, accords, conventions and protocols signed between statew.

Keywords: customs infraction, smuggling, customs regulation, confiscation.

În Bulgaria, Codul vamal, în cadrul titlului 8 – prevede referiri la pedepsele administrative – conține referiri la conduitele socotite antisociale ce se constituie ca încălcări ale legislației vamale. De observat este faptul că legiuitorul bulgar s-a ferit ca în cuprinsul Codului vamal să incrimineze conduite ca infracțiuni, mulțumindu-se să prevadă doar la modul general că atunci când încălcarea legislației vamale nu constituie infracțiune, autoritatea vamală poate examina, analiza, determina și sancționa fiecare încălcare sau încercare de încălcare a legislației vamale.

Capitolul conține, în condițiile arătate, referirile necesare încălcărilor legislației vamale și procedura aplicării pedepselor administrative. Astfel, orice persoană² care trece sau transportă bunuri prin granițele Republicii Bulgaria, sau orice persoană care încearcă asemenea acțiuni, fără să notifice în prealabil aceasta autorităților vamale, ori fără să obțină autorizația necesară, iar activitatea nu constituie infracțiune, este pasibilă de contrabandă vamală și va fi amendată cu o sumă echivalentă cu 50-150% din valoarea bunurilor. Atunci când bunurile sunt scutite de plata taxelor vamale, beneficiază de o reducere a datoriei vamale ori sunt in-

terzise la import sau export, acestea constituie, de asemenea, obiect al contrabandei, amenda fiind între 100 și 200% din valoarea bunurilor. Bunurile ce constituie obiect al contrabandei sunt confiscate pentru Ministerul de Finanțe, indiferent de proprietar sau de situația că nu se cunoaște proprietarul. Când bunurile arătate lipsesc ori au fost confiscate la un nivel inferior, va trebui plătită o sumă egală cu taxa vamală. Mijloacele de transport, precum și alte mijloace care au fost folosite pentru transportarea bunurilor obiect al contrabandei vamale, vor fi confiscate pentru Ministerul de Finanțe, neinteresând cine este proprietarul, cu excepția cazului când valoarea lor este sensibil mai mare decât bunurile obiect al contrabandei.

Când în discuție intră plata taxelor vamale, se prevede că² oricine evită ori încearcă să evite să plătească taxele vamale complet sau parțial sau alte taxe guvernamentale colectate de către autoritățile vamale ori bunurile sunt interzise sau restricționate la import sau export, sau sunt aplicabile măsuri de politică în domeniul comerțului internațional, va fi pedepsit pentru fraudă vamală cu amendă a cărei sumă va fi între 50-150% din valoarea bunurilor, iar persoanelor juridice și reprezen-



tanților comerciali le va fi impusă o amendă de la 100 la 200% din taxa vamală eludată.

Dacă o persoană schimbă destinația bunurilor plasate în antrepozit ori a bunurilor supuse procedurilor vamale sau destinațiilor vamale neîndeplinind condițiile impuse de prevederile legale ori determinate de autoritatea vamală, va fi sancționată cu amendă echivalentă cu 50-150% din valoarea bunurilor, iar persoanele juridice și/sau reprezentanții comerciali vor trebui să plătească o amendă echivalentă cu 100-200% din valoarea în vamă.

Ocupându-se de persoanele tentate să valorifice bunurile ce au constituit obiect material al încălcărilor legislației vamale, legiuitorul bulgar a statuat că orice persoană care vinde, cumpără sau încearcă să vândă ori să cumpere, care dă sau acceptă spre păstrare sub orice formă bunuri despre care știe sau ar trebui, în mod rezonabil, să știe că au fost importate cu încălcarea legislației vamale sau cu încălcarea restricțiilor și condițiilor prevăzute de lege cu privire la bunurile importate cu scutire de plata taxelor vamale ori cu privire la bunurile importate cu reducerea taxelor vamale, în considerarea scopurilor speciale pentru care sunt folosite, va fi sancționată cu o amendă de până la 1000 BGN. În cazul bunurilor, care prin natura sau cantitatea lor nu au caracter comercial, dar trebuie înregistrate de către persoanele fizice în declarația vamală la trecerea graniței de stat, dacă acestea sunt descoperite la controlul vamal, urmează a fi confiscate imediat pentru Ministerul de Finanțe².

Orice încălcare a legislației în vigoare pentru bunuri aflate sub supraveghere vamală, atunci când este stabilită de autoritatea vamală, va fi pedepsită cu amendă în valoare de 1000 BGN, dacă nu sunt încălcate alte dispoziții legale, aceeași pedeapsă urmând a se aplica oricărei persoane care se opune acțiunilor agenților vamali, în timpul exercițiului funcțiunii, ori refuză să prezinte autorităților vamale bunurile, documentele, ori informațiile prevăzute de Codul vamal. În cazul în care o persoană nu îndeplinește prevederile stipulate de legislația vamală ori determinate de autoritatea vamală, va fi sancționată cu o amendă de până la 2000 BGN.

În Ucraina, taxa vamală este platită de către importatori pentru mărfurile importate și se aplică în conformitate cu Tariful vamal. Rata taxei depinde de clasificarea vamală a mărfurilor și țara lor de origine.

În anii recentți, Regulamentul vamal ucrainean s-a dezvoltat treptat în conformitate cu standardele internaționale. Intrat în vigoare de la 1 ianuarie 2004, Ucraina a implementat noul Cod vamal. Acest Cod cuprinde principalele prevederi, ce conțin convențiile internaționale vamale precum și principiile OMC, de asemenea și clasificările vamale, urmate din ghidul OMC. Cu toate că cadrul juridic s-a dezvoltat, multe din practicile administrative (executive) rămân a fi neschimbate. Așadar, deși legislația Ucrainei permite autorităților vamale efectuarea auditului după introducerea mărfurilor pe teritoriul vamal al statului, pentru a verifica compatibilitatea cu legislația vamală și cea fiscală,

autoritățile continuă să efectueze aproape tot controlul vamal în momentul verificării inițiale a mărfurilor. Se preconizează că controlul după introducerea mărfurilor pe teritoriul vamal al statului să se majoreze, după ce Ucraina se va alătura la OMC.

Taxele cu rata redusă se aplică aproape la toată producția provenită din țările care au oferit Ucrainei statutul comercial „Most Favoured Nation”. Majoritatea acestor țări fac parte din țările Uniunii Europene precum și China, Turcia, USA. Taxele cu rată deplină se aplică la toată producția provenită din alte țări, sau în cazul când țara de origine nu poate fi determinată.

Urmatoarele taxe sunt plătite de către importator:

- o taxa de import în conformitate cu Tariful vamal;
- o accizele pe anumite bunuri, cum ar fi autoturisme, băuturi alcoolice, produse din tutun, bere, benzină și motorină. Ratele accizelor sunt specifice;

- o TVA-ul la nivelul actual de 20%. Baza de impozitare este valoarea contractuală a mărfurilor, care nu ar trebui să fie mai mică decât valoarea declarată în vamă, inclusiv taxa de import. Taxele vamale la import și impozite sunt datorate de către importator, în moneda locală înainte de/sau la vămuire.

Ucraina nu a stabilit taxe pentru export cu excepția: gazului natural, animalelor vii, pieilor brute, metal uzat, și anumite soiuri de semințe oleaginoase. Serviciile și mărfurile destinate pentru export nu sunt impozabile.

Începând din 17.01.2012, au intrat în vigoare amendamentele la art. 351-353 din Codul vamal ucrainean referitoare la creșterea sancțiunilor în cazul mărfurilor neprezentate controlului vamal³. Introducerea acestor amendamente la Codul vamal ucrainean determină o creștere a amenzilor care pot fi impuse persoanelor ce comit astfel de infracțiuni. Persoanele responsabile de aceste infracțiuni sunt societățile de transport și conducătorii auto care pot fi amendați cu o sumă ce poate ajunge la 100% sau 200% din valoarea mărfurilor sau a vehiculului.

Art. 351 sancționează sustragerea ilegală a mărfurilor sau a vehiculului de la supravegherea vamală.

Art. 352 sancționează activitatea frauduloasă, cum ar fi fals în declararea mărfurilor, utilizarea de documente falsificate sau contrafăcute, precum și prezentarea de documente care conțin date eronate, și anume ascunderea de mărfuri în spații special concepute în acest scop în interiorul vehiculului sau al încărcăturii.

Articolul 353 sancționează depozitarea, transportul sau achiziția de mărfuri sau vehicule în vederea sustragerii controlului vamal.

În dreptul penal francez, încălcările legii sunt împărțite în trei categorii: *crime*, *delicte* și *contravenții*. Codul vamal alocă un spațiu important tratării infracțiunilor vamale (art. 410-440) cuprinzând o enumerare ce grupează conduitele ilicite în funcție de gravitate, precum și referiri asupra pedepselor, cumulului acestora, concursului de infracțiuni și sechestrarea bunurilor ce constituie obiectul infracțiunilor vamale.

Astfel, sunt pedepsite cu o amendă relativ mică de la 300 la 3000 euro – persoanele care desconsideră



prevederi ale Codului vamal, precum omisiunea sau completarea cu date inexacte a unei indicații ce trebuie conținută în declarațiile vamale, atunci când nu este afectată aplicarea drepturilor de vamă ori prohibițiile impuse în mod legal, sau încălcarea condițiilor de calitate impuse la import sau export, atunci când acestea nu au avut drept scop sau ca efect obținerea unei rambursări, a unei exonerări, reducerea unui drept de vamă sau obținerea unui avantaj financiar⁴.

Atunci când conduita ilicită are ca scop sau ca rezultat eludarea sau compromiterea recuperării unui drept de vamă ori a unei taxe oarecare, persoanele vinovate vor trebui să plătească o amendă între o dată și de două ori din suma totală a drepturilor și taxelor eludate sau compromise. Legiuitorul francez face o referire expresă la următoarele conduite, atunci când acestea se raportează la mărfuri în legătură cu care există drepturi vamale sau alte taxe⁴:

- Deficit în ceea ce privește numărul coletelor declarate, manifestate sau transportate fără act de garanție sau a unui document care să-i țină locul.

- Deficit asupra cantității de mărfuri plasate sub un regim suspensiv, în magazine și arii de export.

- Neprezentarea mărfurilor plasate în antrepozit privat, antrepozit special sau în antrepozit industrial.

- Prezentarea la destinație sub un sigiliu rupt sau alterat a mărfurilor expediate, fără sigiliul de plumb sau sigiliul de vamă.

- Inexactitatea totală sau parțială a angajamentelor înscrise în actele de garanție și în cele subordonate acestora.

- Excedentul de greutate, număr sau măsură declarate.

- Orice manevră având drept scop sau ca rezultat beneficiul pe nedrept al autorului său sau al unui terț, o exonerare, o degrevare sau o taxă redusă prevăzută în domeniul produselor petroliere.

Conduitele ce compromit recuperarea drepturilor în port sau redevența echipamentului se pedepsesc, de asemenea, cu amendă între o dată și de două ori din suma drepturilor eludate.

Despre contrabandă începe să se facă vorbire începând cu art.412. De observat este că noțiunea de contrabandă, în dreptul francez, este tratată la nivel de instituție juridică. Se dă o definiție legală în art.417 alin. (1) – contrabanda cuprinde importurile sau exporturile, în afara birourilor vamale, precum și orice încălcare a dispozițiilor legale sau reglementărilor relative la deținerea și transportul mărfurilor în interiorul teritoriului vamal – după care, celelalte reglementări sunt organizate într-un sistem ce cuprinde fapte în conexiune cu contrabanda și fapte asimilate contrabandei, epuizându-se, totul, la art.422, astfel încât să fie incriminată orice conduită cu potențial social periculos, conexă cu incriminarea-cadru.

O amendă cuprinsă între 150 și 15.000 euro, precum și confiscarea mărfurilor litigioase, va fi sancțiunea⁴ pentru:

- Orice faptă de contrabandă, precum și pentru importul sau exportul fără declarare, atunci când operațiunea poartă asupra unor mărfuri din categoria celor care nu sunt nici interzise, nici foarte taxate la intrarea în țară, nici supuse unor taxe de consum interior, nici interzise sau taxate la ieșirea din țară.

- Toate declarațiile false asupra calității, valorii sau originii mărfurilor importate, exportate sau plasate sub un regim suspensiv, atunci când un drept al vămiei sau o taxă oarecare este eludată sau compromisă prin această declarație falsă.

- Toate declarațiile false asupra desemnării destinatarului sau expeditorului real.

- Toate declarațiile false ce țin de obținerea pe nedrept a unor beneficii prevăzute de dispozițiile legale în materia scutiilor de taxe.

- Orice sustragere de mărfuri neinterzise de la destinația lor inițială privilegiată.

- Prezentarea unitară de manifeste sau declarații vamale pentru pachete sau colete închise, care se referă la altele decât cele prezentate în fața autorității vamale.

- Transportul mărfurilor dintr-un port francez în porturi străine sau la un alt port francez cu încălcarea procedurilor vamale.

- Absența documentului sau neprezentarea originalului acestuia; omisiuni de mărfuri în documentele sau în declarațiile vamale sumare; diferența, în natură, dintre mărfurile înscrise sau declarate sumar și cele prezentate autorității vamale.

- Încălcarea interdicției de a locui în zona scutită de impozite, de a vinde cu amănuntul sau de a efectua manipulări neautorizate.

Închisoare de o lună, iar în caz de recidivă până la două luni, la care se adaugă o amendă între 90 și 450 euro – de observat faptul că suntem în prezența unui cumul de sancțiuni – este pedeapsa care se aplică persoanelor ce încalcă procedurile vamale sau refuză să comunice în mod complet autorității vamale disimularea actelor sau operațiunilor menite să inducă în eroare, cu efecte asupra stabilirii și plății datoriei vamale, cu referire specială la situația persoanei care, deși constituie obiectul retragerii consimțământului sau retragerii autorizației vamale, continuă, fie să îndeplinească pentru altul direct sau indirect, formalitățile de vamă privind declararea detaliată a mărfurilor, fie să beneficieze, direct sau indirect, de tot sau în parte de remunerații de natura celor prevăzute de procedura vamală și a persoanei care ajută cu bună știință în vederea sustragerii de la efectele retragerii consimțământului sau retragerii autorizației vamale a celor care ar fi trebuit să o dețină.

Contrabanda, precum și importul sau exportul fără declarație se pedepsesc, diferențiat, după cum obiectul încălcării îl constituie mărfuri neinterzise, a căror valoare nu depășește 770 euro, caz în care amenda va fi egală cu valoarea mărfurilor, ori bunurilor din categoria celor interzise sau foarte taxate, caz în care pedeapsa va fi închisoarea până la trei ani și confiscarea obiectului de contrabandă, a mijloacelor de transport, a



obiectelor ce au servit a masca fraudă și amendă între o dată și de două ori valoarea obiectului de fraudă.

Importul, exportul, transferul, compensarea sau orice altă operațiune financiară între Franța și străinătate, susținută de fonduri despre care se știa că art.412 din Codul vamal francez provin direct sau indirect dintr-un delict prevăzut de Codul vamal ori dintr-o infracțiune prevăzută de legislația substanțelor sau plantelor periculoase clasate ca stupefiante, va fi pedepsită cu închisoare de la 2 la 10 ani, la care se va adăuga confiscarea sumelor de bani operate în cadrul infracțiunii ori o sumă care să țină loc, atunci când sechestrul nu a putut fi înființat, și o amendă cuprinsă între 1 și 5 ori din suma căreia s-a raportat infracțiunea sau tentativa la aceasta⁵.

Legiuitorul francez detaliază și categoria faptelor asimilate contrabandei arătând:

○ Livrările de mărfuri frauduloase sau îmbarcările frauduloase efectuate în incinta porturilor sau pe coaste.

○ Sustragerea sau substituirea în cursul transportului de mărfuri expediate sub un regim suspensiv, neobservarea fără motiv legitim a itinerarului și orarului fixat, manevrele având drept scop sau ca rezultat alterarea sau ineficiența mijloacelor de fixare, de siguranță sau de identificare și, într-un mod general, fraudă vamală relativă la transportul mărfurilor expediate sub un regim suspensiv.

○ Încălcarea dispozițiilor, fie legislative, fie regulamentelor asupra interzicerii exportului sau reexportului sau subordonate exportului sau reexportului cu plata drepturilor sau taxelor ori cu realizarea formalităților particulare, atunci când fraudă a fost făcută sau încercată în afara birourilor vamale și când nu au fost în mod direct interzise printr-o altă dispoziție a Codului vamal.

De asemenea, sunt asimilate actelor de contrabandă⁵ și importurile sau exporturile fără declarare, atunci când mărfurile ce trec printr-un birou vamal sunt sustrate verificării vameșilor prin ascunderea în compartimente special amenajate sau în cavități, sau spații goale care nu sunt, în mod normal, destinate depozitării mărfurilor.

Se consideră a fi săvârșită infracțiunea de contrabandă și atunci când mărfuri din categoria celor care sunt interzise la intrare sau foarte impozitate ori supuse taxelor de consum interior, mărfuri din categoria celor a căror ieșire este interzisă sau supusă drepturilor de export, sunt găsite în zona terestră a districtului, fără a fi însoțite de vreo chitanță de plată sau alt act de expediție care să specifice itinerarul ce trebuie urmat și perioada de timp în care trebuie să se facă transportul, chiar însoțite de acte de expediție cu obligația expresă de a fi vizate la biroul de trecere au depășit acest bi-

rou, fără ca obligația să fie îndeplinită ori sunt aduse la biroul vamal, însă nu sunt însoțite de documentele de expediție⁴.

Mărfurile pot fi considerate a fi introduse în țară prin contrabandă, atunci când se constată lipsa documentelor prin care se poate justifica originea ori se prezintă autorității vamale documente false, inexacte, incomplete sau inaplicabile. De asemenea, se consideră a fi introdusă prin contrabandă și orice marfă ce excede cantității înscrise în acte ori este neînscrisă în acte.

Animalele din categoria celor care sunt interzise sau foarte taxate ori supuse unor drepturi de import la intrarea în țară sunt considerate a fi introduse prin fraudă, atunci când sunt găsite în zona terestră a districtului, fără a fi însoțite de acte justificatoare. Animalele trimise la pășunat în străinătate, dacă sunt din categoria celor a căror ieșire este interzisă sau constrânsă unor drepturi de export și nu sunt reimportate, acestea sunt considerate a fi obiect al infracțiunii de contrabandă și tratate ca atare.

Analizând importanța deosebită a declarației vamale detaliate, legiuitorul francez a impus reguli foarte stricte și, în mod firesc, a incriminat conduitele pe care le-a considerat ca afectând în mod deosebit procedura și relațiile sociale ce țin de desfășurarea corectă a raporturilor vamale.

Concluzii

Putem constata cu ușurință diferențele existente în legislația țărilor membre ale Uniunii Europene față de celelalte țări, unde infracțiunile precum contrabandă sunt tratate într-un mod mult mai „lejer”.

Reglementările de natură penală din legea vamală actuală a Republicii Moldova sunt departe de cele existente în țări precum Franța, Italia, așa cum s-a văzut pe parcursul lucrării. Totuși, orice reglementare poate fi modificată, îmbunătățită, perfecționată. Perspectiva aderării Republicii Moldova la Uniunea Europeană impune ca obligativitate armonizarea legislației naționale cu cea europeană. Este un bun prilej și pentru îmbunătățirea legii vamale.

Recenzent:

Sava MAIMESCU,

doctor în drept, conferențiar universitar (USM)

Note:

¹ Codul vamal al Republicii Albania.

² Codul vamal al Republicii Bulgaria.

³ Codul vamal al Ucrainei.

⁴ Codul vamal al Franței.

⁵ Olteanu G., *Cercetarea contrabandei și a altor infracțiuni care implică trecerea frontierei de stat*, Ed. Ait Laboratories, București, 2004.



CONSTITUȚIA DE LA 1952 – INSTRUMENT DE LEGITIMARE AL PARTIDULUI

Camelia Nicoleta OLTEANU,

doctorand (Facultatea de Științe Juridice și Administrative, Brașov)

REZUMAT

A doua Constituție comunistă, votată de Marea Adunare Națională la 24 septembrie 1952, a reprezentat actul menit să confirme ireversibilitatea procesului de comunizare a României și, totodată, apogeul dominației sovietice în România¹.

Lucrarea prezintă nu doar realitatea constituțională, ci și principalele acte normative relevante cu ajutorul cărora legea fundamentală a țării a creat cadrul legislativ optim pentru încălcarea flagrantă a drepturilor și libertăților cetățenilor.

Cuvinte-cheie: constituție, dictatură comunistă, modificarea principiilor de organizare statală.

SUMMARY

The second Communist Constitution voted by the Great National Assembly on the 24th of September 1952 was the act intended to confirm the irreversibility of the communist process in Romania; it was also the apogee of the Soviet domination in Romania. The paper presents not only the constitutional reality, but also the main relevant legislation with which the fundamental law of the country created an optimal legislative framework in order to flagrantly violate the citizens' rights and freedoms.

Keywords: constitution, communist dictatorship, modification of the principles of state organization.

Analiza constituției de la 1952, ca de altfel a tuturor constituțiilor comuniste, are la bază caracterizarea făcută de Lenin: „Esența Constituției – spunea acesta – constă în aceea că legile fundamentale ale statului, în general, și dreptul de a alege deputați în instituțiile reprezentative și componența lor, exprimă raportul real de forțe în lupta de clasă”². Concepția marxist-leninistă pune accentul pe lupta de clasă, ceea ce presupune, între altele, înlăturarea adversarilor din viața politică – practic, instituirea unui regim politic totalitar, privilegiile sociale, represiune socială.

Pe scurt, deși regimul simula prin intermediul lor mecanismele democratice, organizațiile de masă nu erau decât doar un instrument de putere la dispoziția dictaturii comuniste.

Teoreticienii dreptului constituțional românesc ai perioadei comuniste apreciază și explică apariția Constituției de la 1952 prin schimbarea raportului luptei de clasă în favoarea clasei muncitoare. Consolidarea regimului și legitimitatea sa impuneau o nouă lege fundamentală și un principiu constituțional clar definit: conducerea statului se legitimează pe popor și se exercită în numele poporului.

Deși cetățenii sunt subiecți distincți de drept constituțional³, rolul statului este preeminent. În cazul Constituției din 1952 nu suntem în prezența unui *stat garant*, ale cărui atribuții sunt recunoscute în doctrina actuală de drept constituțional, ci în prezența unui stat manipulat de un partid unic, în numele și în interesul celui din urmă. Având ca șablon principiile constituționale sovietice, principii pe care legile fundamentale românești le vor aclimatiza juridic, legea fundamentală de la 1952, ca și cea din 1948, nu se întemeia pe principiul separației puterilor în stat, ci pe principiul fuziunii puterilor în stat, ceea ce în fapt și în drept constă în subordonarea, transformată în principiu constituțional, a tuturor puterilor statului față de forța conducătoare în stat a partidului comunist⁴. Statul devenea, la fel ca și în concepția filozofului Thomas Hobbes, o persoană transcendentă distinctă de persoanele care o compun, scopul său fiind acela al apărării fericirii oamenilor⁵.

Apărută ca o necesitate de legitimare a noilor „pre-faceri sociale”, într-un context internațional acut în care

controlul sovietic asupra liderilor politici din țările Europei Centrale și de Răsărit devenea, evident, legea fundamentală a anului 1952 s-a bucurat de o propagandă masivă în rândul oamenilor muncii de la orașe și sate. Astfel, proiectul de constituție trebuia să fie promovat în „scop educativ și maturitate politică” pentru ca masele să-și cunoască drepturile și îndatoririle cetățenești. Atât presa, cât și partidul, au indus ideea că între a susține Constituția atât de democratic dezbătută și a vota Partidul Comunist în alegeri nu este nicio diferență, amândouă constituind o datorie de onoare a fiecărui cetățean.

O poziție preeminentă în arhitectura constituțiilor comuniste a constituit-o structura social-economică, legalizând astfel trecerea de la economia de piață la economia socialistă. Potrivit art.5 al legii fundamentale de la 1952, economia națională cuprindea trei formațiuni social-economice: formațiunea socialistă, mica producție de mărfuri și formațiunea particular-capitalistă, în realitate însă întreaga economie era subordonată statului și implicit partidului, legea fundamentală legitimând astfel procesul de naționalizare și colectivizare aflate în deplină desfășurare. În ceea ce privește procesul de naționalizare, acesta s-a putut realiza într-un timp relativ scurt (1948-1952), colectivizarea însă a fost o campanie politică amplă care a afectat întreaga populație rurală a României, obiectivul declarat al colectivizării era determinat de necesitatea unei reforme agrare (art.1 din Legea nr.187/1945) în scopul modernizării agriculturii românești și introducerii structurilor socialiste la sate. Colectivizarea agriculturii a reprezentat metoda cea mai drastică de a impune noul regim și a divide proprietatea tradițională a satului românesc. Baza legală a colectivizării a constituit-o decretul nr.83/1949 pentru completarea unor dispoziții din Legea nr.187 din 23 martie 1945⁶, ulterior legislația a fost structurată, în așa fel încât să confere producției agricole un sens politic, iar țaranului să-i ia munca. Decretul nr. 306/1949⁷ – privind colectarea cerealelor, în care se reglementa procentual și progresiv cota ce trebuia predată statului, nerespectarea cotei impuse legal devenea infracțiune (art.11) și se pedepsea potrivit Decretului nr.183 din 30 aprilie 1949⁸, privind infracțiunile economice.



În aceste condiții, dreptul de proprietate și dreptul de moștenire erau totuși drepturi recunoscute și garantate prin lege, proprietatea particulară, agonisită prin muncă și economisire se bucura de protecție specială. Democrația burgheză și democrația populară au viziuni antagonice în privința proprietății, remarca în 1986 Constantin Cuciuc în lucrarea *Sistemul democrației socialiste*⁹: democrația burgheză pune accentul pe libertate individuală, statul liberal având în concepția teoreticienilor liberalismului obligația de a nu se amesteca în concurența liberă dintre persoanele private, iar în această concurență victoria era întotdeauna de partea proprietății, a celor care aveau bani, în aceste condiții libertatea nu era garantată de egalitatea indivizilor, ci de proprietate, care este izvorul inegalității. Egalitatea și libertatea social-politică, ca factori determinanți ai democrației, între toți membrii societății, considera C.Cuciuc, putea fi posibilă numai în condițiile revoluționării factorilor de producție și sociale și instituirii proprietății socialiste asupra mijloacelor de producție.

Principiul separației puterilor în stat era desființat, fiind înlocuit cu principiul confuziei puterilor în stat. Aceasta consta în realitate în subordonarea transformată în principiu constituțional a tuturor puterilor statului față de forța conducătoare a Partidului Comunist. Ideologia marxistă a statuat faptul că fără a nega importanța separării puterilor în stat, conținutul puterilor rămâne unic, fiind deținută și exercitată de clasa dominantă, indiferent de mecanismul și formele în care se realizează¹⁰.

Capitolul al III-lea al Constituției era rezervat organului suprem al puterii de stat (art.22) respectiv Marea Adunare Națională (MAN), ale cărei atribuții nu sunt semnificativ modificate față de legea fundamentală din 1948 MAN. În plus față de vechile atribuții statuate în constituția anterioară, noua lege fundamentală conferă dreptul acestei autorități de a stabili planurile de dezvoltare ale economiei naționale, pe baza proiectelor elaborate de Comitetul de Stat al Planificării, precum și dreptul de a modifica împărțirea administrativ-teritorială a României. Deși textul constituțional îi oferea o poziție supraordonată în raport cu celelalte autorități, în realitate însă era un simplu organ de execuție a cărui activitate, era dirijată de PMR. Proiectele de lege inițiate de Partid erau supuse deliberării MAN, legile adoptate se votau în unanimitate, într-o desăvârșită aparență democratică. Procedura adoptării proiectelor de legi de către organul suprem în stat era numai o formalitate, viața politică a statului precum și a tuturor organismelor era coordonată de Partid, ale cărui hotărâri deveneau obligatorii pentru întreaga societate. Pluripartidismul, condiție a democrației, era desființat pentru că reprezenta, în opinia PMR, o manifestare formală a democrației burgheze, iar deficiențele pluripartidismului burghez, considerate numeroase, nu rezonau cu principiile democrației populare. Modul defectuos de organizare al alegerilor, criteriile de propunere a candidaților, costul ridicat al organizării campaniei electorale, a propagandei și popularizării programelor electorale și a candidaților, pe care nu-l pot asigura toate partidele – sunt factori cumulativi ce fac ca în sistemul pluripartidist posibilitățile de a obține victoria în alegeri aparțin doar celor care dețin puterea politică și economică¹¹.

Criteriile de eligibilitate pentru a dobândi calitatea de deputat au fost reglementate distinct atât în dispozițiile art.100 al legii fundamentale, cât și în baza art. 33 din legea electorală, astfel este recunoscut dreptul de a depune candidaturi numai „organizațiilor Partidului Muncitoresc

Român, organizațiilor oamenilor muncii, sindicatelor profesionale cooperativelor, asociațiilor de tineret și altor organizații de masă, precum și asociațiilor culturale”. În aceste condiții, asocierea reprezenta o condiție primordială de eligibilitate. În ceea ce privește propunerile de candidaturi, legiuitorul a fost la fel de restrictiv, acestea putând fi făcute, potrivit art.35 doar de organele centrale și locale ale organizațiilor oamenilor muncii și adunările generale ale tuturor formelor de asociere ale muncitorilor. Ca paradox legislativ și noutate legislativă deopotrivă, legea oferea posibilitatea potrivit art. 44 comisiilor electorale de a face publice candidaturile nu în scopul unei campanii electorale, ci în scopul eliminării celor care nu îndeplineau condițiile legale. Procedura întâmpinării invocată în textul legii avea ca scop indentificarea și epurarea elementelor perturbatoare ale regimului, cu atât mai mult, cu cât se prevedea obligativitatea precizării exprese a organizației care a făcut propunerea de candidatură, precum și apartenența politică a candidatului. Legea în art.45 preciza că oferă posibilitatea și dreptul nestânjenit de popularizare candidaților de a-și face publicitate electorală prin presă, adunări, precum și prin alte mijloace.

Legea electorală aducea ca element de noutate, în privința criteriilor de eligibilitate, vârsta atât în ceea ce privește alegătorii, cât și pe cei aleși, astfel o persoană dobânda drept de vot la 18 ani, în timp ce vârsta pentru a putea dobândi calitatea de deputat era coborâtă de la 25 la 23 de ani, norma de reprezentare fiind de 1 deputat la 40.000 de locuitori. Erau noutăți atât în ceea ce privește organizarea teritorială a votului, cât și în ceea ce privește tipul de scrutin. Dacă în baza legii electorale anterioare tipul de scrutin uzitat era cel al reprezentării proporționale, noua lege stipula un scrutin majoritar, în care fiecare alegător vota o singură persoană în circumscripția din care făcea parte. În acest fel, era asigurat principiul egalității votului și mai mult decât atât scrutinul uninominal favoriza măcar aparent legătura dintre ales și alegător, creând astfel posibilitatea juridică a responsabilității deputaților față de alegători și față de organul care l-a ales și din care făcea parte.

Principiul responsabilității deputaților față de electoratul care l-a ales a fost reglementat în art. 4 din legea fundamentală de la 1948 și preluat în Constituția din 1952 în art. 101 care prevedea posibilitatea revocării deputaților de către majoritatea alegătorilor, modul concret de realizare urmând a fi făcut printr-o lege ulterioară. O astfel de lege care să prevadă procedura revocării a fost adoptată numai în anul 1974, ceea ce a făcut ca practic, revocările care au fost făcute până la adoptarea legii să nu se desfășoare în condiții corespunzătoare, legale¹².

Strategia de consolidare a puterii s-a reflectat și în extinderea categoriei de nedemnități electorale, prevăzute și în dispozițiile legii electorale din 1946. Astfel atât legea din 1952, cât și Decretul nr.391/1953¹³ au reglementat ca făcând parte din categoria nedemnitilor electorali, excepție făcând cei care condamnați la fapte penale și pierderea drepturilor electorale, următoarele categorii aflate în ipostaza de ales sau alegători: foștii moșieri, foștii industriași, foștii bancheri, foștii mari comercianți, elementele capitaliste de la orașe și sate, cei condamnați pentru crimă de război sau pentru crime împotriva păcii sau umanității (art. 10). Exista însă o derogare pentru anumite categorii de cetățeni în cazul în care se găseau în vreuna din dispozițiile art.11: au luptat pe frontul antihitlerist; au sprijinit mișcarea revoluționară și antifascistă; erau părinți, frați



sau surori ai soldaților, sergenților, ofițerilor și generalilor Forțelor Armate ale Republicii Populare Române; preoți și învățători; elevi și studenți aflați în școli, institute, universități; dacă desfășoară o activitate științifică, tehnică și artistică în folosul poporului.

Nedemnitățile electorale au fost abrogate prin Legea nr.7/1956 și Decretul 609/1957 prin care se reglementa faptul că în alegerile din 1957 votul nu mai era limitat, oferind posibilitatea exercitării dreptului la vot tuturor cetățenilor.

Legea electorală adoptată în 1952 avea ca scop crearea unui cadru normativ legal, aparent democratic de legitimare a puterii, în care cetățenii aveau datoria de a accepta hotărârile regimului, rolul acestora fiind pur decorativ. Mai mult decât atât, sistemul electoral comunist reprezentat și o modalitate de a stabili identitatea celor care puteau fi adversari, de exemplu, persoanele care nu se prezentau la vot ori persoanele care, deși nu erau protestatari activi, nu dădeau dovadă de entuziasm în procesul electoral.

Dacă într-un regim votul și participarea sporită a cetățenilor reprezintă o condiție indispensabilă a democrației, sistemul electoral românesc din perioada comunistă a fost folosit în scopul stabilității și intangibilității regimului, deoarece inexistența unei competiții reale între partide și ideologii determina fundamental denaturarea principiului reprezentării la nivel central și local.

Întorcându-ne la organizarea instituțiilor așa cum erau reglementate în dispozițiile actului fundamental de la 1952, respectiv MAN, într-un studiu amănunțit realizat de Nicoleta Ionescu-Gură, asupra acestui organism s-a susținut că activitatea acestuia, în perioada 1948-1952, a constat în adoptarea a 36 de legi – dintre care două fundamentale, un caz inedit în istoria constituțională a României, când același Parlament votează două Constituții – și ratificarea a 428 de decrete emise de Prezidiul MAN.

Controlul asupra acestui organism era evident, nu numai din perspectiva desemnării membrilor ce o compuneau, ci și din perspectiva controlului acestuia de către partid. Putem menționa aici hotărârea din 26 mai 1950 a Secretariatului CC al PMR prin care se aproba ridicarea mandatelor a 32 de deputați „dovediți ca elemente trădătoare ale clasei muncitoare, excluși din partid, imorali, afaceriști”¹⁴. Ingerința factorului politic în activitatea acestei instituții este mai mult decât relevantă.

Instituția Consiliului de Miniștri, ca organ al administrației de stat, și-a menținut prerogativele prevăzute în legea fundamentală anterioară în aceleași coordonate de subordonare partidului, intenția legiuitorului concretizându-se pe problemele de formă, și nu de fond. În perioada supusă analizei, au existat modificări în ceea ce privește înființarea sau desființarea unor ministere, relevant, în acest sens, era numărul mare de ministere, art. 50 nominalizează un număr de 28 de ministere. Tendința de concentrare a puterii era manifestată și în raportul puterii administrative centrale față de comitetele executive ale sfaturilor populare – organe executive și de dispoziție subordonate total puterii¹⁵. Analiza dispozițiilor constituției în ceea ce privește instituția răspunderii ministeriale, evidențiază inexistența unei astfel de reglementări, ceea ce dovedește faptul că ministrii în activitatea lor beneficiau, așa cum subliniază Angela Banciu, în studiul *Istoria vieții constituționale de la 1866-1991*, de o „imunitate” guvernamentală neîntâlnită în nicio constituție.

O analiză a modului de organizare a principalelor organisme ale puterii nu poate exclude organizarea justiției

care, în perioada comunistă, a constituit un element decisiv de încălcare gravă a drepturilor omului. Domnia legii, caracteristică a democrației și statului de drept, a fost înlocuită cu o practică legislativă și juridică represivă, iar independența justiției a fost suprimată de factorul politic omniprezent. Comunizarea justiției a fost un obiectiv deosebit de important realizat succesiv atât prin dispozițiile constituționale, cât și prin acte normative.

Anterior adoptării Constituției o nouă lege privind organizarea justiției era impusă datorită noii structuri administrativ-teritoriale, astfel Legea nr.5 din 19 iunie 1952, republicată reorganiza justiția românească al cărei principal scop era acela de a apăra orânduirea de stat a Republicii Populare Române. O copie a modelului sovietic, instanțele judecătorești erau organizate în: tribunale populare de raion, de oraș și de raion orașenesc, tribunalul Capitalei și tribunalele regionale și Tribunalul Suprem. Erau organizate și instanțe speciale: tribunale militare, tribunale populare feroviare, tribunale populare maritime și fluviale. Dacă în constituțiile din perioada interbelică se reglementa faptul că justiția militară se organiza separat de cea civilă, legea fundamentală de la 1952 a eliminat această dispoziție cu caracter democratic. Prin extinderea jurisdicției militare asupra unor acte comise de civili, dar încadrate ca periculoase pentru ordinea și stabilitatea regimului comunist s-a generat declanșarea unor procese, judecate de multe ori fără publicitate, cu încălcarea gravă a drepturilor procedurale ale inculpaților¹⁶. „Independența judecătorilor și supunerea lor față de lege”, dispoziție stipulată numai declarativ în art.10, era lipsită de substanță în condițiile în care realizarea acestui deziderat în practică era realmente imposibilă, în condițiile în care recrutarea magistraților era făcută pe criterii de numire și apartenență politică, deoarece una dintre caracteristicile legii sub comunism era în mod inerent caracterul contradictoriu. În comunism, legea a fost înțeleasă ca un sistem de norme care favoriza interesele clasei dominante, promulgată și sancționată de către stat aceasta devenea instrument al schimbării sociale, în serviciul partidului și al statului, ce avea ca scop construirea comunismului. Această înțelegere a legii evidențiază două funcții atribuite sistemului juridic de către inginerii sociali comuniști: legea ca represiune și legea ca instrument¹⁷.

Politizarea justiției, precum și rolul acesteia, era relevant în viziunea legiuitorului de la 1952 în art.65: „Tribunalele apără regimul de democrație Populară și cuveririle poporului muncitor, asigură legalitatea populară, proprietatea obștească și drepturile cetățenilor”. Mai mult decât atât, în realizarea scopului educativ al justiției, tribunalele puteau judeca și în afara sediilor lor¹⁸. Constituția păstrează instituția asesoriilor populari, constituită din elemente cinstite, atașate regimului democrat-popular, pregătite din punct de vedere politic, ideologic și profesional, frunțași de producție, activiști de partid, de stat sau al organizațiilor de masă, care absolviseră școli de partid. Într-un studiu asupra acestei instituții la alegerile din septembrie 1958, Mihaela-Cristina Verzea, evidențiază faptul că din 9.655 de asesori populari, 9.617 erau membri de partid, respectiv 99,6%, iar 38 adică 0,4% erau candidați de partid. Cifrele sunt elocvente, rolul partidului era introdus într-o mare măsură în viața justiției românești. O altă noutate a Legii nr.5/1952 o constituia art. 9 care prevedea dreptul instanțelor superioare de a soluționa cauzele aflate pe rolul instanțelor inferioare, pe baza unei încheieri și numai din oficiu¹⁹, în scopul dreptei judecări. În opinia



lui Eleodor Focșăneanu, această modificare reprezenta o încălcare de competență materială a instanței și o anomalie juridică cu un nume luat din științele fizico-chimice – absorbția²⁰.

Un alt element de noutate al legii fundamentale din 1952 era instituția Procuraturii Generale, ale cărei atribuții erau atent reglementate și vizau potrivit art.73 „*supraveghera superioară* atât a autorităților publice la nivel central și local, cât și a cetățenilor”. Organize teritoriale și beneficiind de independență față de organele juridice locale, instituția Procuraturii era reprezentată de Procurorul General numit de MAN care, teoretic, răspundea în fața ei, iar între sesiuni în fața Prezidiului MAN și a Consiliului de Miniștri. În literatura juridică comunistă, se apreciază faptul că rolul acestei instituții era determinat de una din funcțiile importante exclusiv statale, și anume, funcția de *control al legalității* în scopul „apărării orânduirii sociale și de stat a RPR și a apărării drepturilor și intereselor legale ale cetățenilor”. Supravegherea generală este o activitate diferită de aplicarea legilor, ea veghind numai ca organele supravegheate să aplice legile potrivit concepției și intențiilor legiuitorului, ceea ce, totodată, înseamnă și o uniformitate în aplicarea legilor pe tot întinsul țării²¹.

Analiza constituțională a celor trei puteri reglementate formal evidențiază faptul că puterea suverană aparținea partidului, și nu poporului, mecanismele legislative folosite aveau ca scop controlul total al întregii vieți juridice, sociale și economice. Principiul separației puterilor în stat în ideologia comunistă și-a găsit corespondent în contopirea celor trei puteri din stat într-una singură, iar acțiunea de distorsionare a început cu principiile fundamentale de drept, a continuat cu legile²² și a sfârșit cu practicile organelor judiciare. „A face justiție înseamnă a face dreptate. Iar a face dreptate înseamnă, fără îndoială, a proteja drepturi, libertăți și interese legitime”²³. Independența și inamovibilitatea judecătorilor constituie două puternice garanții pentru imparțialitatea actului de justiție și mijlocul cel mai eficient de garantare a protecției persoanei, grav încălcate în comunism.

În ceea ce privește „drepturile și datoriile fundamentale ale cetățenilor”, legea fundamentală de la 1952 le-a reglementat în cap.VII de la art. 77-92, ceea ce dovedește, în bună măsură, importanța instituției în viziunea legiuitorului. Mai mult decât atât, accentul a fost pus asupra datoriilor în detrimentul drepturilor. Deoarece partidul comunist avea propria sa ideologie în ceea ce privește legea fundamentală, după cum aprecia Lenin: „Constituția e fictivă atunci când există discrepanță între lege și realitate, ea nu este fictivă atunci când acestea concordă”²⁴.

Analiza drepturilor omului în Constituția de la 1952 va trebui să pornească nu de la afirmarea lor teoretică pur declarativă, ci de la respectarea acestora atât prin garanții constituționale și legale, cât și prin instituții juridice prin a căror activitate se realizează protecția persoanei. Dacă pornim de la opinia lui Giovanni Sartori, că scopul și finalitatea legilor constituționale, încă de la începutul secolului XIX, a fost acela de a proteja libertatea individuală și de a limita autoritatea guvernământului, legile fundamentale de după 1948 nu pot fi încadrate în aceleași coordonate. Departe de a fi instrumente și mijloace a căror finalitate este ocrotirea libertății și îngrădirea puterii de stat, ele au avut ca misiune originară crearea condițiilor optime de supraviețuire ale unui stat totalitar²⁵.

Constituția prevedea în art.84 că libertatea de conștiință este garantată tuturor cetățenilor. Cultele religioase

sunt libere să se organizeze și pot funcționa liber. Libertatea exercitării cultelor religioase este garantată tuturor cetățenilor, această libertate era însă un drept fictiv din moment ce Decretul nr. 358 din 2 decembrie 1948²⁶ interzisese funcționarea Bisericii Române Unite cu Roma. Nu exista în dispozițiile constituționale o reglementare privind Biserica Ortodoxă, mai mult decât atât, exista precizarea expresă potrivit căreia școala este despărțită de Biserică. Este cunoscut faptul că înlăturarea religiei din conștiința oamenilor și distrugerea lăcașurilor de cult au fost obiective importante ale regimului încă de la instaurarea sa, deoarece constituiau un serios obstacol în calea construirii socialismului și a edificării omului nou. Altfel, religia, căreia Marx îi prezicea declinul și dispariția, s-a dovedit un factor social și politic decisiv²⁷. În realitate, democrația și religia nu sunt incompatibile, din contra. Democrația oferă cel mai bun cadru libertății de conștiință, exercitarea credinței și a pluralismului religios. Din partea sa, religia, datorită angajamentelor sale morale și etice, valorilor pe care le apără, spiritului său critic și expresiei culturale poate fi un partener viabil al societății democratice²⁸.

Statul comunist începe să facă în mod voit confuzia între drepturi și obligații din moment ce anumite drepturi (muncă, învățătură în ciclul primar obligatoriu) sunt mai mult datorii, altele (odihnă, pensie) sunt drepturi de supraviețuire, și nu drepturi de afirmare a personalității cetățeanului, iar unele așa-zise drepturi (drepturile minorităților, egalitatea în fața legii, egalitatea sexelor) erau drepturi colective și reprezentau în realitate o egalitate în lipsa de drepturi. Astfel, referitor la libertățile de afirmare a personalității omului se arată expres că libertatea cuvântului, a presei, a întrunirii și mitingurilor, a cortegiilor și a demonstrațiilor de masă trebuiau exercitate „în conformitate cu interesele celor ce muncesc și în vederea întăririi regimului de democrație populară” (art. 85). La fel, dreptul de asociere, considerat cel mai periculos pentru un regim totalitar, era subordonat înregimentării sub conducerea PMR, din moment ce în jurul partidului ca forță conducătoare „se strâng laolaltă toate organizațiile celor ce muncesc în RPR”²⁹.

În privința egalității și nediscriminării, textul constituțional conține norme de referință potrivit cărora este asigurată deplina egalitate în drepturi a cetățenilor, fără deosebire de naționalitate sau rasă în toate domeniile vieții economice, politice și culturale (art.81 alin.(1)). Din redactarea textului rezultă legătura strânsă care există între egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminare. Textul menționat conține numai două criterii de nediscriminare, respectiv, rasa și naționalitatea. Alte dispoziții privind egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminare le reprezintă egalitățile particulare care sunt o dezvoltare a principiului egalității cuprins în art. 81 alin.(1): egalitatea în drepturi a femeii cu bărbatul la muncă, salariu, odihnă, asigurare socială și învățământ, egalitatea în drepturi a minorităților, egalitatea votului pentru alegerile de deputați pentru MAN și pentru Sfaturile Populare (art.93)³⁰. Analiza efectuată asupra normelor constituționale reflectă însă caracterul contradictoriu în aplicarea acestora, astfel principiul egalității și nediscriminării își găsea contrariul în categoria nedemnităților, a naționalizării etc. Principiul constituțional al neretroactivității legii își găsea corespondent într-o normă juridică din Codul civil din 1958, art.1 care prevedea faptul că legile pot deroga de la principiul neretroactivității, fie în temeiul unor dispoziții exprese, fie



prin caracterul interpretativ, sau prin natura dispozițiilor ce cuprind³¹.

Caracterul represiv al legislației și impactul acestuia asupra destinului individuale și colective, dar și pe fondul intensificării presiunilor economice și financiare au generat în prima parte a anului 1958 mai multe revolte țărănești³² ce vor genera din partea regimului o serie de măsuri punitive, cum ar fi Decretul nr. 89 din 17 februarie 1958, care preciza în art. 1 că pot fi stabilite în locuri de muncă anume destinate persoane care prin faptele sau manifestările lor primejduiesc sau încearcă să primejduiască ordinea în stat, dacă acestea nu constituie infracțiuni. Menționăm că România ratificase Convenția Organizației Internaționale a Muncii nr. 105/1957 privind abolirea muncii forțate, astfel prin Decretul 213 din 18 mai 1957³³ erau ratificate: Convenția nr. 29 din 1930, privind munca forțată sau obligatorie, Convenția nr. 87 din 1948 – privind libertatea sindicală și apărarea dreptului sindical, Convenția nr. 89 – privind munca de noapte a femeilor care lucrează în industrie, Convenția nr. 100 din 1951 – privind egalitatea de remunerare a mâinii de lucru masculină și a mâinii de lucru feminină, pentru o muncă de valoare egală. Constatăm astfel că legislația comunistă a fost contrară tratatelor internaționale în materia drepturilor fundamentale pe care statul român le ratificase.

Încercarea de consolidare și stabilitate a regimului s-a reflectat și în modificările constituționale ulterioare determinate de reorganizările la nivel central și local. Trimiterile exacte și detaliate ale articolelor făceau necesară modificarea constituției ori de câte ori se producea o modificare la nivelul constituirii organelor de conducere locale sau centrale³⁴. În acest sens, au fost adoptate o serie de legi care aveau ca scop modificarea actului constituțional: Legea nr. 3/1953³⁵ prin care s-au modificat art. 43 și 50, Legea nr. 7/1953³⁶ pentru modificarea art. 43 și 50, Legea nr. 3/1954³⁷ pentru modificarea art. 35, Legea nr. 4/1955³⁸ pentru modificarea art. 43 și 50, Legea nr. 5/1956³⁹ pentru modificarea art. 18, 19 alin. (2) și art. 50, Legea nr. 1/1957⁴⁰ pentru modificarea art. 43, 47 lit. f) și 56, precum și pentru abrogarea art. 50, 59 și 62, Legea nr. 1/1958⁴¹ pentru modificarea art. 35, Legea nr. 2/1959⁴² pentru modificarea art. 52 și 58, Legea nr. 2/1960⁴³ pentru modificarea art. 18, 19 și 39, Legea nr. 1/1961⁴⁴ pentru modificarea cap. III, precum și a art. 43, 44 și 75, 11, Legea nr. 2/1964⁴⁵ pentru modificarea art. 25.

În concluzie, putem menționa că Constituția din 1952 a fost expresia unui anumit stadiu în evoluția regimului comunist din România și care, cu toate modificările tehnice suferite în cei treisprezece ani cât a fost în vigoare, și-a păstrat cea mai mare parte a semnificației sale politice, iar cele unsprezece modificări ne-au determinat să considerăm un act fără precedent în istoria constituțională a țării.

Concluzii

Constituția din 1952 a fost expresia unui anumit stadiu în evoluția regimului comunist din România și care, cu toate modificările tehnice suferite în cei treisprezece ani cât a fost în vigoare, și-a păstrat cea mai mare parte a semnificației sale politice, iar cele unsprezece modificări ne-au determinat să o considerăm un act fără precedent în istoria constituțională a țării. Putem aprecia că legea fundamentală, elaborată în 1952 într-un dezacord total față de tradiție și realitate, a reglementat formal drepturile și libertățile fundamentale, în realitate însă era un dezacord total între teorie și practica constituțională. Legislația comunistă a avut ca scop modificarea celor mai importante

principii de organizare statală printr-un sistem de norme ce corespundea numai intereselor clasei dominante.

Recenzent:
Victor POPA,
doctor habilitat, profesor universitar

Note:

¹ Budeancă Cosmin, Olteanu Florentin, *Stat și viață privată în regimurile comuniste*, Institutul de investigare a crimelor comunismului, Polirom, Iași, 2009, p. 19

² Lenin V., *Opere complete*, vol. 17, Editura politică, București, 1963, p. 356.

³ Benditer Ichil, Muraru Ioan, *Drept constituțional*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1982, p. 15.

⁴ Focșăneanu Eleodor, *Istoria Constituțională a României (1859-1991)*, Humanitas, București, 1992, p. 130.

⁵ Popa Nicolae, Dănișor Gheorghe, *Filozofia dreptului – marile curente*, ed. a II-a, București, C.H. Beck, 2007, p. 141.

⁶ *Buletinul Oficial*, nr. 68 bis din 23 martie 1945.

⁷ *Ibidem*, nr. 47 din 21 iulie 1949.

⁸ *Ibidem*, nr. 25 din 30 aprilie 1949.

⁹ Cucuic Constantin, *Sistemul democrației socialiste*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1986, p. 33-40.

¹⁰ *Ibidem*, p. 42.

¹¹ Prisca Nistor, *Drept de stat al Republicii Populare Române*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1963, p. 565.

¹² *Buletinul Oficial*, nr. 35 din 26.09.1953

¹³ Vezea Mihaela Cristina, *Partidul Stat, structuri politice (1948-1965)*, Cetatea de Scaun, Tirgoviște, 2013, p. 223.

¹⁴ Banciu Angela, *Istoria vieții constituționale de la 1866-1991*, București, 1996, p. 218.

¹⁵ *Ibidem*, p. 219-220.

¹⁶ Gergely E., *Dialectica formei și conținutului în activitatea judiciară*, în *Legalitatea populară*, nr. 5, p. 515.

¹⁷ Art. 10, Legea nr. 5/1952.

¹⁸ Decretul nr. 32 din 19 iunie 1952 pentru modificarea Codurilor de Procedură civilă, Procedură penală și Procedură fiscală.

¹⁹ Focșăneanu Eleodor, *Istoria constituțională a României, 1859-2003*, ed. a III-a revizuită, București, 2008, p. 215.

²⁰ Szabo P. Endre, *Unele probleme ale supravegherii legalității*, în *Buletinul Universităților*, Cluj, Seria Științe sociale vol. I, nr. 1-2, p. 104.

²¹ Betea Lavinia, *Mentalități și remanente comuniste*, Nemira, București, 2005, p. 225.

²² Muraru Ioan și Constantinescu Mihai, *Studii constituționale*, vol. I, Actami, 1995, București, p. 184.

²³ Lenin V. I., *Opere complete*, vol. 17, ed. a II-a, Editura Politică, București, 1966, p. 356.

²⁴ Sartori Giovanni, *Constitutionalism: A Preliminary Discussion*, în *The American Political Science Review*, 1962, no. 4.

²⁵ *Buletinul Oficial*, nr. 281 din 2 decembrie 1948

²⁶ Boia Lucian, *Mitologia științifică a comunismului*, Humanitas, București, 2011, p. 57.

²⁷ Recomandarea Adunării Parlamentare a Consiliului Europei, nr. 1396 din 27 ianuarie 1996, art. 5.

²⁸ Institutul Revoluției Române, *Caietele Revoluției*, 2008, nr. 6, p. 7-8, nr. p. 101.

²⁹ Nicolae Pavel, *Egalitatea în drepturi și nediscriminarea*, Editura Universul Juridic, București, 2010, pag. 161

³⁰ Codul civil publicat în *MO al României*, nr. 274 din 1 martie 1956.

³¹ Bodeanu Denisa, *Rezistența anticomunistă în România*, p. 54.

³² *MO al României*, nr. 4 din 18 ianuarie 1958

³³ Sbârnă Gheorghe, Institutul Revoluției Române, *Constituțiile române – studii*, Cetatea de Scaun, București, 2012, p. 88.

³⁴ *Buletinul Oficial*, nr. 4 din 29 ianuarie 1953.

³⁵ *Ibidem*, nr. 6 din 26 ianuarie 1954.

³⁶ *Ibidem*, nr. 19 din 21 aprilie 1954.

³⁷ *Ibidem*, nr. 13 din 12 iunie 1955.

³⁸ *Ibidem*, nr. 11 din 4 aprilie 1956.

³⁹ *Ibidem*, nr. 11 din 28 martie 1957.

⁴⁰ *Ibidem*, nr. 6 din 26 ianuarie 1954.

⁴¹ *Ibidem*, nr. 31 din 31 decembrie 1959.

⁴² publicată în *Buletinul Oficial*, nr. 27 din 27 decembrie 1960.

⁴³ publicată în *Buletinul Oficial*, nr. 9 din 25 martie 1961.

⁴⁴ publicată în *Buletinul Oficial*, nr. 24 din 30 decembrie 1964.



CERERILE ȘI PLÂNGERILE – CA MODALITATE DE REALIZARE A DREPTULUI LA UN PROCES PENAL CONTRADICTORIAL

Lucia RUSU,
doctorand (ICJP al AȘM)

REZUMAT

Din perspectiva analizei sistemice, este examinată esența contradictorialității și sunt depistați factorii care determină conținutul acesteia. La baza soluționării chestiunii cu privire la contradictorialitatea procesului penal, se află adevărul în calitate sa de scop al probatoriului. În doctrina procesului penal, stabilirea adevărului obiectiv este posibilă atât ca rezultat al urmăririi penale, cât și al cercetării judecătorești. Dacă cea dintâi are un caracter secret, apoi cea de a doua ține de respectarea anumitor proceduri contradictoriale. Procedura prejudiciară predetermină materializarea unei așa forme a procesului penal, în cadrul căreia rolul de bază îi revine judecății, deoarece în calitate de garant al activității unui subiect figurează verificarea ulterioară a activității acestuia din partea unui alt subiect special împuternicit, alături de participarea tuturor părților procesului penal. Articolul respectiv este destinat problemelor care apar în procesul realizării drepturilor persoanelor implicate în activitatea procesual-penală care s-au adresat cu cereri și plângeri. În cadrul articolului se face încercarea de a moderniza sistemul de realizare a acestui drept.

Cuvinte-cheie: contradictorialitate, formă istorică de proces penal, judecată contradictorială, justiție penală, adevăr, act de justiție, acțiune procesuală, imparțialitate, audiere, cercetare judecătorească, duel judiciar, principiu, fapt judiciar, circumstanțe ale cauzei penale, depoziții, probatoriu, învinuit, inculpat.

SUMMARY

From the perspective of system analysis the author examines the nature of competitiveness and identifies the factors that determine its content. In the basis of decision of question of criminal procedure competitiveness is the goal of proving the truth. In the domestic criminal procedure it is a material truth that might be possible only when there are two consequences: the preliminary and judicial. If the first is in the form of search, the second - in compliance with the competitive procedures. Investigative pre-trial proceedings lead to such a construction of the court phase in which the leading role belongs to the judge, because as the guarantor of the legitimacy of one "master" of the case stands the subsequent examination of his work by other sovereign entity with the participation of the parties. Given article is devoted the problems arising of the right of persons, involved in criminal proceedings, on petitions and complaints. Attempt to modernize system of realization of the granted right becomes.

Keywords: competitiveness, search, type of criminal procedure, truth, court, contradictory, contradictory court, criminal justice, act of justice, procedural action, impartial, hearing, judicial investigation, judicial duel, principle, judicial fact, circumstances of the criminal case, testimony, evidences, accused, defendant.

Forma procesuală reprezintă o varietate specifică a formei activității juridico-statale, iar valoarea ei constă în faptul că ea pune bazele unei ordini juridice stabile, strict determinate și obligatorii în desfășurarea unui proces penal conform destinației și principiilor acestuia¹. Ea este chemată „de a asigura realizarea a două sarcini, care, deși la prima vedere, ar avea reperi comune, totuși se deosebesc: în primul rând, de a garanta la maximum autenticitatea datelor de fapt obținute și, în al doilea rând, de a îngrași drepturile și libertățile persoanei”². Forma procesual-penală „este un sistem al instituțiilor și regulilor procesuale, al succesiunii fazelor procesului penal, al condițiilor, metodelor și termenelor de realizare a actelor procesuale, legate direct sau indirect de administrarea probelor în procesul penal, precum și a ordinii de fixare a deciziilor în cadrul cauzelor penale.

Forma procesual-penală, fiind o varietate a formei juridice de activitate statală, creează un regim de drept statornic de gestiune a cauzelor penale, ajustat în detalii și bine determinat. Aceasta are două proprietăți: *unitatea și diferențierea*.

Unitatea se manifestă prin stabilirea ordinii unice de desfășurare a procesului penal. Unele cauze penale conțin anumite particularități care sunt manifestări ale diferențierii formei procesual-penale. Unitatea și diferențierea formei procesual-penale reprezintă proprietăți, care, în totalitatea lor, demonstrează flexibilitatea procesului penal. Forma procesuală exclude arbitrariul din procesul penal și stabilește un regim juridic imperativ de desfășurare a acestei activități, fiind considerată garanție împotriva abuzurilor³. Condiționarea, determinarea politică, economică, istorică și culturală a formei procesual-penale reflectă și determină statutul, poziția persoanei în societate, fixând, totodată, și gradul libertății individuale. Forma procesuală *influențează asupra diferitelor sfere ale vieții sociale, în particular, susținând sau modificând ierarhia valorilor cristalizată în societate*⁴; *reprezintă, practic, singurul, unicul mijloc de asigurare măcar a unei egalități formale între stat și individ, persoană*⁵.

Forma procesuală își găsește reflectare în sistemul acțiunilor organelor de drept împuternicite la etapele prejudiciare în activitatea instanței de judecată – pe



durata procesului judiciar, precum și a tuturor persoanelor implicate în procesul penal. Acțiunile sunt imposibile fără a lua anumite hotărâri. Autorul P.A. Lupinskaia subliniază rolul special al hotărârilor în procesul penal, acestea fiind *mijloace juridice de realizare a importanței sociale a acestui domeniu de activitate*⁶. Necesitățile în luarea de hotărâri – ca forță motrice a procesului penal, sunt diferite, după cum sunt variate și interesele subiecților acestuia. La ele se atribuie atât interesul public al organelor ce efectuează urmărirea penală, cât și interesul particular al părții vătămate, bănuțitului, învinutului, inculpatului, condamnatului etc.

Putem delimita două modalități de materializare a dreptului la luarea hotărârilor de către subiectul care nu realizează procesul penal. În primul rând, persoana își poate realiza dreptul nemijlocit, fără a apela la împuternicirile statale ale organului procesual. O atare posibilitate este întâlnită extrem de rar (de exemplu, dreptul bănuțitului, învinutului sau al martorului care beneficiază de imunitate de a nu face declarații) și este oferită în cazurile în care realizarea acestui drept este posibilă nu altfel decât imediat. Respectiv, orice tărgănare în acest sens ar genera anumite consecințe care ar depăși limita raportului juridic procesual-penal. Mai mult decât atât, astfel de hotărâri nu afectează drepturile altor persoane implicate în proces într-o măsură în care aceasta ar face imposibilă ulterioara lor restabilire.

Independența în luarea hotărârilor și realizarea acțiunilor procesuale de către persoanele implicate în activitatea procesual-penală poate genera limitări exagerate, de prisos și obținerea unor rezultate neautentice. Din aceste considerente, procesul penal presupune, adeseori, prezența unei „forțe de control”, în atribuțiile căreia este inclusă posibilitatea săvârșirii (sau a permisiunii de a săvârși) acțiuni de către anumiți subiecți, a căror independență este limitată în acest sens. Această „multitudine de trepte și de subiecți” în procesul luării hotărârilor constituie o garanție suplimentară a corectitudinii lor prin prisma practicii aplicării normelor de drept, fapt care, într-o anumită măsură, „obiectivizează” necesitatea luării hotărârilor, permite de a atașa la „subiectivismul convingerii interne” momentul obiectiv. Cea de-a doua modalitate de realizare a drepturilor examinate constă în faptul că legea de procedură penală a Republicii Moldova conține norme, care, în mod evident, obligă subiecții corespunzători să ofere o asemenea posibilitate subiecților implicați în proces, indiferent de prezența unei solicitări în acest sens (de exemplu, obligativitatea audierii bănuțitului, învinutului, oferirea de informații asupra bănuțitului existent sau asupra învinutului înaintate, asigurarea realizării dreptului la apărare etc.).

Forma procesuală predetermină rolul important al dreptului care aparține persoanelor implicate în proces, însă care nu sunt abilitate cu posibilitatea săvârșirii acțiunilor și luarea hotărârilor, de a se adresa la organul de urmărire penală și instanța de judecată pentru a le

apăra interesele lor. Realizarea acestui drept este posibilă prin intermediul adresării unei cereri sau a unei plângeri de către persoana cointereseată sau apărătorul (reprezentantul) acesteia. Astfel, un spectru extrem de larg al intereselor persoanelor implicate în procesul penal sunt protejate prin intermediul adresării de cereri și plângeri. Anume cererile și plângerile constituie modalitatea universală de protejare a drepturilor persoanelor implicate în activitatea procesual-penală. Dreptul la cerere corespunde cu obligațiunea organului judiciar de a o soluționa și de a săvârși acțiunile corespunzătoare solicitate și este garantat de posibilitatea atacării hotărârii pronunțate în acest sens în structurile corespunzătoare, în special în instanța de judecată. Cererile și plângerile constituie o modalitate de participare activă a persoanei în procesul penal, unul dintre mijloacele cu ajutorul cărora părțile pot pune în mișcare mecanisme specifice unui proces penal contradictorial^{7,8}. La rândul său, modelul contradictorial al procesului penal *joacă rolul unui etalon, al unui criteriu specific justiției echitabile, civilizate și democratice*⁹.

Anume cererile și plângerile – ca elemente ale acestor forme, egalează, într-o anumită măsură, posibilitățile părților din proces, constituie instrumente importante în realizarea sarcinilor procesului penal, se prezintă în calitate de componente importante ale mecanismului realizării celor mai valoroase principii procesual-penale¹⁰. Cererea are o orientare și un caracter de perspectivă, iar plângerea se impune prin caracterul său retrospectiv. Plângerea se înaintează în cazul comiterii unei anumite încălcări vizavi de drepturile și interesele avute. Cererea, la rândul ei, cuprinde cerința de a săvârși anumite acțiuni pozitive și permite a întreprinde anumite măsuri prealabile în vederea protejării persoanei implicate în activitatea procesual-penală. Plângerea reprezintă o modalitate nedorită, însă necesară în apărare și, respectiv, numărul cererilor în activitatea în cauză urmează să fie în creștere în detrimentul plângerilor. Cererea este un act procedural comun, prin care orice persoană interesată se poate adresa organului de urmărire penală, procurorului, judecătorului de instrucție și instanței de judecată pentru îndeplinirea unor acțiuni ori pentru a obține intervenția sa în vederea satisfacerii unor pretenții juridice¹¹, determinate de faptul săvârșirii infracțiunii și desfășurării procesului penal¹². Demersul, în esență, este o formă a cererii înaintată de către o persoană oficială sau din partea unui colectiv¹².

Legea prevede diverse modalități de realizare a dreptului la cerere și plângere în procesul penal. Plângerea constituie un dezacord cu hotărârea luată pe cauză. La rândul său, subiectul care anterior a luat această hotărâre, o consideră ca fiind fundamentată și motivată. Din aceste considerente, în procesul examinării și soluționării plângerilor, urmează a fi luată în calcul poziția ambelor părți cu referire la esența hotărârii anterior pronunțate. Ea este examinată și soluționată de către persoana care nu realizează nemijlocit cercetarea sau examinarea cauzei respective. Această situație ofe-



ră posibilitatea de a vorbi despre un anumit grad de obiectivitate asupra soluției adoptate în legătură cu plângerea.

Cererile, spre deosebire de plângeri, pot fi examinate prin intermediul a două modalități diferite. O parte a unor astfel de adresări sunt satisfăcute, îndeplinite în ordinea *cu de la sine putere (obligatorii)*. În acest caz, subiectul care soluționează cererea examinează numai legalitatea înaintării acesteia, și anume, împuternicirile respective (prezența statutului procesual sau a împuternicirilor în privința depunerii) a celui ce se adresează și prezența condițiilor necesare depunerii cererii (de exemplu, momentul înaintării cererii cu privire la ordinea cercetării judecătorești; prezența în judecată a martorului, a cărui audiere a fost solicitată prin cerere etc.). Adică, înaintarea cererii constituie o condiție formală pentru luarea hotărârii și, în procesul soluționării acesteia, se ia în calcul doar corespunderea formei cererii înaintate prevederilor legii procesual-penale. Rolul acestor cereri constă în prezentarea necondiționată persoanelor implicate în proces a posibilității de a-și realiza interesul lor juridic prin intermediul implicării împuternicirilor persoanelor publice responsabile de desfășurarea procesului penal. Anume cererile respective, în mare măsură, contribuie la dezvoltarea contradictorialității procesului penal, la moment rolul lor fiind în creștere continuă.

Cea de-a doua modalitate constă în examinarea, în esență, a adresărilor orientate spre convingerea persoanelor împuternicite cu soluționarea cererilor de a lua hotărârea în favoarea celui care a intervenit. Aceste cereri sunt examinate atât la capitolul legalității depunerii, cât și în privința obiectului fundamentării solicitării înaintate. Ele oferă subiectului care le soluționează posibilitatea de a-și manifesta poziția cu referire la cauza respectivă. În ipoteza faptului că, de cele mai multe ori, ea nu coincide cu poziția persoanei care a înaintat cererea, cea mai mare parte a unor astfel de adresări, în practică, sunt respinse. Modalitatea în cauză de soluționare a adresărilor reflectă semnul formei acuzatoriale a procesului penal și nu permite a realiza în deplină măsură dreptul persoanelor particulare de a lua parte la procesul penal de rând cu organele judiciare. Pornind de la cele expuse, putem clasifica cererile în baza criteriului consecințelor survenite în următoarele grupe:

1) obligatorii pentru a fi îndeplinite, satisfăcute (*cu de la sine putere*);

2) neobligatorii pentru îndeplinire, satisfacere (*apreciabile*).

Coraportul dintre cererile obligatorii și cele apreciable, împreună cu alte elemente, constituie supremația, dominantă unui sau altui tip al procesului în cadrul formei procesual-penale. Importanța acestei instituții se reflectă clar în situația examinării rolului pe care îl are în cadrul probatoriului.

La etapa prejudicială, posibilitatea participării în cadrul probatoriului a persoanelor implicate în pro-

cesul penal este limitată de către organul de urmărire penală care cercetează cauza respectivă. Instrumentul care permite realizarea dreptului de a participa în cadrul probatoriului este materializat în art.99 alin. (1) C.pr.pen. al RM, conform căruia *în procesul penal, probatoriul constă în invocarea de probe și propunerea de probe, admiterea și administrarea lor în scopul constatării circumstanțelor care au importanță pentru cauză*". Anume în baza acestei norme procesual-penale, organul de urmărire penală stabilește *circumstanțele care au importanță pentru cauză*. Examinând cererile în sensul dat, organul de urmărire penală este absolut liber și nestingherit în aprecierea argumentelor referitoare la importanța *circumstanțelor pentru cercetarea cauzelor penale*.

Pornind de la cele expuse, putem menționa că activitatea probatorie a persoanelor care nu dispun de împuterniciri procesual-penale imperative se limitează doar la anumite tentative de a „distruge” baza probatorie a urmăririi penale, iar forma procesual-penală a activității prejudiciare, în mare parte, se caracterizează ca fiind una acuzatorială. Mai mult decât atât, este evident că tendința acuzatorială a probatoriului, la etapa urmăririi penale, impune persoanele implicate în procesul penal de „a-și ascunde probele”, în vederea ulterioarei folosiri în cadrul etapelor judiciare. Drept rezultat – de față este prezentă eficiența redusă a acestui mecanism și dezamăgirea în privința posibilităților lui în cadrul etapelor prejudiciare.

În situația examinării cauzelor penale în instanța de judecată, acest mecanism acționează cu totul altfel. Art. 315 C.pr.pen. al RM stabilește expres că *procurorul, partea vătămată, partea civilă, apărătorul, inculpatul, partea civilmente responsabilă și reprezentanții lor beneficiază de drepturi egale în fața instanței de judecată în ce privește administrarea probelor, participarea la cercetarea acestora și formularea cererilor și demersurilor*. Conform art. 364 C.pr.pen. al RM, *președintele întrebă fiecare parte din proces dacă are anumite cereri sau demersuri. Cererile sau demersurile înaintate vor fi argumentate, iar dacă se solicită administrarea unor probe noi, se vor indica faptele și circumstanțele ce urmează a fi dovedite, mijloacele prin care vor fi administrate aceste probe, locul unde se află acestea, iar în privința martorilor, experților și specialiștilor se va indica identitatea și adresa lor în cazul în care partea nu poate asigura prezența lor în instanța de judecată. Cererile sau demersurile formulate se soluționează de către instanță după audierea opiniilor celorlalte părți asupra cerințelor înaintate. Părțile pot prezenta și cere administrarea probelor și în cursul cercetării judecătorești*.

Obligativitatea satisfacerii măcar a unei părți dintre cererile și plângerile înaintate apropie examinarea cauzei în judecată de egalitatea părților și de modelul contradictorial al cercetării cauzei, contribuind la eficientizarea acestora. Însă, din păcate, nici etapele judiciare nu permit întotdeauna persoanelor implicate în



activitatea procesual-penală de a-și realiza pe deplin interesele. Astfel, și în ședința de judecată se pot întâlni situații când paritatea se materializează, există doar în privința unor laturi anume ale probatoriului (în privința anumitor mijloace de probă), ceea ce determină, în mod inevitabil, limitarea dreptului la un proces penal contradictorial.

Depășirea unei asemenea situații este dependentă de reformarea instituției cererilor și plângerilor în felul în care ele să se transforme într-un mecanism și mijloc eficient de participare a părților în cadrul probatoriului. Desigur, în procesul penal trebuie să existe acțiuni și hotărâri a căror materializare, adoptare în formă obligatorie (cu de la sine putere) nu este posibilă. Mai întâi de toate, aici sunt atribuite cele care sunt capabile să afecteze drepturile altor persoane (cu excepția solicitatorului). Însă prezența numărului mare de astfel de hotărâri, ceea ce este specific procesului penal la momentul actual, nu contribuie în nici un fel la dezvoltarea contradictorialității procesului penal. Având în vedere „construcția” C.pr.pen. al RM, cererile *obligatorii* (cu de la sine putere) sunt expuse exhaustiv, în timp ce un număr mare de hotărâri de caracter diferit sunt luate, adoptate, în dependență de aprecierea persoanei înputernicite cu realizarea procesului penal.

În viziunea noastră, evitarea acestei situații este posibilă prin două căi: cea mai evidentă ține de lărgirea consecutivă a listei cererilor *obligatorii* (cu de la sine putere); cea de-a doua cale se referă la stabilirea unei liste exhaustive, complete a cererilor *neobligatorii de îndeplinire*, (*apreciabile*) pentru organul de urmărire penală sau instanța de judecată.

Concluzii

- Condiționarea, determinarea politică, economică, istorică și culturală a formei procesual-penale reflectă și determină statutul și poziția persoanei în societate, fixând, totodată, și gradul libertății individuale.

- Forma procesuală își găsește reflectare în sistemul acțiunilor organelor de drept înputernicite la etapele prejudiciare, în activitatea instanței de judecată – pe durata procesului judiciar, precum și a tuturor persoanelor implicate în procesul penal.

- Independența în luarea hotărârilor și realizarea acțiunilor procesuale de către persoanele implicate în activitatea procesual-penală poate genera limitări exagerate și obținerea unor rezultate neautentice.

- Forma procesuală predetermină rolul important al dreptului care aparține persoanelor implicate în proces, însă care nu sunt abilitate cu posibilitatea săvârșirii acțiunilor și luarea hotărârilor, de a se adresa la organul de urmărire penală și instanța de judecată pentru apărarea intereselor sale.

- Anume cererile și plângerile – ca elemente ale acestei forme, egalează, într-o anumită măsură,

posibilitățile părților din proces, constituie instrumente importante în realizarea sarcinilor procesului penal, se prezintă în calitate de componente importante ale mecanismului realizării celor mai valoroase principii procesual-penale.

- Cererile, în baza criteriului consecințelor survenite, se clasifică în următoarele grupe: obligatorii pentru a fi îndeplinite, satisfăcute (cu de la sine putere); neobligatorii pentru îndeplinire, satisfacere (apreciabile).

- Activitatea probatorie a persoanelor care nu dispun de împuterniciri procesual-penale imperative se limitează doar la anumite tentative de a „distruge” baza probatorie a urmăririi penale, iar forma procesual-penală a activității prejudiciare, în mare parte, se caracterizează ca fiind una acuzatorială.

Recenzent:

Vitalie RUSU,

doctor în drept, conferențiar universitar

Note:

¹ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник, отв. ред. П.А. Лупинская, Норма, Москва, 2009, с.59.

² Орлов Ю.К., Основы теории доказательств в уголовном процессе, Проспект, Москва, 2000, с.47.

³ Rusu V., Gavajuc S., Gheorghies A. et. al., Dicționar de drept procesual penal, Pontos, Chișinău, 2012, p.93.

⁴ Михайловская И.Б., Цели, функции и принципы российского уголовного судопроизводства (уголовно-процессуальная форма), ТК ВЕЛБИ; Проспект, Москва, 2003, с.25.

⁵ Михайловская И.Б., Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе, ТК ВЕЛБИ; Проспект, Москва, 2008, с.9.

⁶ Лупинская П.А., Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство и практика, НОРМА; ИНФРА-М, Москва, 2010, с.13.

⁷ Смирнов А.В., Состязательный процесс, Альфа, Москва, Санкт-Петербург, 2001, с.39.

⁸ Шестакова С.Д., Состязательность уголовного процесса, Юридический центр Пресс, Санкт-Петербург, 2001, с.145.

⁹ Смирнов А.В., Модели уголовного процесса, Наука, Санкт-Петербург, 2000, с.18.

¹⁰ Героев А., Заявление ходатайств и принесение жалоб как форма участия адвоката-защитника в уголовно-процессуальном доказывании, в Адвокатские вести, 2004, № 9 (47), с.15.

¹¹ Volonciu N., *Tratat de procedură penală*, vol. I, Paideia, București, 1993, p.456.

¹² Dolea I., Roman D., Sedlețchi Iu. et. al., *Drept procesual penal*, Cartier juridic, Chișinău, 2005, p.470-471.



DREPTURILE ȘI OBLIGAȚIILE STATELOR RIVERANE ÎN ZONA ECONOMICĂ EXCLUSIVĂ

Daniela POPESCU,
doctorand (USM)

Motto: *Iuris est ars et aequi*
(*Dreptul este arta a ceea ce este bun și echitabil*)
– Adagiu din Dreptul Roman

REZUMAT

În prezentul articol, sunt analizate drepturile și obligațiile statului riveran în Zona Economică Exclusivă. Este examinată originea și natura juridică a acestor drepturi și obligații. Ca rezultat al cercetării, se demonstrează că drepturile statului riveran în ZEE au un caracter suveran, jurisdicția fiind funcțională. Drepturile pot/și trebuie să aibă numai un caracter economic și să urmărească scopuri economice. Statul riveran poate în baza unui acord expres acorda anumite drepturi în ZEE unui stat neriveran, stabilind condițiile care trebuie respectate.

Cuvinte-cheie: stat riveran, stat neriveran, drepturi derivate, drepturi secundare, drepturi suverane, jurisdicție funcțională, resurse biologice, resurse minerale, insule artificiale, instalații tehnice, explorare și exploatare, conservarea resurselor, gestionarea resurselor, protecția mediului marin, obligațiile statului riveran, regulamente, sancțiuni.

SUMMARY

In this article are analyzed the rights and obligations of coastal area in the Exclusive Economic Zone. It is analyzed the origin and nature of this legal rights and obligations. As a result of the research it shows that the rights of the coastal State in the EEZ have a sovereign character with a functional jurisdiction.

The rights can and must possess only an economic character and pursue economic purposes. Coastal State may on the basis of an express agreement possess a certain rights in the EEZ of a non-coastal State, setting the conditions that should be complied.

Keywords: coastal state, non-coastal state, derived rights, secondary rights, sovereign rights, functional jurisdiction, biological resources, mineral resources, artificial islands, installations, exploration and exploitation, resource conservation, resource management, protection of the marine environment, the coastal State obligations, regulations, penalties.

Dreptul internațional maritim este o ramură sistematizată și codificată a dreptului internațional public care reglementează regimul juridic al Oceanului Mondial, precum și relațiile și raporturile juridice privind utilizarea diferitelor zone și spații maritime, inclusiv protecția mediului marin.

Prin utilizarea zonelor și spațiilor marine, se subînțelege activitatea statelor, persoanelor fizice și juridice în explorarea și exploatarea tuturor resurselor marine (biologice și naturale) navigația maritimă comercială și militară, navigația maritimă necomercială, realizarea cercetărilor științifice, construirea de diferite obiecte artificiale, inclusiv insule, turismul marin, cercetări arheologice sau oricare altă activitate în spațiile și zonele Oceanului Mondial, inclusiv a fundului și subsolului marin.

În calitate de subiecți ai dreptului internațional maritim public¹, în raporturile juridice maritime, participă statele suverane, organizațiile internaționale interguvernamentale, popoarele care luptă pentru eliberarea națională, formațiunile de tip statal și în anumite rapoarte persoanele juridice și fizice².

Astăzi Dreptul Internațional Maritim, ca ramură de drept internațional public, este una codificată prin Convenția unică a Națiunilor Unite asupra Dreptului Mării, adoptată în Montego Bay (Jamaica) la 10 decembrie 1982 și Acordul referitor la aplicarea părții a XI-a a Convenției ONU asupra Dreptului Mării, încheiată la New York la 28.07.1984. Aceste documente de codificare au fost adoptate ca rezultat al celei de-a III-a Conferințe a ONU asupra Dreptului Mării, lucrările căreia s-au desfășurat în formă de sesiuni plenare pe parcursul a 10 ani de la 1973 până la 10 decembrie 1982. Majoritatea specialiștilor în domeniul dreptului internațional supranumesc Convenția ONU din 1982 ca „Constituția

maritimă”, „Legea fundamentală a mării”, „Legea mării” și cel mai important succes din istoria codificării nu numai a dreptului internațional maritim, dar a dreptului internațional public contemporan în general³. Convenția a intrat în vigoare la 16 noiembrie 1994. Republica Moldova a aderat la Convenție prin Legea nr.395-XVI din 14 decembrie 2006⁴.

Convenția de la Montego Bay, pe lângă faptul că a codificat o serie de instituții de drept internațional maritim cutumiar, a codificat și unele instituții absolut noi ale dreptului marin: zona economică exclusivă, zonă internațională a spațiilor submarine, cercetarea științifică marină, protecția mediului marin, soluționarea diferendelor marine, posibile în raporturile maritime ale statelor.

Una din cele mai noi, dar și unanim recunoscute, instituții de drept maritim, reglementate de Convenția din 1982 și de legislația națională maritimă a statelor riverane este instituția „Zonei Economice Exclusive”.

În preocuparea lor de conservare și ocrotire a resurselor biologice și pentru desfășurarea activităților de pescuit cu luarea în considerare a intereselor proprii, statele riverane au militat în cadrul mai multor dezbateri internaționale – pentru elaborarea unui statut juridic specific asupra spațiilor maritime adiacente mării teritoriale, pe o întindere de până la 200 mile maritime (cca 360 km).

Promovarea unei asemenea zone este una din cele mai complexe probleme ale dreptului mării cu consecințe deosebite pe plan economic și cu implicații însemnate în evoluția raporturilor maritime. În eforturile de abordare a problematicii Zonei Economice Exclusive trebuie de analizat mai multe aspecte, dar, în primul rând, natura drepturilor și obligațiilor, obligațiile și jurisdicția statului riveran precum și drepturile, libertățile și obligațiile celorlalte state⁵.



Instituția ZEE este consacrată și reglementată în partea a V-a a Convenției „Zona Economică Exclusivă”, care conține 21 de articole.

Art. 55 din Convenție „Regimul juridic special al Zonei Economice Exclusive” definește ZEE: „Zona economică exclusivă este o zonă situată dincolo de marea teritorială și adiacentă acesteia, supusă regimului juridic special stabilit prin prezenta parte, în virtutea căruia drepturile și jurisdicția statului riveran și drepturile și libertățile celorlalte state sunt guvernate de dispozițiile pertinente ale prezentei convenții”.

Așadar, conform art.55 în ZEE, de anumite drepturi se bucură, în primul rând, statul riveran care își exercită jurisdicția în această zonă. Totodată, și statele neriverane pot să posedă anumite drepturi și obligații, și să se bucure în ZEE de anumite libertăți în condiții prevăzute de convenție.

În conformitate cu art.57 din Convenție: „Zona economică exclusivă nu se întinde dincolo de 200 mile marine de la liniile de bază de la care se măsoară lățimea mării teritoriale”. În această zonă, se includ fizic apele maritime, solul și subsolul.

În ZEE statul riveran, conform art. 56 din Convenție „drepturile, jurisdicția și obligațiile statului riveran în zona economică exclusivă”, are: (I) a) drepturi suverane în scopul explorării și exploatării, conservării și gestiunii resurselor naturale, biologice sau nebiologice, ale fundului mării, ale subsolului acestuia și are apelor de deasupra ca și cu privire la alte activități de explorare și exploatarea a zonei în scopuri economice cum ar fi producerea de energie cu ajutorul apei, al curenților și al vântului.

Așadar, în urma analizei pct.1 lit. a) din Convenție, putem trage o primă concluzie importantă: statul nu-și extinde asupra ZEE suveranitatea sa exclusivă, ci are anumite drepturi suverane exclusive în scopuri strict determinate explorarea, exploatarea, conservarea, gestionarea resurselor naturale, dar și în spații marine concrete, fundul mării și subsolul acestuia, apele de deasupra.

Totodată, la lit. a) pct.1) din art.56 este prevăzut că statul riveran are și alte drepturi suverane cu privire la celelalte activități de explorare și exploatarea a zonei în scopuri economice, cum ar fi producerea de energie cu ajutorul apei, al curenților și al vântului.

Este foarte important să răspundem la o întrebare firească – poate oare statul riveran să realizeze și alte activități decât cele menționate *supra*, sau activitățile stipulate sunt exhaustive? Noi considerăm că statul va avea dreptul suveran și asupra altor activități care pot apărea în procesul dezvoltării științifico-tehnice. Important este că activitățile să aibă caracter „economic” și să urmărească scopuri „economice” și nu cu caracter sau scopuri neeconomice, militare de exemplu.

În fond, această problemă este insuficient studiată în doctrina dreptului internațional maritim. În doctrina rusă a dreptului internațional maritim, predomină teza conform căreia se afirmă că dacă în viitor, ca rezultat al progresului tehnico-științific vor fi utilizate noi forme și metode de activități economice în spațiile maritime ale zonei economice, asupra acestor nu se vor extinde automat drepturile suverane și jurisdicția națională a statului riveran⁶.

Astfel, drepturile suverane ale statului riveran au un caracter funcțional, economic. Aceste drepturi nu pot fi nicidecum interpretate ca extinderea suveranității exclusive și a supremației puterii de stat asupra ZEE, în care ca parte componentă a Oceanului Mondial statele își păs-

trează drepturile și libertățile mării deschise stipulate în art. 58 și 87 cu rezervele respective. Altfel spus, drepturile suverane ale statului riveran în ZEE au un caracter limitat și funcțional.

Caracterul suveran al drepturilor în zona economică exclusivă, cât și jurisdicția aplicabilă în această zonă nu conferă statului riveran dreptul de a impune legislația sa, de exemplu vamală în acest spațiu maritim. Sugestivă în acest înțeles este Decizia Tribunalului Internațional pentru Dreptul Mării din 1 iulie 1999, pronunțată în cazul *St.Vincent and The Grenadines v.Guinea (Saiga No. 2 Case)*⁷. Petrolierul Saiga no. 2 Case înregistrat sub pavilionul statului St.Vincent and The Grenadines alimenta navele de pescuit aflate în zona economică exclusivă a Republicii Guineea. La 28 octombrie 1997, petrolierul a fost atacat, urmărit de către o patrulă din Guineea, oprit, arestat în zona economică exclusivă a statului vecin Sierra Leone. Nava Saiga no. 2 Case a fost condusă în portul Conkary din Guineea, echipajul a fost arestat, iar încărcătura confiscată. La 13 noiembrie 1997, statul St.Vincent and The Grenadines a înaintat o acțiune la Tribunalul Internațional pentru Dreptul Mării, în temeiul art.292 din Convenție și a solicitat eliberarea imediată a echipajului, a navei și restituirea încărcăturii confiscate. În susținerea acțiunii, St.Vincent and The Grenadines a invocat următoarele fapte comise de către Guineea, cu încălcarea prevederilor Convenției din 1982: a) nerespectarea drepturilor unei nave ce naviga în zona economică exclusivă a Guineei; b) încălcarea dispozițiilor Convenției privind dreptul de urmărire și c) folosirea excesivă a forței în procedura de urmărire, oprire și arestare a navei.

Tribunalul a hotărât eliberarea imediată a echipajului și a navei, eveniment care s-a produs la 28 februarie 1998, iar prin soluția finală pronunțată instanța a considerat că arestarea și reținerea navei, acuzarea și condamnarea comandantului acesteia și confiscarea încărcăturii și sechestrarea navei au fost contrare dispozițiilor Convenției și a admis majoritatea capetelor de cerere formulate de către statul St.Vincent and The Grenadines. Republica Guineea a fost obligată la plata unei compensații în sumă de 2.153.357 USD.

Prin decizia pronunțată în această speță, s-a reiterat statelor părți la Convenție că nu orice operațiune cu caracter economic, desfășurată de către un stat în ZEE a altui stat constituie subiect al reglementărilor naționale ale acestuia din urmă, drepturile suverane și jurisdicția statului riveran asupra activităților din ZEE fiind indicate în conținutul Convenției.

Statul riveran are în zona economică exclusivă și alte drepturi suverane exclusive în ceea ce privește: pct.1) lit.b) art.56 (I) amplasarea și folosirea de insule artificiale, instalații și lucrări; (II) cercetarea științifică marină; (III) protecția și conservarea mediului marin;

Obiectele industrial-economice indicate în pct.1) lit. b) (II) nu au un statut juridic de „insulă” în sensul de insulă parte componentă a teritoriului de stat. Ele nu dispun de ape teritoriale și nu pot influența asupra procesului de delimitare a apelor teritoriale, zonei economice exclusive sau platou continental.

În afară de drepturile menționate *supra*, statul riveran se mai bucură de alte drepturi prevăzute de Convenție, precum și are un șir de obligații care reies din drepturile prevăzute de convenție.

Aceste drepturi, precum și obligațiile prevăzute în



Convenție pentru statul riveran au un caracter derivat și secundar, în raport cu drepturile suverane ale statului în ZEE.

Statul riveran nu întotdeauna are posibilități reale să-și exercite drepturile sale suverane în ZEE. Atunci, statul riveran poate acorda anumite drepturi și libertăți altor state, însă numai în baza unui acord sau permis ale organelor competente ale statului riveran. De exemplu, statul riveran poate permite cercetări științifice în ZEE, poate participa în ele ca partener și desigur poate avea toate informațiile privind rezultatele cercetărilor și investigațiilor științifice.

Convenția obligă prin pct.2) art.56 statul riveran, ca el în exercitarea drepturilor și îndeplinirea obligațiilor pe care le are, conform convenției, în ZEE, să țină seama în mod corespunzător de drepturile și obligațiile celorlalte state și să acționeze într-un mod compatibil cu convenția. Aceasta stipulează încă o dată, accentuează, că statul își exercită în ZEE nu suveranitatea exclusivă, ci numai unele drepturi suverane și jurisdicția funcțională cu caracter economic și în scopuri economice.

Inzestrarea statului riveran cu drepturile suverane exclusive în privința resurselor naturale în ZEE, a amplasării și folosirii de insule artificiale, instalații și lucrări, precum și drepturile de protecție și conservarea mediului marin lit. b) (III), pct.1) art.56 din Convenție au cel puțin trei efecte juridice. *Primul* – nici un stat nu poate să se ocupe în ZEE de activități cu caracter economic, sau activități indicate în pct.1) lit b) (I) sau cercetări științifice fără acordul expres al statului riveran, chiar și în condițiile în care statul riveran nu-și realizează aceste drepturi. *Al doilea* efect constă în dreptul statului riveran de a adopta legi, alte acte normative, regulamente cu privire la explorarea, exploatarea resurselor naturale ale zonei economice exclusive, conservarea și gestionarea resurselor biologice. În sfârșit, *al treilea* efect constă în dreptul statului riveran de a lua măsuri de asigurare și respectare a legilor și a regulamentelor statului riveran (art.73).

Aceste drepturi sau efecte juridice posibile în situații concrete, au un caracter derivat și secundar, și în raport cu drepturile suverane și jurisdicția funcțională prevăzute în art.56 din Convenție și le vom analiza *infra*.

Cum am menționat mai sus, conform art.60 din Convenție în ZEE, statul riveran are dreptul exclusiv și nu suveran de a proceda la construirea, și de a autoriza și reglementa construirea, exploatarea și utilizarea de insule artificiale (a); instalații și dispozitii utilizate în scopurile prevăzute de convenție și analizate *supra* sau în oricare alte scopuri economice, precum și asupra instalațiilor și lucrărilor care pot împiedica exercitarea drepturilor statului în zonă.

Asupra tuturor obiectelor menționate mai sus statul riveran își exercită jurisdicția națională exclusivă, inclusiv în materia de legi și reglementări vamale, fiscale, sanitare, de securitate și de migrare (pct.2) art.60).

Construirea acestor obiecte industrial-tehnice cu caracter și scopuri economice trebuie să fie notificată în mod corespunzător, iar mijloacele permanente care le semnalizează prezența trebuie să fie menținute în bună stare de funcționare. Toate instalațiile și toate lucrările abandonate sau dezafectate trebuie să fie ridicate, în scopul de a se asigura securitatea navigației, ținând seama de normele internaționale general acceptate, stabilite în această materie de către organizația internațională competentă. Toate obiectele sus-menționate vor fi îndepărtate de statul riveran, ținându-se seama, în mod convenit, și de pescuit, de

protecția mediului marin, dar și de drepturile și obligațiile celorlalte state. Totodată, statul riveran va face o publicitate adecvată în ceea ce privește poziția, dimensiunile și adâncimea (coordonatele tehnico-geografice) elementelor care vor rămâne dintr-o instalație sau lucrare ce nu a fost complet ridicată (pct.3) art.60).

Statul riveran poate, în caz de necesitate, să stabilească în jurul acestor obiecte zone de securitate de dimensiuni rezonabile, în care el va putea lua măsurile corespunzătoare pentru a asigura securitatea atât a navigației, cât și a insulelor artificiale, instalațiilor și lucrărilor (pct.4) art.60).

Lățimea zonelor de securitate este la discreția statului riveran, ținând seama de normele internaționale aplicabile. Zonele de securitate sunt concepute astfel încât să răspundă în mod convenabil naturii și funcțiilor insulelor artificiale, instalațiilor și lucrărilor, și ele nu pot depăși o distanță de 500 m în jurul acestora. Măsurarea se face de la punctele marginii exterioare ale acestor insule artificiale, instalații și lucrări. Se permit anumite derogări, dar numai ca excepție și în baza normelor internaționale general acceptate sau recomandate de către o organizație internațională competentă. Zonele de securitate cu întinderea lor în spațiu trebuie notificate în modul corespunzător (pct.5) art.60).

Toate navele trebuie să respecte aceste zone de securitate și să se conformeze normelor internaționale general acceptate privind navigația în vecinătatea acestor obiecte și a zonelor de securitate (pct.6) art. 60).

Totodată statul riveran nu poate amplasa insule artificiale, instalații și alte lucrări și nu poate stabili zone de securitate în jurul lor, atunci când ar putea rezulta din aceasta o piedică în folosirea căilor de navigație recunoscute ca esențiale și importante pentru navigația internațională (pct.7) art. 60).

După cum am mai menționat, în art.60 este expres stipulat că toate insulele artificiale, instalațiile și lucrările nu au statut de insule. Ele nu au mare teritorială care să le fie proprie, iar prezența lor nu are incidență asupra delimitării mării teritoriale a zonei economice exclusive sau a platoului continental (pct.8) art. 60).

Statul se bucură de un set de drepturi derivate de la dreptul suveran privind protecția și conservarea mediului mării analizat *supra* (art. 61).

Așa, statul riveran stabilește volumul autorizat al capturilor în ce privește resursele biologice în zona sa exclusivă, adoptă măsuri adecvate de conservare și gestiune, astfel încât menținerea resurselor biologice ale ZEE să nu fie periclitată de supraexploatare. Statul riveran urmează să coopereze în această materie cu organizațiile internaționale competente. Aceste măsuri vor urmări să asigure menținerea unei ecologii și economii pertinente, inclusiv nevoile economice ale colectivităților riverane care trăiesc din pescuit, nevoile speciale ale țărilor în curs de dezvoltare și de orice norme minime internaționale general recomandate pe plan subregional, regional sau mondial (pct.3) art.61).

Adoptând măsurile menționate, statul riveran trebuie să țină cont de toate aspectele privind conservarea resurselor biologice totodată făcând disponibile toate informațiile științifice și statisticile, referitoare la tot ce ține de conservarea resurselor biologice. Informațiile și statisticile în materia resurselor biologice vor fi difuzate și schimbate la intervale regulate, prin intermediul organizațiilor internaționale competente, subregionale, regionale sau mondiale, după caz, cu participarea tuturor statelor intere-



sate, în special al celor ai căror cetățeni sunt autorizați sa pescuiască în ZEE (pct. 4), 5) art. 61).

În conformitate cu art. 62 „Exploatarea resurselor biologice” statul riveran este înzestrat cu atribuții și competențe largi în ceea ce privește exploatarea optimă a resurselor biologice în ZEE, dreptul de a stabili volumul total autorizat al capturilor, dreptul de a permite altor state prin acorduri sau alte aranjamente și potrivit modalităților, condițiilor, legilor și reglementărilor stabilite, să exploreze excedentul volumului autorizat, ținând cont și dreptul statelor fără litoral (art.69) și a celor dezavantajate din punct de vedere geografic (art.70) mai ales în ceea ce privește statele în curs de dezvoltare și/sau slab dezvoltate.

Statul riveran, în exercitarea drepturilor privind exploatarea resurselor biologice, are dreptul de a stabili prin lege și reglementări speciale măsurile de conservare, modalitățile de conservare și condițiile de conservare cu care trebuie să se conformeze toți cetățenii altor state, care pescuiesc în ZEE (alin. 4) art. 62).

Ele se referă la: a) eliberarea de permise pescarilor sau pentru vasele și uneltele de pescuit, inclusiv plata de taxe și orice alte compensări care, în cazul statelor riverane, în curs de dezvoltare, pot consta într-o contribuție adecvată de finanțarea, echiparea și dezvoltarea tehnică a industriei pescuitului; b) determinarea speciilor al căror pescuit este autorizat și stabilirea cotelor, fie pentru stocurile sau grupurile de stocuri deosebite, sau pentru capturile pentru fiecare navă, pentru o anumită perioadă de timp, fie pentru capturile cetățenilor unui stat în timpul unei perioade date; c) reglementarea companiilor și zonelor de pescuit, a tipului, mărimii și numărului instrumentelor, ca și a tipului, mărimii și numărului navelor de pescuit care pot fi utilizate; d) stabilirea vârstei și mărimii peștilor și a altor specii care pot fi pescuite; e) informațiile cerute de la navele de pescuit, îndeosebi statisticile privitoare la capturi, la efortul de pescuit și comunicarea poziției navelor; f) alte atribuții privind autorizarea și sub controlul statului riveran, programe de cercetare determinate în domeniul pescuitului, plasarea de observatori sau stagiați la bordul vaselor respective, descărcarea tuturor capturilor sau a unei părți din capturile acestor nave în porturile statului riveran, modalități și condiții aplicabile întreprinderilor mixte sau alte aranjamente de cooperare; condiții cerute în materia de formare a personalului și transferul de tehnici în domeniul pescuitului, măsuri de executare.

Statele riverane sunt obligate să notifice în mod corespunzător legile și regulamentele pe care le adoptă în materie de conservare și de gestiune.

Art.73 „Asigurarea respectării legilor și reglementărilor statului riveran” prevede la acesta în exercitarea drepturilor sale suverane de explorare, exploatare, conservare și gestionare a resurselor biologice din ZEE, că statul riveran poate lua orice măsuri, inclusiv abordarea, inspectarea, sechestrarea și urmărirea judiciară, după cum va fi necesar pentru asigurarea respectării legilor și a regulamentelor pe care le-a adoptat potrivit Convenției. În caz de reținere sau de imobilizare a unui nave străine, statul riveran va notifica fără întârziere statului pavilionului, pe căi adecvate, măsurile luate, precum și sancțiunile pronunțate în consecință (alin.(4)). Nava reținută și echipajul vor fi eliberate imediat după depunerea unei cautiuni sau a unei garanții corespunzătoare. Sancțiunile nu pot cuprinde pedepse cu închisoarea, în afară doar de cazul când înseși statele interesate convin altfel. Sunt interzise pedepsele corporale.

Mai sus au fost analizate principalele drepturi suverane ale statului riveran în Zona sa Economica Exclusivă, precum și unele drepturi derivate și secundare, dar și unele limite în exercitarea de către statul riveran a drepturilor sale, în special cele stipulate în pct.2) art. 61, art. 62, art.73 din Convenție.

Prin aceste limite este accentuat faptul că drepturile statului riveran în ZEE au fundamentul și justificarea lor în dreptul internațional public, în general, și în cel maritim internațional public, în special. Prin aceasta este subliniat caracterul funcțional economic al ZEE ca o zonă maritimă asupra căreia nu se extinde suveranitatea exclusivă și jurisdicția națională nici a unui stat.

În final, menționăm că conform art.75 din Convenție „hărți maritime și liste de coordonate geografice” atât statele riverane, cât și organizații internaționale sunt obligate să indice pe hărțile maritime la o scară corespunzătoare limitele exterioare ale ZEE (pct.1)), iar statul riveran va asigura publicitatea adecvată hărților sau listelor de coordonate geografice și va depune un exemplar al acestora la Secretarul General al ONU (pct.2) art.75).

Concluzând asupra celor prezentate cu privire la Zona Economica Exclusivă, constatăm și afirmăm ca instituirea ZEE prin Convenția din 1982 s-a dovedit a fi importantă și utilă pentru dezvoltarea economiei statelor riverane și a întregii economii mondiale, devenind și una din principalele instituții ale Dreptului Maritim Internațional Public. Pentru România, problema delimitării ZEE în Marea Neagră, drepturile și obligațiile statului român în această zonă au fost o perioadă îndelungată o problemă de diferend între România și URSS, iar după destrămarea URSS – cu Republica Ucraina. După mai multe negocieri sterile, diferendul a fost transmis spre judecată Curții Internaționale de Justiție a ONU. Curtea s-a pronunțat prin Hotărârea nr.132 „Privind cauza delimitării maritime în Marea Neagră între România și Ucraina” din 3 februarie 2009, hotărârea fiind foarte avantajoasă pentru statul român⁸. Romania a câștigat în Procesul cu Ucraina 79,34% din zona disputată în Marea Neagră (9.700 km² din 12.200).

Recenzent:

Nicolae OSMOCHESCU,

doctor în drept, profesor universitar (USM)

Note:

¹ Referitor la denumire „Dreptul internațional maritim public”, vezi: Manea Constantin, Manea Elena, *Drept maritim și fluvial internațional și intern*, vol. 1: *Dreptul mării*, Editura Centrului Tehnic Editorial al Armatei; 2012, p.29-31.

² Cristina Martiniuc-Dediu, Nicolae Osmochescu, *Subiecții de Drept Internațional Public contemporan*, CER USM, Chișinău, 2008, p. 21-29.

³ Скаридов С.К., *Морское право: Учебник для магистров*, 2-е изд. переработанное и дополненное, ЮРАЙТ, Москва, 2012, с.54.

⁴ Publicată în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.203/977 din 31 decembrie 2006.

⁵ Detalii privind formarea acestei instituții de DIM în timpul lucrărilor (UNCLOS-III) vezi: Kwiatkoska Barbara, *The 200 mile exclusive economic zone in The new Law of The sea*, Martinus Nijhoff Publishers, 1989; Ilie Marian, *Dreptul mării. Delimitarea spațiilor maritime*, Universul juridic, București, 2011, p.99-107.

⁶ Молодцов С.В., *Международное морское право*, Международные отношения, Москва, 1987, с.150-151.

⁷ St. Vincent and The Grenadines v. Guinea (Saiga No.2 Case), International Tribunal for The Law of The Sea, Hamburg, Germany, 3, Rep.10, 120 I.L.R. 143, 1999. http://itlos.org/start2_en.html.

⁸ Vezi: Manea Constantin, Manea Elena, *op.cit.*, 2012, p.258, 311. Istoricul acestui diferend și acțiunile juridico-politice ale României a se vedea: Aurescu Bogdan, *Avanscena și culisele procesului de la Haga. Memoriile unui tanar diplomat*. Editura Monitorul Oficial, 2009.



LOCUL RĂSPUNDERII FINANCIARE (CA FORMĂ DISTINCTĂ) ÎN SISTEMUL RĂSPUNDERII JURIDICE

Augustin PROCOPOVICI,
doctorand (ULIM)

REZUMAT

În literatura de specialitate, nu există o unanimitate de opinii referitoare la locul răspunderii financiare în sistemul răspunderii juridice. Răspunderea financiară este analizată drept varietate a răspunderii administrative, drept formă distinctă a răspunderii juridice. Or drept forme distincte ale răspunderii juridice sunt analizate răspunderea fiscală, bugetară, valutară și bancar-publică. Noi considerăm că răspunderea financiară este o formă distinctă a răspunderii juridice, dispunând de următoarele modalități: fiscală, bugetară, valutară și bancar-publică.

Cuvinte-cheie: răspundere financiară, răspundere administrativă, răspundere juridică, formă a răspunderii juridice.

SUMMARY

There is no unanimity of opinions regarding the place of financial responsibility in the legal responsibility system. The financial responsibility is regarded as a type of the administrative responsibility, as a distinct form of legal responsibility, as a form of legal responsibility in development, either as distinct forms of legal responsibility are considered the fiscal, budgetary, currency and the responsibility concerning the relations between the National Bank and financial institutions. We consider the financial responsibility as a distinct form of legal responsibility, which contains the following under forms: fiscal, budgetary, currency and the responsibility concerning the relations between the National Bank and financial institutions.

Keywords: financial responsibility, administrative responsibility, legal responsibility, forms of legal responsibility.

Întotdeauna contribuabilul a căutat modalități de a-și micșora povara fiscală, modalități care deseori s-au dovedit a fi ilegale. Cel care obține bani publici este tentat să-i folosească contrar destinației vizate. Pentru a obține beneficii financiare, este încălcată legislația valutară și cea bancar-publică. Această dorință a beneficiilor financiare necuvenite în urma procesului de formare, repartizare și utilizare a fondurilor bănești publice, dar și nivelul scăzut al culturii juridice, sunt factorii care determină săvârșirea de încălcări financiare. Dacă încălcarea financiară este comisă, survine răspunderea financiară.

În prezent, în literatura de specialitate, există mai multe puncte de vedere referitoare la locul răspunderii financiare în sistemul răspunderii juridice: răspunderea financiară este o modalitate a răspunderii administrative¹; răspunderea financiară se află la etapa formării²; răspunderea financiară este o formă distinctă a răspunderii juridice³; drept forme distincte ale răspunderii juridice sunt analizate răspunderea fiscală⁴, bugetară⁵, și valutară⁶; răspunderea fiscală, bugetară, valutară și bancar-publică sunt modalități ale răspunderii administrative⁷; răspunderea fiscală este o categorie științifică, formă a răspunderii juridice – categorie științifică⁸.

În opinia noastră, „răspunderea financiară” este o formă distinctă a răspunderii juridice care include modalități, precum cea fiscală, bugetară, valutară și bancar-publică.

Inițial, răspunderea financiară s-a născut în cadrul răspunderii administrative, conturarea și separarea sa fiind rezultatul logic al dezvoltării relațiilor sociale și a legislației⁹.

Procesul de formare al sistemului răspunderii juridice nu s-a finalizat. Până nu demult, răspunderea juridică era delimitată în penală, civilă, administrativă, disciplinară și materială. Dar acest fapt nu putea rămâne intact. El a fost cuprins în valul evoluției relațiilor sociale. Rolul răspunderii juridice în funcționarea societății și a statului este într-o continuă creștere, sunt adoptate continuu un șir de acte normative. Știința nu putea sta pe loc și astfel ca

rezultat al cercetărilor științifice, au fost scoase la iveală răspunderea constituțională, procesual-penală, procesual-civilă, execuțional-penală și financiară.

Unii autori analizează răspunderea financiară drept o instituție complexă interramurală. I. Krohina, referindu-se la răspunderea fiscală, afirmă că în cadrul instituției răspunderii fiscale, fiecare subinstituție reglementează un gen concret de încălcări – financiare (fiscale), administrative, vamale, sau penale (...) din componența sa făcând parte instituții egale, de sine stătătoare, din alte ramuri ale dreptului ce reglementează relații sociale, legăturile verticale și funcționale ale cărora sunt de câteva ori mai puternice decât legăturile lor între ele¹⁰.

În acest context, reiterăm că în teoria generală a dreptului divizarea răspunderii în funcție de apartenența ramurală este o problemă controversată. D. Baltag menționează că este evident că o atare divizare nu coincide cu divizarea strict pe ramură, întrucât forme de răspundere avem mai puține decât ramuri de drept. În plus, pentru încălcări de norme juridice, aparținând diferitelor ramuri de drept, se pot aplica forme ale răspunderii identice, spre exemplu cea contravențională. Clasificarea ramurală la fel nu explică cum se poate ca în cadrul uneia și aceleiași ramuri să se aplice mai multe forme ale răspunderii (disciplinară și patrimonială în dreptul muncii, contravențională și financiară în dreptul financiar etc.) și, dimpotrivă, normele mai multor ramuri de drept reglementează una și aceeași formă a răspunderii juridice (răspunderea penală: dreptul penal, procesual-penal, de executare penal; răspunderea civilă: dreptul civil, procesual-civil, normele cu privire la executarea hotărârilor judecătorești etc.)¹¹.

În afară de criteriul ramural de clasificare, în teoria dreptului sunt delimitate și alte criterii: funcțional, teleologic, subiectiv, după subiect, în dependență de subiectul ce o aplică, în dependență de caracterul constrângerii și forma măsurilor aplicate, în dependență de tipul raporturilor juridice. Totuși, considerăm că principalul criteriu de



clasificare a răspunderii juridice în forme este apartenența ramurală a normelor.

Este necesar a acorda o atenție deosebită delimitării răspunderii financiare de răspunderea administrativă, întrucât mulți autori afirmă că aceasta ar fi doar o modalitate a celei din urmă.

În baza delimitării dreptului în public și privat, a fost divizată răspunderea juridică în *publică* și *privată*. La răspunderea juridică publică, este atribuită atât răspunderea administrativă, cât și cea financiară. Între formele răspunderii juridice publice și cele ale răspunderii private există asemănări, la fel cum există și deosebiri între formele atribuite la aceeași categorie (publică sau privată). În baza acestor deosebiri, este posibilă clasificarea în forme.

Asemănarea dintre răspunderea administrativă și cea financiară rezidă în faptul că ambele aparțin răspunderii juridice publice și, respectiv, ambelor le sunt caracteristice semnele acesteia. În continuare, vom analiza și deosebirile, astfel încât să demonstrăm independența răspunderii financiare.

După cum am menționat, suntem adepții clasificării răspunderii juridice după criteriul apartenenței ramurale, astfel încât în cadrul unei ramuri de drept distincte, trebuie să existe o formă corespunzătoare a răspunderii juridice. Dreptul financiar este o ramură distinctă a dreptului. Acesta dispune de toate semnele în atare sens și nu poate fi analizat ca o subramură a dreptului administrativ. În cadrul dreptului financiar, ramură distinctă a dreptului, trebuie să existe o instituție proprie care să asigure respectarea normelor juridice.

În doctrină se vorbește despre specializarea dreptului. Specializarea și unificarea pătrunde în toate domeniile: economie și politică, administrare și legislație, în mod diferit acționând asupra conținutului lor, structurii și perspectivei de evoluție¹².

Procesul specializării este caracteristic și dreptului financiar al Republicii Moldova. Se asigură astfel o calitate mai bună a reglementării relațiilor sociale, or dreptul financiar acordă o importanță mai mare specificului relațiilor financiare.

Dreptul financiar este o ramură distinctă de drept, care s-a delimitat, în măsura specializării legislației, din dreptul administrativ. Delimitarea nu putea avea loc parțial, lăsând instituția răspunderii juridice în dreptul administrativ, or existența răspunderii este un semn obligatoriu al metodei reglementării juridice a relațiilor sociale și un argument suplimentar în sprijinul independenței ramurii de drept¹³.

Obiectul și metoda dreptului administrativ diferă de obiectul și metoda dreptului financiar. Acest fapt determină independența dreptului financiar de cel administrativ și, în consecință, caracterul distinct al răspunderii financiare ca formă a răspunderii juridice.

Spre sfârșitul secolului al XX-lea, independența dreptului financiar nu mai prezenta dubii savanților, nimeni nu pune la îndoială independența obiectului reglementării juridice și specificul metodei – lipsa subordonării în aplicarea metodei imperative¹⁴.

Răspunderea financiară se deosebește de cea administrativă prin măsurile și procedurile de constrângere statală, proprii dreptului financiar. Dreptul financiar dispune de propria instituție a răspunderii juridice, aceasta nefiind împrumutată din dreptul administrativ.

În cazul în care am afirma că răspunderea financiară are o natură administrativă, am avea parte de o controversă constând în faptul că norma juridică care prevede conduita obligatorie este parte componentă a dreptului financiar, iar răspunderea pentru încălcarea ei (care este prevăzută de aceeași normă) este administrativă¹⁵.

Odată cu evoluția relațiilor sociale, în cadrul obiectului dreptului financiar au apărut grupuri de relații fiscale, bugetare, valutare și bancar-publice. Așa au apărut subramurile dreptului fiscal, bugetar, valutar și bancar-public. Corespunzător acestor grupuri de relații sociale ce fac parte din obiectul dreptului financiar, s-au conturat modalitățile răspunderii financiare: fiscală, bugetară, valutară, bancar-publică.

A. Arslanbekova recunoaște că există o anumită asemănare între răspunderea financiară și cea administrativă, întrucât ambele forme ale răspunderii juridice apar în domeniul raporturilor juridice publice, ele se atribuie răspunderii juridice publice. Ulterior însă, autorul scoate la iveală și semnele care deosebesc răspunderea financiară de cea administrativă: temeiurile apariției, sancțiunile aplicabile, scopurile urmărite, termenii de prescripție, organele competente în aplicarea măsurilor răspunderii¹⁶.

D. Lipinski reține următoarele semne suplimentare ale criteriului ramural de clasificare: temeiurile răspunderii, caracterul urmărilor nefavorabile stabilite de stat, prezența actelor normative codificate, natura obiectului faptei ilicite, ordinea aplicării sancțiunilor față de persoanele vinovate¹⁷.

În această ordine de idei, vom scoate în evidență semnele răspunderii financiare, pentru a vedea că acestea diferă de semnele corespunzătoare ale răspunderii administrative, dar nu înainte de a menționa faptul că, în opinia noastră, răspunderea contravențională este o modalitate a răspunderii administrative, alături de răspunderea administrativ-disciplinară și răspunderea administrativ-patrimonială.

Primul semn al răspunderii financiare este baza normativă proprie. Aceasta este constituită din legislația financiară: Codul fiscal nr. 1163 din 24 aprilie 1997¹⁸, Legea nr. 62 din 21.03.2008 privind reglementarea valutară¹⁹, Legea nr. 548 din 21 iulie 1995 cu privire la Banca Națională a Moldovei²⁰, Legea nr. 550 din 21.07.1995 cu privire la instituțiile financiare²¹, Legea nr. 847 din 24 mai 1996 privind sistemul bugetar și procesul bugetar²², Legea nr. 845 din 03.01.1992 cu privire la antreprenariat și întreprinderi²³, Legile anuale privind bugetul asigurărilor sociale de stat, Legea nr. 1593 din 26.12.2002 cu privire la mărimea, modul și termenele de achitare a primelor de asigurare obligatorie de asistență medicală²⁴. Respectivele acte normative fac parte din ramura dreptului financiar și nu pot fi numite administrative, acestea fiind financiare prin esență. Alta este baza normativă a răspunderii administrative.

Spre deosebire de răspunderea administrativă, răspunderea financiară este o obligație juridică ce apare în urma săvârșirii încălcării financiare. Încălcarea financiară ocupă un loc de sine stătător în sistemul încălcărilor juridice (penale, administrative, disciplinare etc.). Particularități prezintă obiectul, subiectul, latura subiectivă, latura obiectivă a încălcării financiare și sancțiunile pentru săvârșirea ei. Legislația națională operează cu noțiunile de încălcare financiară și încălcare fiscală, cea din urmă fiind chiar definită de Codul fiscal.



Faptul că răspunderea financiară constă în obligația de a suporta măsurile de constrângere statală proprii legislației financiare este o altă deosebire dintre cele două forme ale răspunderii juridice. Măsurile răspunderii financiare pentru încălcarea legislației bugetare sunt următoarele: penalitatea; perceperea mijloacelor bugetare și vârsarea acestora la buget; suspendarea operațiunilor în conturile bancare ale contribuabilului; executarea silită; sechestrarea mijloacelor bănești din conturile bancare (trezoreriale); perceperea în mod incontestabil a mijloacelor bănești din conturile bancare (art. 55 din Legea nr. 847 din 24.05.1996 privind sistemul bugetar și procesul bugetar). Conform art. 235 din Codul fiscal, pentru încălcarea fiscală poate fi aplicată sancțiunea fiscală sub formă de amendă. Din punctul nostru de vedere, la categoria sancțiunilor fiscale se atribuie și penalitatea. Legea cu privire la Banca Națională prevede măsurile răspunderii financiare pentru încălcarea legislației bancare: avertismentul scris; aranjamentul cu instituția care a încălcat legislația prevăzând măsuri de înlăturare a încălcărilor; amenda; suspendarea temporară a activității parțial sau total; retragerea licenței, autorizației eliberate. Amendă prevăzută de Legea cu privire la Banca Națională este una financiară, și nu administrativă.

Dacă comparăm măsurile răspunderii administrative cu cele ale răspunderii financiare, observăm coincidența la nivelul avertismentului și a amenzii. Denumirea identică a acestor sancțiuni nu poate fi adusă drept argument în favoarea naturii administrative a răspunderii financiare, or asemenea coincidențe au loc și în cazul altor forme de răspundere juridică. Amendă este prevăzută și în Codul penal, fără a conchizi că amendă penală este o modalitate a celei administrative, sau viceversa. Un mecanism folosit în reglementarea juridică civilă este „penalitatea”, pe care de altfel o întâlnim și în dreptul financiar, fără ca aceasta să fie considerată civilă. Coincidența denumirilor la diferite sancțiuni din diferite ramuri ale dreptului este determinată de caracterul sistemic al răspunderii juridice. Asemenea coincidențe sunt inevitabile. Până la urmă, atribuirea sancțiunilor la o ramură a dreptului se face în dependență de apartenența ramurală a normelor juridice, și nu în dependență de denumirea lor.

Unii autori menționează faptul că nu este corect să vorbim despre un oarecare specific al amenzii financiare, or între amendă financiară și cea administrativă nu există diferențe anume²⁵. Nu putem fi de acord cu o asemenea afirmație, întrucât diferențe există. De exemplu, amendă administrativă, practic, de fiecare dată este stabilită în anumite limite, pe când amendă financiară, practic, de fiecare dată este stabilită în cote fixe. Dacă în Codul contravențional este evidentă grija pe care o atribuie legiuitorul individualizării răspunderii juridice, nu același lucru îl putem spune și în privința Codului fiscal, unde o asemenea posibilitate practic este exclusă. Amendă contravențională este stabilită în unități convenționale, cea fiscală direct în lei. Spre deosebire de amendă contravențională, amendă fiscală mai poate fi stabilită și în cotă procentuală. Procentul este calculat din sumele trecute la scăderi în perioada de nesuspendare a operațiunilor; din sumele înscrise în acest cont; din volumul de livrări impozabile, din valoarea țigaretelor cu filtru, aflate în stoc la momentul controlului, pornind de la prețul de vânzare cu amănuntul; din suma nedeclarată (diminuată) a venitului impozabil etc. Unele

amenzi fiscale sunt stabilite în cotă procentuală fixă per zi (de ex. în art. 259 alin. (5) Cod fiscal).

Amendă financiară se deosebește de cea administrativă și prin faptul că nu poate fi înlocuită cu o altă sancțiune. De ex. conform art. 34 alin. (4) Cod contravențional²⁶, dacă persoana fizică nu a plătit amendă în decursul a 30 de zile de la data stabilirii ei, instanța de judecată o poate înlocui, după caz, cu: a) amendă în mărime dublă, care însă nu poate depăși limita maximă a sancțiunii cu amendă prevăzută de norma materială contravențională sau de prezentul articol; b) privarea de dreptul de a desfășura o anumită activitate pe un termen de la 6 luni la un an; c) muncă neremunerată în folosul comunității, calculându-se o oră de muncă pentru o unitate convențională, durata muncii fiind de cel mult 60 de ore; d) arest contravențional, calculându-se o zi de arest pentru 2 unități convenționale, durata arestului fiind de cel mult 30 de zile.

Răspunderea financiară se deosebește de cea administrativă prin faptul că este imputabilă subiectului raporturilor juridice financiare. Subiect al încălcării financiare poate fi doar subiectul raporturilor juridice financiare. Acesta poate fi contribuabilul, instituția financiară, casa de schimb valutar și punctul de schimb valutar al hotelului, persoana juridică sau fizică care a primit din partea instituțiilor publice anumite mijloace bugetare.

O altă diferență dintre răspunderea administrativă și răspunderea financiară sunt normele procedurale. Cauzele privind încălcările fiscale sunt examinate de către organele fiscale (art. 241 CF). Cazul de încălcare fiscală se examinează în termen de 15 zile din data: a) prezentării dezacordului – dacă a fost prezentat la timp; b) expirării termenului de prezentare a dezacordului – dacă nu a fost prezentat sau dacă a fost prezentat cu întârziere (art. 246 Cod fiscal). După examinarea cazului de încălcare fiscală, organul fiscal emite o decizie (art. 248 Cod fiscal). În caz de contestare, executarea deciziei asupra cazului de încălcare fiscală nu se suspendă (spre deosebire de cazul răspunderii contravenționale), dacă autoritatea care examinează contestația nu dispune altfel. Persoana vizată în decizia asupra cazului de încălcare fiscală urmează să o execute în termen de 30 de zile din data pronunțării (art. 252 Cod fiscal). Decizia pe marginea cazului de încălcare fiscală poate fi atacată în ordinea prevăzută de Legea nr. 793 din 10.02.2000 cu privire la contenciosul administrativ.

Conform art. 75² din Legea nr. 548 din 21.07.1995 cu privire la Banca Națională a Moldovei, sancțiunile și măsurile de remediere față de agenții controlului valutar, specificați la art. 58 alin. (2) lit. b) și c) din Legea nr. 62-XVI din 21 martie 2008 privind reglementarea valutară, precum și față de titularii autorizațiilor eliberate de Banca Națională, se aplică de către guvernator, prim-viceguvernator, viceguvernatori, cu excepția celor de suspendare a activității și de retragere a licenței/autorizației care sunt de competența Consiliului de administrație.

Diferite sunt și termenele de prescripție în caz de atragere la răspundere administrativă, comparativ cu cele prevăzute pentru atragere la răspundere financiară. Astfel, conform art. 264 alin. (1) Cod fiscal, termenul de prescripție pentru sancțiunile fiscale aferente unor impozite și taxe concrete este de cel mult 4 ani de la ultima dată stabilită pentru prezentarea dării de seamă fiscale privind impozitul și taxa menționată, sau pentru plata impozitului și taxei în



cazul în care nu este prevăzută prezentarea unei dări de seamă fiscale. Termenul de prescripție pentru sancțiunile fiscale neaferele unor impozite și taxe concrete este de cel mult 4 ani din data săvârșirii încălcării fiscale. Conform art. 75² alin. (4) din Legea nr. 548 din 21.07.1995 cu privire la Banca Națională a Moldovei, aplicarea sancțiunilor se prescrie în termen de 6 luni de la data constatării încălcării, dar nu mai mare de 3 ani de la data comiterii ei, dacă legea nu prevede altfel.

În același timp, termenul general de prescripție a răspunderii administrativ-contravențională este de 3 luni. Termenul special de prescripție pentru contravențiile prevăzute în cap. XV al cărții întâi din Codul contravențional este de 12 luni (art. 30 Cod contravențional).

Conform art. 17 din Legea contenciosului administrativ²⁷, cererea prin care se solicită anularea unui act administrativ sau recunoașterea dreptului pretins poate fi înaintată în termen de 30 de zile, în cazul în care legea nu dispune altfel, din: a) data primirii răspunsului la cererea prealabilă sau data expirării termenului prevăzut de lege pentru soluționarea acesteia; b) data comunicării refuzului de soluționare a unei cereri prin care se solicită recunoașterea dreptului pretins sau data expirării termenului prevăzut de lege pentru soluționarea unei astfel de cereri; c) data comunicării actului administrativ, în cazul în care legea nu prevede procedura prealabilă.

Art. 59 alin. (2) din Legea nr. 158 din 04.07.2008 cu privire la funcția publică și statutul funcționarului public²⁸, prevede că sancțiunile disciplinare se aplică în termen de cel mult 6 luni de la data săvârșirii abaterii, cu excepția sancțiunii disciplinare pentru încălcarea legislației cu privire la declararea veniturilor și a proprietății și cu privire la conflictul de interese, care se aplică în termen de cel mult 6 luni de la data rămânerii definitive a actului prin care se constată săvârșirea abaterii disciplinare.

O altă diferență dintre răspunderea administrativă și cea financiară este caracterul preponderent reparatoriu al celei din urmă. Răspunderea financiară are, în primul rând, un caracter reparatoriu, întrucât scopul principal nu este atât pedepsirea persoanelor vinovate, cât recuperarea prejudiciului material cauzat bugetului prin săvârșirea încălcării financiare. În același timp, răspunderea administrativă are un caracter punitiv, fiind în acest sens asemănătoare cu cea penală²⁹.

Scopul răspunderii administrative este, în primul rând, preîntâmpinarea și pedepsirea. Pentru a-și repara prejudiciul, în cazul săvârșirii unei contravenții sau infracțiuni, partea este nevoită să se adreseze în instanța de judecată cu o asemenea solicitare, în cazul în care ea dorește acest lucru. Altfel stau lucrurile în cazul răspunderii financiare, unde sunt prevăzute mecanisme prin care organul competent poate de sine stătător să recupereze prejudiciul cauzat statului (de ex. în cazul neachitării impozitului pe venit în termen, organul fiscal va avea obligația de a calcula și încasa extrajudiciar atât impozitul, cât și penalitatea aferentă).

Așadar, criteriul determinant al independenței răspunderii financiare este independența dreptului financiar și specificul obiectului și metodei de reglementare atât a dreptului financiar, cât și a răspunderii financiare. Criteriile suplimentare ale independenței răspunderii financiare sunt: 1) baza sa normativă o constituie legislația

financiară; 2) este o obligație juridică ce apare în urma săvârșirii încălcării financiare; 3) constă în obligația de a suporta măsurile constrângerii statale proprii legislației financiare; 4) este imputabilă subiectului raporturilor juridice financiare; 5) se realizează într-o formă procesuală distinctă; 6) dispune de termene de prescripție proprii; 7) are un caracter preponderent reparatoriu.

Faptul că răspunderea administrativă protejează și normele altor ramuri de drept este unul dintre argumentele aduse de autorii protivnici delimitării răspunderii financiare drept formă distinctă a răspunderii juridice. Măsurile răspunderii administrative protejează nu doar normele dreptului administrativ, spun aceștia, dar și a dreptului constituțional, financiar, funciar, muncii, ecologic etc. Respectiv, pentru încălcarea legislației constituționale, financiare, funciare, muncii, ecologice, poate surveni răspunderea administrativă.

G. Kuzmiceva și G. Kalinina consideră că instituția răspunderii administrative este una universală, foarte multe norme ale răspunderii administrative fiind în alte ramuri ale dreptului, ca de exemplu în dreptul financiar³⁰.

Într-adevăr, relațiile sociale din domeniul financiar sunt protejate și de normele dreptului administrativ, dar și de normele dreptului penal. În același timp, nu confundăm răspunderea administrativă cu răspunderea penală. Acestea corelează. Cu ele corelează și răspunderea financiară. Delimitarea există și o găsim și în distincția dintre „încălcarea financiară” și „încălcarea legislației financiare”. Cea din urmă este mai largă și o include pe prima. Pentru o încălcare a legislației financiare, va putea fi aplicată după caz răspunderea financiară, administrativă sau penală, după cum a fost comisă o încălcare financiară, o contravenție sau o infracțiune.

Răspunderea financiară are legături strânse cu răspunderea constituțională, penală, civilă și disciplinară, fapt determinat, în primul rând, de sistematizarea răspunderii juridice, or, după cum cunoaștem, orice sistem este caracterizat prin legături strânse între elementele sale.

Pentru a observa cum interacționează răspunderea financiară cu alte forme ale răspunderii juridice, ne vom referi la exemple din legislația în vigoare. Observăm că unele din încălcările Codului contravențional le dublează pe cele din Codul fiscal. De ex. art. 295 Cod contravențional prevede răspunderea pentru „încălcarea regulilor de organizare și de ținere a contabilității, de întocmire și prezentare a rapoartelor financiare”. Pentru „încălcarea regulilor de ținere a evidenței contabile și a evidenței în scopuri fiscale”, răspundere prevede și art. 257 Cod fiscal. Prin natura lor juridică, încălcările prevăzute de Codul fiscal sunt financiare, nu administrative. Legiuitorul a delimitat încălcările respective la nivelul subiectului acestora. Astfel, în cazul răspunderii administrative sunt sancționate persoanele cu funcții de răspundere, în timp ce în cazul răspunderii fiscale sunt sancționați nemijlocit contribuabilii.

Pentru încălcarea legislației fiscale, persoana cu funcție de răspundere poate fi atrasă la răspundere administrativă, penală, disciplinară și materială. Mai mult decât atât este posibilă atragerea concomitentă la răspundere administrativă, disciplinară și materială sau penală, disciplinară și materială. Conform art. 44 din Legea contabilității³¹, persoanele vinovate de încălcarea prezentei legi, care se eschivează de la ținerea contabilității, aplică incorect standardele de



contabilitate, precum și cele care falsifică premeditat documentele primare, registrele contabile, rapoartele financiare și anuale, sunt trase la răspundere disciplinară, materială, administrativă sau penală, după caz, conform legislației.

Formele distincte ale răspunderii juridice pot avea scopuri diferite. Faptul că există diferite forme ale răspunderii juridice face posibilă atragerea concomitentă la răspundere restabilitorie și răspundere punitivă pentru săvârșirea aceleiași fapte³².

Vom încheia prin a menționa că răspunderea financiară este o formă distinctă în cadrul răspunderii juridice, ce are legături funcționale cu alte forme ale răspunderii juridice. Corelația funcțională, ce constă în protecția relațiilor financiare de către norme ale diferitelor ramuri de drept, ne permite să afirmăm că pentru încălcarea acestora este posibilă atragerea la câteva forme de răspundere juridică: financiară, penală, administrativă, disciplinară.

Conform varietății relațiilor sociale ce fac parte din obiectul dreptului financiar, s-au conturat modalitățile răspunderii financiare: *fiscală, bugetară, valutară, bancar-publică*, care nu sunt forme distincte ale răspunderii juridice.

Recenzent:
Alexandru CAUIA,
doctor în drept, lector superior (ULIM)

Note:

¹ Старовикова И.Д., *Административная ответственность за правонарушения в области финансов*. Дисс. ... канд. юрид. наук, Омск, 2008.

² Кислухин В.А., *Виды юридической ответственности*. Дисс. ... канд. юрид. наук, Москва, 2002.

³ Мусаткина А.А., *Финансовая ответственность в системе юридической ответственности*. Дисс. ... канд. юрид. наук, Казань, 2004.

⁴ Староверова О.В., *Налоговое право, Закон и право*, Москва, 2001, с. 88.

⁵ Артюхин Р.Е., *Бюджетно-правовая ответственность*, în *Налоговый вестник*, 1998, № 2, с. 62-70.

⁶ Степанян М.Г., *Правовое регулирование валютной Ответственности*, în *Банковское право*, 2001, № 2, с. 47-49.

⁷ Кинсбургская В.А., *Налоговая ответственность в системе мер государственного принуждения в сфере налогообложения*. Автореф. дисс. канд. юрид. наук, Москва, 2010.

⁸ Белопашко Ю.Н., *Правонарушение и ответственность в финансовом и налоговом праве Российской Федерации*, în *Правоведение*, 2001, № 5, с. 54-63.

⁹ Липинский Д.А., *Общая теория юридической ответственности*. Дисс. ... канд. юрид. наук, Самара, 2004, с. 389.

¹⁰ Крохина Ю.А., *Ответственность за нарушения налогового законодательства: понятие, стадии и механизм реализации*, în *Хозяйство и право*, 2003, № 5, с. 103.

¹¹ Baltag D., *Teoria răspunderii juridice: aspecte doctrinare, metodologice și practice*. Teză de dr. habilitat în drept, Chișinău, 2008, p. 145.

¹² Матузов Н., *Правовая система и личность*, Изд. Саратовского ун-та, Саратов, 1987, с. 255.

¹³ Мусаткина А.А., *op. cit.*, p. 61.

¹⁴ Шевелева Н.А., *Финансовое право: новый этап развития*, în *Правоведение*, 2002, № 5, с. 6.

¹⁵ Мусаткина А.А., *op. cit.*, p. 70.

¹⁶ Арсланбекова А.З., *Финансово-правовые санкции в системе мер юридической ответственности*. Автореф. дисс. канд. юрид. наук, Саратов, 2009.

¹⁷ Липинский Д.А., *О системе права и видах юридической ответственности*, în *Правоведение*, 2003, № 2, с. 36.

¹⁸ Codul fiscal al Republicii Moldova, nr. 1163-XIII din 24 aprilie 1997, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 25.03.2005, nr. ed. spec.

¹⁹ Legea Republicii Moldova privind reglementarea valutară, nr. 62-XVI din 21 martie 2008, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 18.07.2008, nr. 127-130.

²⁰ Legea Republicii Moldova cu privire la Banca Națională a Moldovei, nr. 548-XIII din 21 iulie 1995, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 12.10.1995, nr. 56-57.

²¹ Legea Republicii Moldova cu privire la instituțiile financiare, nr. 550-XIII din 21 iulie 1995, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 13.05.2011, nr. 78-81.

²² Legea Republicii Moldova privind sistemul bugetar și procesul bugetar, nr. 847-XIII din 24 mai 1996, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 25.03.2005, nr. ed. spec.

²³ Legea Republicii Moldova cu privire la antreprenariat și întreprinderi, nr. 845-XII din 03 ianuarie 1992, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 28.02.1994, nr. 2.

²⁴ Legea Republicii Moldova cu privire la mărimea, modul și termenele de achitare a primelor de asigurare obligatorie de asistență medicală, nr. 1593 din 26.12.2002, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 08.02.2003, nr. 18-19.

²⁵ Пепеляев С. Г. *Налоговое право*, Юристъ, Москва, 2005, с. 97.

²⁶ Codul contravențional al Republicii Moldova, nr. 218-XVI din 24.10.2008, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 16.01.2009, nr. 3-6.

²⁷ Legea contenciosului administrativ, nr. 793 din 10.02.2000, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 18.05.2000, nr. 57-58.

²⁸ Legea Republicii Moldova cu privire la funcția publică și statutul funcționarului public, nr. 158-XVI din 04 iulie 2008, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 23.12.2008, nr. 230-232.

²⁹ Викторов С.А., *Правовая природа ответственности за нарушение законодательства Российской Федерации об обязательном социальном страховании*, în *Налоги и финансовое право*, 2008, № 3, с. 178-185.

³⁰ Кузмичева Г.А., Калинина Л.А., *Административная ответственность*, Юриспруденция, Москва, 2000, с. 10-12.

³¹ Legea Republicii Moldova cu privire la contabilitate, nr. 113-XVI din 27 aprilie 2007, în *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 29.06.2007, nr. 90-93.

³² Лейст О.Э., *Основные виды юридической ответственности за правонарушения*, în *Правоведение*, 1977, № 3, с. 31-39.