



DREPTUL DISCREȚIONAR ÎN LEGISLAȚIA REPUBLICII MOLDOVA (unele aspecte teoretice și practice)

Dumitru POSTOVAN,
doctorand

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

SUMMARY

The discretionary right consists in the limits of liberty, left for a free evaluation of an authority, with a view of achieving an object stated by a legislator to resort to any means of actions in the limits of his competence. On the basis of the organization of the modern state there is the principle of legality, and the discretionary right is a deviation from this principle, equated with the principle of opportunity. The parliament establishes general and impersonal rules, the administrative and judicial authorities, on the basis of these rules, put forward individual rules for concrete situations. In order to achieve this goal the decision taking factors are authorized (are permitted) to use the discretionary power (right).

As we have mentioned, in Republic of Moldova there is no scientific investigation of this problem. But this does not mean that the procedure is not applied in practice by the public authorities. By a profound investigation of the concept of „discretionary right” the juridical science of Republic of Moldova will only gain.

În limbajul juridic, la nivel teoretic, dar și în practică, în ultimii ani tot mai des întâlnim noțiunea *drept discreționar*.

Nu este o ramură a dreptului și, deci, a științei juridice. Noțiunea nu o găsim în textul legilor, codurilor, al altor acte normative. Spre regret, de către savanții noștri teoreticieni ea nu este studiată nici la nivel de concept sau doctrină juridică. Spunem „spre regret”, deoarece „dreptul discreționar” este un procedeu care nu merită să fie neglijat: e prea mare importanța acestuia în aplicarea dreptului (a oricărei ramuri, a oricărui act normativ) în practică, iar consecințele acestei realizări practice a legislației, fără a se ține cont de elementele caracteristice acestei noțiuni, adesea sunt dintre cele mai nefaste.

Dreptul discreționar este caracteristic sistemului anglo-saxon. În statele care aparțin acestui sistem, pentru a se asigura studierea și cunoașterea profundă a conceptului, aplicarea corectă a legislației, teoria și practica, dar și instruirea cadrelor merg pas în pas, conducându-se, atunci când apare necesitatea, de principiile dreptului discreționar, delegat în mod legal în competența factorilor decizionali, procurorilor și, în primul rând, judecătorilor de toate nivelurile, la examinarea cauzelor concrete.

După cum rezultă din literatura de specialitate, în sistemul de drept continental despre dreptul

discreționar se vorbea și se scria mai mult în perioada interbelică și mai puțin în cea postbelică, iar în statele „lagărului socialist”, inclusiv în fosta URSS – deloc.

În ultimul deceniu situația la acest capitol încet, dar sigur, se schimbă, dreptului discreționar atrăgându-i-se atenția pe care acest aspect al dreptului, ca instrument regulatoriu în relațiile sociale, o merită.

Această schimbare e dictată de dinamismul vieții sociale, de procesul de democratizare continuă a societății, în care omului i se garantează protecția drepturilor și libertăților lui fundamentale. Omul, la rândul său, are cerințe serioase față de stat, iar statul trebuie să răspundă cererii acestuia prin ridicarea rolului dreptului, al legislației, astfel încât aceasta să fie în stare să apere valorile general umane caracteristice statului de drept.

În plan internațional se întreprind pași concreți într-o a se asigura o colaborare mai strânsă în ce privește combaterea terorismului, a crimei organizate și a corupției, a traficului de ființe umane, a „spălării” banilor, a altor fenomene negative ce țin de materia penală, dar și de cea civilă.

Această colaborare se realizează prin semnarea de acorduri, ratificarea sau aderarea la numeroasele convenții ce conțin noțiuni, definiții exprimate la



general, dar pe care țara-membră e datoare să le aplice destul de concret în situații concrete.

Aplicarea, în cazurile concrete, fie a legislației interne, fie a convențiilor internaționale finalizează cu adoptarea, emiterea unor decizii individuale, care trebuie să corespundă nu doar literei, dar și spiritului legii, adică să fie una justă, echitabilă, rezonabilă. Este un proces creator, care în majoritatea cazurilor e de neconceput fără aplicarea dreptului discreționar.

Ce înseamnă drept discreționar?

După cum e știut, cuvântul „discreție” are mai multe sensuri, o parte din ele neavând însă careva tangență cu noțiunea „drept discreționar”. De aceea, vom face trimitere doar la acele sensuri, care stau la temelia sintagmei.

Discreționar (despre puteri, prerogative, alte acte): 1) care acționează, se exercită așa cum consideră cineva, fără a fi prevăzut și îndeplinit de lege; 2) care are prin lege întreaga libertate de acțiune (DEX.– București, 1998).

„*Discreționar* (jur). – Putere (în țările capitaliste) cu care este investită în cazurile extraordinare o instanță sau un reprezentant al ei de a lua, din proprie inițiativă, hotărâri sau măsuri care depășesc cadrul legii” (Dicționar explicativ al limbii moldovenești. – Chișinău: Cartea Moldovenească, 1977).

Putere discreționară (din franceză) – care depinde de dispoziția cuiva; în dreptul burghez – dreptul organelor supreme, executive, al judecătoriilor, al altor organe de acțiune după dorința lor, în dependență de împrejurări, fie în limitele legii, fie în afara legii (Dicționar enciclopedic juridic sovietic).

Într-adevăr, în doctrina sistemului de drept anglo-saxon privitor la dreptul discreționar există mai multe puncte de vedere, chiar polemici, cu referire la limitele puterii discreționare a autorității statale, întrebarea fiind: o exercită ea în cadrul legii sau în afara legii?

Domină, totuși, punctul de vedere conform căruia dreptul discreționar trebuie să fie exercitat de către factorii decizionali în limitele legii – posibilitatea de a alege din două ori mai multe decizii, fiecare din ele fiind legală, conform sistemului de drept (principiilor generale ale dreptului) caracteristic pentru stat.

Pe aceeași poziție stau și teoreticienii din statele ce aparțin sistemului de drept continental. În viziunea lor, dreptul discreționar constă în marja de libertate lăsată la libera apreciere a unei autorități, astfel ca în vederea atingerii scopului indicat de legiuitor să poată recurge la orice mijloc de acțiune în limitele competenței sale.

La baza organizării statului modern stă principiul legalității, iar dreptul discreționar este o abatere de la acest principiu, fiind egalat cu principiul oportunității. Parlamentul stabilește reguli generale și impersonale, iar autoritățile administrative și judecătorești emit în baza acestor reguli acte individuale la situații concrete. Pentru a atinge acest scop, factorii decizionali sunt împuterniciți (li se permite) cu aplicarea puterii (dreptului) discreționar.

După cum am menționat, în Republica Moldova nu avem un studiu științific asupra acestei probleme. Ceea ce deloc nu înseamnă că acest procedeu nu se aplică în practică de către autoritățile publice, de către reprezentanții ramurilor puterii de stat, inclusiv de către Parlament și Guvern. E și firesc să fie așa, pentru că în drept nu pot fi formulate poziții categorice, idei de necontestat, opinii cu putere de adevăr absolut.

Constituția Republicii Moldova conține principiile fundamentale de existență și activitate a statului, de protejare a drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

Legile adoptate nu pot veni în contradicție cu principiile constituționale, cu normele materiale ale sistemului de drept al statului, care au la bază valorile general umane, caracteristice unei societăți democratice, unui stat de drept, valori care reglementează coraportul dintre noțiunile: „bine – rău”, „permis – nepermis”, „just – injust” etc., indicându-se cele de care trebuie să se conducă fiecare membru al societății în viața cotidiană, în relațiile cu semenii, cu statul în genere. Statul, la rândul său, în relațiile cu cetățenii săi trebuie nu doar să se conducă de aceste valori, altădată nescrise, ci și să le garanteze, emițând acte obligatorii, protejându-le și sancționându-i pe cei care nu le respectă.

Legile care contravin normelor sistemului de drept nu sunt legi de drept, bazate pe drept. Și dacă acestea nu exprimă voința generală, ci numai a celor care o votează, fiind rupte de principiul justiției, ele nu pot fi instrument regulatoriu în societate. De aceste prevederi trebuie să țină cont în primul rând Parlamentul atunci când adoptă legi.

Legile, la rândul lor, nu pot determina în mod absolut toate ipotezele în care trebuie să acționeze autoritățile publice, lăsând această posibilitate executorilor legii.

Și în cazul în care conținutul legii sau al unor articole din ea are caracter general, vag, nedeterminat, executorul legii trebuie să se conducă nu doar de litera legii, ci și de spiritul ei, de finalitatea legii – pentru care scop a fost ea adoptată, ce relații sociale,



ce drepturi protejează ea și, în cele din urmă – de principiile sistemului de drept în stat.

Înainte de a lua o decizie sau alta (care trebuie să fie una justă, echitabilă, rezonabilă) cei ce aplică legea sunt obligați să interpreteze anume de pe aceste poziții normele juridice, articolele, alineatele, sintagmele, unele noțiuni, cuvinte aparte din lege. În caz contrar, decizia luată poate fi doar formal legală, dar înjustă după esență. Or, legile sunt adoptate nu pentru ca în baza lor să fie luate decizii injuste în cazuri concrete de aplicare a acestora. Pentru ca acest lucru să nu se întâmple, executorul legii are marja de libertate în alegerea din mai multe variante posibile (toate având la bază dreptul), în dependență de împrejurări, a variantei celei mai juste, rezonabile. Aceasta este esența dreptului discreționar, procedeu care permite dreptului în general să nu rămână o dogmă, ci, fiind foarte flexibil, să-și poată onora obligațiunea de a fi un bun al tuturor, instrument regulatoriu în relațiile sociale, păstrându-și în același timp constanța și integritatea, dar și capacitatea de a se acomoda transformărilor din societate. Tocmai în această capacitate a dreptului, după expresia plastică a teoreticienilor, și constă farmecul dreptului. Fără această însușire, dreptul, în loc de instrument regulatoriu, de aplanare a conflictelor, ar deveni un obstacol în procesul de dezvoltare a societății, dreptul ar deveni chiar izvorul conflictelor și al zguduirilor sociale.

Însă, aplicabilitatea rezonabilă a dreptului depinde de cei care aplică dreptul, de nivelul lor de pregătire, de profesionismul și cumsecădenia factorilor decizionali. Cu cât conceptul unei legi, normele juridice, noțiunile de drept sunt mai generale, mai nedeterminate, cu atât marja de libertate a celui care aplică aceste acte normative devine mai largă, câmpul de alegere conținând mai multe variante. Și mai rău e cazul în care varianta cea mai posibilă el o găsește în afara legii. Aici sunt posibile și greșeli, dar și abuzuri, exces de putere, care nu au nimic comun cu puterea discreționară dată prin lege unei autorități publice competente.

Ca aceste lucruri să nu se întâmple, cel mai simplu ar fi ca actele normative să fie expuse într-o așa manieră, încât să determine concret, explicit toate 3 elemente ale unei norme de drept: dispoziția, ipoteza și sancțiunea, elemente care să nu aibă o interpretare diferită, ambiguă.

Dar, după cum am demonstrat mai sus, în majoritatea cazurilor acest lucru e imposibil: cauzele adoptării actelor normative cu concepte juridice nedeterminate, cu noțiuni și norme juridice generale

sunt prea multe pentru a fi excluse definitiv. Dar acest lucru nici nu ar fi corect, chiar periculos: aplicarea unei legi cu caracter imperativ nu ar permite adoptarea unei decizii juste; dimpotrivă, ar duce la fărâdelege.

Și totuși, tendința de a face ca legile adoptate, alte acte normative să fie mai concise, clare, pe înțelesul tuturor, trebuie să existe în permanență, pentru a se exclude ambiguitățile, excesele de putere, alte abuzuri.

În primul rând, s-ar reuși foarte mult în acest sens dacă în practica de elaborare a actelor normative s-ar ține cont de principiile conceptului ierarhiei normelor juridice: Constituția, legi constituționale, legi organice, legi ordinare, hotărârile Guvernului, acte prezidențiale, regulamente, instrucțiuni și ordine, alte acte cu caracter normativ departamentale, ale administrației publice locale, concept conform căruia actele normative inferioare nicidecum nu pot contravine celor superioare. A devenit lucru obișnuit adoptarea actelor normative inferioare care, în loc să explice unele norme din lege pentru a facilita buna lor aplicare, conțin așa mecanisme și proceduri, care fac sterile normele de drept existente. Așa-numita lege „Ghiliotina” demonstrează cu lux de amănunte acest fenomen din creația normativ-juridică a Republicii Moldova.

De ce a apărut un număr atât de mare de acte ale executivului, care adesea contravin legilor pe care le detaliază? În mare parte, datorită faptului că sunt neglijate, trecute cu vederea legile ordinare emise de către Parlament, care au tocmai menirea de a detalia regulatoriu normele juridice ce se conțin în legile organice. Un paradox persistă: majoritatea legilor au un caracter organic și avem foarte puține legi ordinare. Pentru constatare:

în anii 2001–2004 au fost adoptate 6 legi constituționale, 1046 legi organice și doar 20 legi ordinare;

în anul 2005 – o lege constituțională, 187 legi organice și doar 2 legi ordinare;

în anul 2006 – o lege constituțională, 210 legi organice și doar 2 legi ordinare.

Reglementările detaliate ale unor norme juridice, ce se conțin în legile constituționale și organice, pot fi și trebuie efectuate prin intermediul legilor ordinare. Lipsa legilor ordinare conduce la elaborarea mecanismelor de realizare a legilor ierarhice superioare prin intermediul multiplelor hotărâri, regulamente, instrucțiuni, ordonanțe și dispoziții de executare.

Desigur, organele de stat executive au dreptul să elaboreze acte normative ce au menirea, conform



dispozițiilor, de a facilita îndeplinirea legilor, având în acest sens o largă marjă de libertate în alegerea modului și a procedurilor de realizare a acestora, deci dispun de dreptul discreționar, pe care pot să-l utilizeze în limitele competenței lor.

Dar, după cum demonstrează practica, dispunând de această putere discreționară, executivul adesea face abuz de ea, utilizând dreptul discreționar prin exces de putere, astfel denaturând esența legilor reglementate, substituindu-le, introducând chiar norme noi, urmărindu-se alte scopuri decât cele pe care le-a avut în vedere legiuitorul.

E o realizare a dreptului discreționar în afara legii și aceasta are loc din cauza că nu este reglementată însăși procedura aplicării dreptului discreționar, nu sunt determinate limitele extinderii, competența, împuternicirile, scopul. Legiuitorul pur și simplu le-a permis organelor executive să elaboreze astfel de acte normative, însă ele o fac pe înțelesul lor, așa cum le vine mai bine. „Cui îi este permis mai mult decât i se cuvine, acela vrea mai mult decât îi este permis”. (*Syrus*)

Iată de ce se impune ca importantă elaborarea conceptului de drept discreționar, studierea acestuia.

Desigur, pentru buna aplicare a acestui procedeu este necesar ca noțiunile juridice cu care se operează să fie bine definite, clare. În caz contrar, factorii decizionali, după cum s-a menționat mai sus, vor interpreta unele din ele în mod arbitrar și în același mod le vor aplica, adică în felul după cum le înțeleg.

O importanță deosebită are aplicarea dreptului discreționar în activitatea judecătorească.

Spre exemplu, în anumite cazuri instanțele de judecată pot desface unele hotărâri, decizii, dacă ele contravin sistemului de drept, ordinii legale, bunelor moravuri.

Și dacă noțiunea „bunele moravuri” nu este una de drept, apoi noțiunile „sistem de drept”, „ordine publică” sunt probleme, material de studiu al Teoriei generale a dreptului. Apare ca firească întrebarea: care e sistemul de drept al țării noastre, dacă mai suntem încă în perioada de tranzație, când deja ne-am rupt de la sistemul de drept sovietic, dar încă nu am creat un altul nou, bazat pe principiile, valorile democratice ale unui stat de drept, cu o ordine legală corespunzătoare? Sunt întrebări care nu pot rămâne fără răspuns.

Deci, unde ne găsim noi la acest capitol? Cum poate același judecător să desfacă o hotărâre a unui stat străin ce urmează a fi executată pe teritoriul Republicii Moldova, pe motiv că aceasta contravine sistemului de drept al statului nostru, cu aplicarea, desigur, a puterii discreționare, necunoscând însă

care-i de fapt acest sistem de drept. Nu i se creează oare în acest caz condiții pentru abuzuri?

Elaborarea conceptului de drept discreționar e o necesitate în jurisprudență. Concomitent, se cer măsuri cu caracter organizatoric, cum ar fi crearea instituției drept discreționar, studierea temeinică a acestuia în instituțiile de învățământ juridic, pregătirea specială, în primul rând a judecătorilor, pentru o corectă aplicare a acestui procedeu.

Pentru o studiere mai aprofundată a dreptului discreționar și o reglementare mai corectă a regulilor de utilizare a lui se cere o colaborare permanentă între știința juridică, în primul rând a celei ce ține de teoria generală a dreptului, dar și a celor aplicative, și practica executării, realizării legilor, în primul rând practica judiciară. Această colaborare va duce la depășirea tendințelor, practicilor negative în procesul de utilizare a dreptului discreționar, ferind executorii legilor de greșeli, abuzuri, excese de putere, formalism în luarea de decizii și, în așa mod, va contribui la emiterea unor acte corespunzătoare materiei de drept.

Numai în așa mod dreptul își va păstra valoarea de instrument regulatoriu în societate, de protector al drepturilor omului, având la bază principiile general umane, morale, al justeței, echității, rezonabilității. Pentru că drepturile și interesele legitime ale omului sunt valoarea supremă într-un stat, protejate constituțional. Chiar și Constituția e inferioară acestor valori supreme. „Constituția statului trebuie să fie de așa natură, încât să nu încalce Constituția cetățeanului”. (*Stanislav Eji Leț*)

Iar Constituția cetățeanului într-o societate democratică, într-un stat de drept e Constituția unui om liber, care diferă esențial de statutul de supus într-un sistem totalitar, din care am ieșit cu toții nu chiar atât de demult.

Deci, și Constituția Republicii Moldova trebuie să apere statutul omului liber, dispozițiile ei având la temelie principiile sistemului de drept, ale statului de drept.

Aplicarea corectă a principiilor ce țin de conceptul *drept discreționar* va face imposibilă adoptarea de legi nedrepte, deoarece prin intermediul dreptului discreționar vor fi luate decizii bazate pe drept, și nu pe acte voluntariste.

În așa mod, vom curăți câmpul normativ juridic de acte nebazate pe materia dreptului, iar acestea vor fi înlocuite doar cu legi și alte acte normative de drept, corespunzătoare statului de drept.

Prin studierea temeinică a conceptului *drept discreționar* știința juridică din Republica Moldova va avea numai de câștigat.