

ARGUMENT

Paci sunt maxime contraria, vis et enjuria

Publicația periodică științifico-teoretică și informațional-practică „Studii Juridice Universitare“ fondată de Institutul Cercetări în Domeniul Protecției Drepturilor Omului (ICDPDO) al Universității Libere Internaționale din Moldova are drept scop publicarea unor lucrări de valoare, ce reflectă rezultatele cercetărilor curente în care sunt antrenați colaboratori a Institutului, reprezentanți ale instituțiilor din Republica Moldova și alte state.

Numărul în cauză deschide o nouă pagină în istoria revistei – s-a încheiat perioada condiționată pentru acreditarea științifică a revistei. Edițiile precedente au dat posibilitatea fondatorilor să analizeze pozițiile forte, dar între timp să întreprindă anumite măsuri pentru sporirea calității materialelor publicate.

Revista este structurată pe secții ce reflectă probleme actuale ale diverselor domenii, după cum urmează: Drept Internațional, Drept Public, Drept Privat și Științe Penale. Revista urmărește să promoveze elementul novator implementat în numărul precedent — în cadrul secțiilor respective sunt admiși doctoranzi, criteriul fiind finalizarea studiilor de doctorat și definitivarea tezei, inclusiv începerea procedurii de susținere a acesteia. Excepția în cauză vine să confirme nivelul înalt de cercetare al doctoranzilor. În egală măsură această regulă este aplicată și experților, studiile cărora prezintă interes, în special pentru practicieni.

Promovând ideea susținerii tinerilor cercetători științifici, revista conține o rubrică specială Tribuna doctorandului, în cadrul căreia aceștea au posibilitate să-și publice rezultatele cercetărilor, lucrările fiind recenzate de experți în domeniu.

Un alt element novatoriu pentru revistă este introducerea rubricii Tribuna expertului, care are ca obiectiv familiarizarea cu diverse aspecte teoretico-practice, în special prin prisma procesului de ajustare a ordinii juridice autohtone la standardele și valorile internaționale în general, și europene în special. Deschidem această rubrică cu Comentariul Capitolului VI al Constituției Republicii Moldova „Guvernul“ (Partea I). Un alt subiect al acestei rubrici este Avizul privind corespunderea tezei de doctor în drept cu tema „Rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene în procesul de interpretare și aplicare uniformă a dreptului Uniunii Europene“ la specialitatea 12.00.02 — drept public.

Una din rubricile tradiționale este prezentarea noilor lucrări științifice apărute în perioada respectivă. Prezentul număr este dedicat lucrărilor:

- «Тенденции и перспективы развития международного частного права Республики Молдова. Москва-Кишинев. 2011. 166 стр.», автор Наталья Осояну, кандидат юридических наук;
- «Имущественные права. Книга 1. Вещное право. Chişinău: ULIM. 2011. 12,2 с.а. 305 стр.», автор Олег Халабуденко, кандидат юридических наук, доцент;
- «Принципы права вооруженных конфликтов: Курс лекций, прочитанных на юридическом факультете Открытого Брюссельского Университета (перевод с французского). Москва: Международный Комитет Красного Креста. 2011. 1144 стр.», автор профессор Эрик Давид;
- «Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика. Москва, «Статут», 2010 г. 408 стр.», автор Ю.Г. Богатина

Volumul în cauză continue inițiativa de a lărgi cercul de cititori a revistei. Acest obiectiv se propune a fi atins prin publicarea materialelor în limbile de circulație internațională – engleză, franceză, germană sau spaniolă. Aceasta la rândul său va permite efectuarea schimbului de reviste cu centrele universitare din diverse state europene.

Printre inovații se enumeră și înregistrarea site-ii revistei, în așa fel cei cointeresați vor putea face cunoștință cu materialele publicate, ceea ce la rândul său va duce în mod inevitabil la sporirea calității lucrărilor prezentate.

Sperăm această practică ulterior să ducă la promovarea imaginii științei juridice autohtone în diverse state europene, iar revista „Studii Juridice Universitare” va rămâne și în continuare un promotor real al valorilor științifice și al tradițiilor educaționale juridice europene.

Conf. univ., dr. Vitalie GAMURARI
redactor-șef

FOREWORD

Paci sunt maxime contraria, vis et enjuria

The periodical scientific theoretical and informational practical edition „Legal University Studies” („Studii Juridice Universitare”), founded by the Institute of Research in the Domain of Human Rights Protection (ICDPDO) from the Free International University of Moldova, has the aim to publish valuable articles that reflect the results of recent research, in which fellow researchers from the Institute and representatives of another institutions from Moldova and from abroad take part.

The present issue opens a new page in the history of the magazine: the conditional period for the scientific accreditation is over. The previous editions gave the founders a possibility to analyze the strong points and to take measures in order to improve the quality of published materials.

The magazine is structured into sections that reflect actual problems from different spheres, as follows: International law, Public law, Private law and Criminal sciences. The magazine tends to promote the innovative element, as it was implemented in the preceding issue — the corresponding sections contain works signed by post-graduate students, criteria being the completion of post-graduate studies and finalization of doctorate thesis, including the beginning of the procedure of its defence. This exception is aimed to confirm the high scientific level of post-graduate students’ research. In the same measure an exception is made for the experts, whose studies present an interest, especially for the practitioners.

Promoting the idea of support for the young researchers, the magazine contains a special section named “The tribune of a postgraduate student” (“Tribuna doctorandului”), which is aimed to give these researchers a possibility to publish the results of their scientific work, after a reviewing by experts in the domain.

Another innovative element for the magazine is the introduction of a new section named “The expert’s tribune” (“Tribuna expertului”), which has as an objective the acquaintance with different theoretical and practical issues, especially in the light of the process of adjustment of national legal order to the international legal standards and values in general and European ones in particular. We open this section with the Commentary of Chapter VI from the Constitution of Republic of Moldova — “The Government” (part I). Another issue of this section is the Opinion concerning the correspondence of the doctorate thesis with the theme “The Role of Court of Justice of the European Union in the Process of Interpretation and Uniform Application of the Law of European Union”, on the speciality 12.00.02 — public law.

One of the traditional sections is the presentation of new books that appeared in the corresponding interval of time. The present issue contains reviews concerning the following works:

- «Тенденции и перспективы развития международного частного права Республики Молдова. Москва-Кишинев. 2011. 166 стр.», by Natalia Osoianu, PhD in law;
- «Имущественные права. Книга 1. Вещное право. Chişinău: ULIM. 2011. 12,2 с.а. 305 стр.», by Oleg Khalabudenko, PhD in law, assistant professor;
- «Принципы права вооруженных конфликтов: Курс лекций, прочитанных на юридическом факультете Открытого Брюссельского Университета (перевод с французского). Москва: Международный Комитет Красного Креста. 2011. 1144 стр.», by Eric David, professor;
- «Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика. Москва, «Статут», 2010 г. 408 стр.», by Y.G. Bogatina, PhD in law.

The present issue continues the initiative to enlarge the circle of possible readers. This objective is supposed to be attained with the help of publication of materials in languages of international circulation – English, French, German or Spanish. This will make possible the exchange of magazines with university centres from different European states.

Among the innovations can be named also the registration of a website, so that interested persons could get acquainted with the published materials, which will at its turn lead in a foreseeable way to the improvement of scientific quality of articles that are being presented to the editorial board.

We hope that this practice will subsequently lead to the promotion of the image of local science in different European states, and the magazine „Studii Juridice Universitare” will remain a real promoter of scientific values and European traditions in the sphere of legal education.

Vitalie GAMURARI, Ph.D., associate professor
Chief editor

APPLICABILITE DE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE DANS LES SOCIETES POST- CONFLICTUELS PAR LA LUMIERE DU «SYNDROME BALKANIC» (PARTIE I)

Vitalie GAMURARI, docteur es droit, maitre de conférences universitaire

La présente étude propose une analyse du processus de la mise en œuvre de la justice transitionnelle dans une zone qui a été fortement affecté par une série de conflits armés au caractère international et non international, à la fin du XXe siècle — l'ex-Yougoslavie. Les effets de ce conflit «Balkans» sont assez difficiles — la carte politique de l'ex-Yougoslavie a été essentiellement révisée, mais le rétablissement de la confiance entre les «nouveaux voisins» sera prolongé. Cette étude représente un intérêt même pour la République de Moldavie, une société qui, après l'effondrement de l'ex-URSS, s'est confrontée avec le déclenchement d'un conflits armés, moins sanglant que celui dans les Balkans, mais qui a également divisé la société en les nostalgiques de l'ancien régime et ceux qui désirent implémenter des vraies valeurs démocratiques européennes, y compris l'intégration européenne.

Mots-cles: justice transitionnelle, conflit armé, ex-Yougoslavie, tribunal, crimes de guerre.

APLICABILITATEA JUSTIȚIEI TRANZIȚIONALE ÎN SOCIETĂȚILE POST-CONFLICTUALE PRIN PRISMA „SINDROMULUI BALCANIC“ (PARTEA I)

Studiul în cauză își propune o analiză a procesului de punere în aplicare a justiției tranziționale într-o zonă care a fost puternic afectată de o serie de conflicte armate cu caracter internațional și non-internațional la finele secolului XX — fosta Yugoslavia. Efectele acestui conflict „balkanic” sunt destul de dure — a fost esențial „revăzută” harta politică a fostei Yugoslavii, iar restabilirea încrederii între „noii vecini” va fi de lungă durată. Studiul în cauză prezintă interes și pentru Republica Moldova, societate care după destrămarea fostei URSS, s-a ciocnit cu declanșarea unui conflict armat, deși mai puțin sângeros ca cele din Balcani, dar în egală măsură a divizat societatea în cei nostalgici pentru fostul regim și cei ce doresc implimentarea adevăratelor valori democratice europene, inclusiv integrarea europeană.

Cuvinte-cheie: justiție tranzițională, conflict armat, ex-Yugoslavia, tribunal, crime de război.

Introduction

La désintégration de l'ex-Yougoslavie a amené au déclenchement de plus de conflits armés, dans le cadre desquels de nombreux crimes internationaux ont été commis, y compris crimes contre l'humanité, crimes de guerre et génocide. La dureté du conflit armé en Croatie et en Bosnie-Herzégovine, dans les années 1991—1995, et les conflits au Kosovo et en Macédoine ont placé la communauté internationale dans une grande difficulté.

L'incapacité des tribunaux nationaux de poursuivre les personnes coupables d'avoir commis des crimes et même le désir exprès de la communauté internationale d'influencer sur l'évolution des événements dans les Balkans non seulement par l'intermédiaire des moyens politiques et militaires, mais par le truchement d'un organe judiciaire international, a conduit à la création du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), le premier tribunal international après la Seconde Guerre mondiale, constitué pour juger les criminels de guerre.¹ Le Conseil de sécurité de l'ONU a établi ce tribunal par la résolution 827 du 25 mai 1993. Se référant à la constitution de ce tribunal, nous devons mentionner un autre — Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR), créé par la résolution 955 du Conseil de sécurité de 1994. L'importance et la position ferme de la communauté internationale de réagir durement aux événements qui ont eu lieu, sont aussi démontrées par des dépenses subies pour l'assurance du fonctionnement des tribunaux — 15% du budget annuel des Nations unies. Depuis leur création en 1993—1994, l'ONU a dépensé plus de 1,6 milliard \$, actuellement leur coût atteint le chiffre de 250 millions de dollars par un an.²

La période de la transition dans les pays de l'Europe de sud-est et ses effets sur le processus de la mise en oeuvre de la responsabilité pour les crimes de guerre.

La justice transitionnelle vise à des objectifs divers, dont une grande importance ont — la restauration de la dignité des victimes, le rétablissement de la confiance réciproque entre les anciens belligérants, la contribution aux changements institutionnels, nécessaires pour contribuer à l'établissement de nouvelles relations au sein de la population polarisée. Toutefois, la situation post-confliktuelle exige des gouvernements d'autres tâches urgentes — l'assurance de la sécurité publique, l'indemnisation du dommage subi par les victimes etc.

La justice transitionnelle est une utopie au sens positif de ce terme, qui, selon ses postulats permet à la société de se mobiliser et agir, en tenant compte du fait que, devant elle sont mis des tâches énormes, telles comme il est indiqué dans le rapport de l'ONU «Le primauté du droit et de la justice en période de transition dans les sociétés de conflit et de post-conflit» :

«... la prestation de l'aide aux sociétés qui ont connu la guerre dans le rétablissement de la primauté du droit et la liquidation des conséquences des violations massives de la légalité dans le passé, surtout lorsque l'infrastructure est détruite, les ressources sont épuisées, la situation générale reste instable, mais la population reste d'être blessés psychologiquement et divisée, c'est une tâche difficile et souvent impossible. Dans le cadre du processus de son résolution, le déficit total est observé,

1 Voir : Gamurari V., Barbăneagră A. Crimele de război. Chișinău: Reclama SA. 2008. — 500 p.

2 Les informations sont tirées de l'archive personnelle de l'auteur.

notamment le manque de volonté politique d'appliquer des réformes, le manque de l'autonomie organisée dans le système de justice, le niveau faible de la base technique nationale, le manque des ressources matérielles et financières, la méfiance de la population au gouvernement, le non-respect des droits de l'homme par les autorités, et sur le plan général — l'absence de paix et de sécurité».³

L'activité de TPIY doit être examinée dans le contexte de la période de transition, à travers duquel ont passé les pays formés après l'effondrement de l'ex-Yougoslavie.⁴ Le processus de transition a débuté dans deux directions :

- de la confrontation militaire vers une société pacifique, en particulier ce qui est lié aux standards de la Justice et à l'adoption des critères internationaux de la responsabilité pendant les conflits armés;
- de la société unipartite à une multipartite, basée sur des valeurs démocratiques occidentales.

Le processus de la création d'une société est inévitablement affecté par des problèmes qui reflètent l'identité de la « nouvelle » nation. Parmi ces problèmes figurent en particulier, la révision de l'histoire de la « nation », qui comprend un examen de « la liste des héros nationaux » imposant « doubles standards », ce qui, à leur tour, entraînent la division en « les nôtres » et « les vôtres » etc. Dans de telles circonstances, il devient assez difficile d'assurer l'objectivité dans le procès de l'inculpation des personnes qui ont commis des crimes de guerre.

Comme résultat, les crimes commis contre l'ennemi ne sont pas punissables, mais la poursuite pénale des représentants des formations adverses est effectuée, dans une grande partie, d'une manière discriminatoire, sans aucune base légale et en dehors d'un respect élémentaire du droit à un procès équitable. En plus, pendant un conflit armé et pendant la transition, les instances judiciaires nationales sont souvent privées du professionnalisme et montrent un manque de qualités morales, étant souvent accusé de corruption, de liens avec des politiciens et des structures criminelles. Les diverses normes politiques, juridiques et éthiques en qualité de la responsabilité pour les crimes de guerre, en corrélation avec des problèmes qui relèvent de la compétence des organes judiciaires, apparaissent comme des obstacles sérieux dans le procès de la réalisation de la justice dans les Etats en transition, conformément aux standards reconnus sur le plan international.

On souligne que le TPIY avait un rôle important à différents stades de la période de transition dans les pays émergents de la dissolution de l'ex-Yougoslavie. Premièrement, au début, dans les conditions dans lesquelles les instances nationales n'étaient pas prêtes à traduire devant la responsabilité pénale les crimes commis par leurs

3 Rapport du Secrétaire général sur le Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit 3 août 2004. S/2004/616. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/30/PDF/N0439530.pdf?OpenElement> (consulté le 5 mars 2011).

4 Bosnie-Herzégovine, Croatie, Kosovo (partiellement reconnu), Macedoine, Monténégro, Serbie, Slovénie.

propres citoyens, le tribunal a permis le rétablissement de la justice en rapport avec les victimes. Deuxièmement, le TPIY a établi de nouvelles normes de responsabilité pour les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et le génocide, de telle façon il n'a pas contribué au développement du droit pénal international, accordant à la Cour Pénale Internationale une pratique impressionnante, mais aussi a motivé les instances nationales de faire les standards nationaux en conformité avec ceux du TPIY. Celui-ci, à son tour, a assuré un niveau plus élevé du processus d'examen judiciaire des crimes de guerre et aussi a stimulé l'augmentation du niveau de la culture juridique et du niveau du système judiciaire dans les nouveaux Etats créés. Entre temps, on doit indiquer une autre réalité — les sondages nous montrent que la majorité de la population de ces États s'est opposé à la traduction devant la responsabilité pénale de ses «propres» criminels, dont le cas du procès est examiné par le TPIY ou par les juridictions nationales.⁵ Les Compatriotes accusés jouissent encore de la réputation des héros nationaux même leurs possibles traduction devant la justice est parfois abordée par les médias, ne bénéficient d'aucune résonance dans la société.

Les critères juridiques et moraux qui amènent aux crimes internationaux à commettre en masse et des certains aspects visant les garanties accordées par le principe de la primauté de la loi en rapport avec les sanctions applicables:

Dès le début une question surgit — comment peuvent ou comment pourraient influencer les sanctions pénales locales, nationales ou internationales des formations armées impliquées dans la commission des crimes en masse dans les conflits armés, déclenchés après l'effondrement de l'ex-URSS et ex-Yougoslavie. Cette étude concernera en particulier l'analyse de présent problème sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. Nous croyons que pour prévenir et punir de tels actes, d'abord il est nécessaire d'analyser la participation à la violence en masse des personnes qui ont commis ces crimes. En ce qui concerne l'ex-Yougoslavie, deux facteurs peuvent être appliqués à l'examen du nettoyage ethnique et au génocide — sociologique et juridique.⁶ Prenons comme exemple la notion du génocide. L'aspect juridique repose sur les dispositions de la Convention de l'ONU de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide. En principe, le génocide peut être analysé même sous aspect sociologique. Dans ce sens, le génocide n'est pas considéré comme une violation des normes et des règles du droit international, mais plutôt comme un résultat d'une pratique sociale. En d'autres termes, la présente étude doit analyser non seulement ce crime, qui viole

5 Comme exemple, peuvent servir les procès sur l'ancien Président de la République Srpska Radovan Karadžić et ancien commandant en chef de la République Srpska Ratko Mladić, tous Serbe d'origine ou de général croate Ante Gotovina.

6 Samuel Tanner. The mass crimes in the former Yugoslavia: participation, punishment and prevention? International Review of the Red Cross. Volume 90. Number 870. March 2008, p.273 http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-870_tanner.pdf (consulté le 5 mars 2011).

une certaine norme du droit international, mais aussi tout un ensemble de pratiques sociales, qui devraient être identifiés et évalués afin qu'ils puissent être prévenus et punis. Respectivement, les violations en masse, en cas quand elles sont examinées de points de vue juridiques elles comprennent tout le spectre de la violation du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Il s'agit notamment du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, mais dans le même temps ne peuvent être identifiées avec ceux-ci. D'autre part, les violences en masse, si on se réfère à l'aspect sociologique, sont réalisées par les différentes pratiques sociales agressives, dont un certains groupes applique contre les civils. Une telle catégorie de délinquants peut inclure des miliciens, des formations armées, l'armée ou même les Etats entiers. Le caractère massif de telles pratiques dépend de certains critères.⁷ Premièrement, la présence des groupes de deux côtés est indispensable — que ce soit à propos du viol ou des victimes. Deuxièmement, une telle pratique est réalisable par un grand groupe d'individu. Dans le dernier cas nous pouvons apporter l'exemple de l'ex-Yougoslavie — le nettoyage ethnique a été mises en œuvre par un vaste cercle de structures, composées des soldats, des miliciens, des formations armées et des militants politiques. Troisièmement, les pratiques sociales, typiques pour les violences en masse, sont effectuées pendant une longue durée.⁸ Ainsi, par exemple, le nettoyage ethnique en ex-Yougoslavie a duré plus de cinq ans (y compris la Croatie, la Bosnie-Herzégovine, région du Kosovo). Les principales caractéristiques de la violence en masse sont les assassins, les viols, les déportations, les menaces, les détentions dans des camps de concentration, la destruction des personnes, etc. Ces conditions sont créées en grande partie par « l'initiative » des politiciens, dont les résultats sont prévisibles, mais en principe acceptées. Malheureusement, nous ne pouvons pas dire qu'au cours des siècles ou même des millénaires, l'humanité a été « civilisés » dans ce sens — et que les méthodes violentes ont progressées au fil du temps. La seule différence, à notre avis, est que l'opinion publique actuelle tache d'être plus « objective » et de condamner, au moins moralement, les violations massives apportées « devant la civilisation ».

Concernant la nature des peines applicables pour la commission des crimes uerre, il est à noté que le procès de la mise en œuvre des normes règlementant les sanctions doivent correspondre aux garanties fondamentales qui sont à la base du principe de la primauté du droit (dans la doctrine ce principe est souvent appelé « le principe de la primauté de loi »), ce qui semble être indiscutable. Quel que soit le fait — es règles seront incorporées dans le droit interne par le biais du processus législatif ou par les précédents judiciaires — ou ils continueront à être règlementées par le droit international, en tout cas, ils devront répondre aux principes fondamentaux qui sont à l'origine de la légitimité, autrement dit, des telles règles seront considérées comme des dérivés et sans le sens.

7 Idem.

8 Ibidem, p.274.

Dans le cadre de la prévention et la répression des crimes de guerre, l'évolution rapide des normes dans les dernières décennies pourrait créer l'impression que les principes fondamentaux du droit pénal sont ignorés. Au moins, une telle impression peut être créée par la période à partir du moment de la constitution des tribunaux pénaux internationaux. L'impulsion humaniste, qui a largement contribué à la traduction devant les tribunaux ces actes criminels qui, auparavant, souvent impunis, parfois a été accompagné d'une inattention face à des certaines garanties caractéristiques à la primauté du droit. Parmi ceux-ci, on en dénombre, tout d'abord les principes suivants : la légitimité, la nécessité, la proportionnalité et la rétroactivité. Par ailleurs, la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) avaient un rôle important dans l'attribution du contenu actuel de ces principes. La spécificité et le mérite du CEDH consistent en ce qu'il couvre à la fois le système romano-germanique et la *common law*, étant dans une telle manière applicable à deux systèmes de droit. Ainsi, la Cour invoque et établit des critères spécifiques au droit pénal international. En outre, selon certains experts, la Cour a beaucoup influencé la jurisprudence actuelle de la Cour pénale internationale (CPI).⁹ Il est vrai que cela résulte de l'un des derniers cas examiné par la CPI.¹⁰

Nous n'allons concerner que l'un des principes du droit pénal — Non-rétroactivité *in mitius*.¹¹ Ce principe est directement lié au critère de la prévisibilité, puisque son applicabilité apparaît comme le dérivé de celui-ci. Il est évident que la prévisibilité exige que la règle de droit ne soit pas appliquée en relation avec les actes commis avant son entrée en vigueur. Le critère de la prévisibilité doit avoir une forme spécifique de la pratique judiciaire et législative. Comme exemple nous allons apporter la juridiction de la CEDH. Appliquant la Convention européenne des Droits de l'Homme en général et l'article 7 (1) en particulier, la Cour interdit expressément la rétroactivité. Aussi est-il également nécessaire de délimiter ces deux formes de « rétroactivité » — la rétroactivité « directe », qui implique l'entrée en vigueur de la nouvelle loi après la commission de l'acte délinquant et la rétroactivité « indirecte », qui implique l'interprétation de la loi.

Ce qui concerne la deuxième rétroactivité, La Cour n'utilise que des différentes formules de la rétroactivité, reconnaissant la nature spécifique de ce principe de droit.¹² Il s'ensuit que si on attribue à la loi un effet rétroactif, la Cour constate la

9 Voir : Elisabeth Baumgartner. Aspects de la participation des victimes à la procédure de la Cour pénale internationale. Revue internationale de la Croix-Rouge, 870. Juin 2008 http://www.icrc.org/fire/assets/files/other/irrc-870-baumgartner_fra_final.pdf (consulté le 5 mars 2011).

10 Voir : Cour Pénale Internationale. ICC-01/04-01/06. Case The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc236258.PDF> (consulté le 5 mars 2011).

11 Voir : Damien Scalia. Quelques réflexions sur les critères inhérents à la mise en place de normes-sanctions et la répression des crimes de guerre. Revue internationale de la Croix-Rouge, 870. Juin 2008.

12 European Court of Human Rights. Kokkinakis v. Greece. 25 May 1993 (Application No. 260-A) Ser. A.; 17 EHRR 397, para. 52 <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:vXajcFhA1eAJ:www.minorityrights.org/download.php%3Fid%3D383+kokinakkis+v+greece&hl=ru&gl=md&pid=bl&srcid=ADGEESg-JBByn08c7RfXj124rDuUUbvCbfsdk8OPWAJ8izE2KMgxxBlAMpZUE>

violation de l'article 7.¹³ Bien que à la suite de l'interprétation de la loi un certain niveau de rétroactivité puisse être atteint, la Cour insiste sur la nécessité du respect des critères obligatoires pour que une telle interprétation devienne l'équivalent de la rétroactivité.

Le principe de la rétroactivité admet une seule dérogation : la rétroactivité *in mitius*, selon laquelle la loi peut être appliquée avec un effet rétroactive à condition qu'elle soit plus assouplie par rapport à celle applicable au moment de la commission de l'infraction.¹⁴ La Cour a reconnu les plaintes irrecevables, déposées par les demandeurs qui cherchaient à démontrer que le principe de la rétroactivité a été violé par des peines d'emprisonnement à perpétuité dans les cas quand pour les infractions commises la législation prévoyait expressément la peine à mort. La Cour a estimé que la réclusion à perpétuité est une peine plus assouplie par rapport à la peine à mort.¹⁵

Ainsi, il apparaît que la loi assouplie puisse avoir un effet rétroactif, représentant une dérogation du principe de non-rétroactivité du droit pénal. Après ce qui précède, nous constatons que le principe *les mitior* a été reconnu tant au niveau européen qu'au niveau international par l'article 15 (1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.¹⁶

Revenant au conflit dans les Balkans, nous n'allons essayer de mettre en évidence que des conditions qui ont amené à son déclenchement. Pour la Serbie les années 1990—1991, ont été caractérisées par la politique nationaliste agressive et militariste. La concurrence entre les partis politiques dans la campagne électorale du Décembre 1990 dans lequel ont été impliqués plusieurs partis, a été remportée par Slobodan Milosevic, mais sa victoire ne fut pas reconnue par le mouvement de renouveau de la Serbie, qui considérait que le parti de Milosevic a volé sa plate-forme politique, dont le but était de créer la Grande Serbie. Dans telles conditions, les partisans adhérents au Mouvement de la Renaissance de la Serbie ont entamé un procès de discrétion de l'Armée populaire yougoslave, insistant que cette dernière est incapable de protéger

IrUzMsRREWobz7sv2UvQThC6e-iLw_6WvfgPqmS2sOn7YSyJCdnB2jQoNAMJv_s2XB7WrY Pg9jMrggJ&sig=AHIEtbQOz1W2r7Q4uQFPLDLdjUNYuqoOeg (consulté le 5 mars 2011).

13 European Court of Human Rights. Jamil v. France. 8 June 1995 (Application No. 15917/89), para. 26. In: Elisabeth Lambert-Abdelgawad. The execution of judgments of the European Court of Human Rights. Strasbourg. Cedex. 2002 <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/5BDDF858-F85B-4523-BD58-27243CB2F03C/0/DG2ENHRFILES192002.pdf> (consulté le 5 mars 2011).

14 *Kokkinakis v. Greece*, voir cit.9, para.52.

15 European Court of Human Rights. Ivanov v. Bulgaria, Application No. 76942/01, Decision on admissibility, 5 January 2006. <http://www1.umn.edu/humanrts/research/bulgaria/VALENTIN%20IVANOV.pdf> (consulté le 5 mars 2011).

16 Art.15 (1) prévoit « Personne ne peut être condamné pour les actions ou omissions qui ne constituent pas un acte délinquant, conforme au droit national ou international au moment du flagrant délit. Meme, on n'applique une peine plus sévère que celle qui était applicable au moment de la commission du crime. Si après la commission de l'infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus assouplie, le délinquant doit en bénéficier ». http://www.dri.gov.ro/documents/pactul_cu_privire_la_drepturile_civile_si_politice.pdf (consulté le 5 mars 2011).

les intérêts des Serbes de partout. En principe, l'opposition tendait à créer une armée serbe « populaire » qui pourrait défendre les idées et les intérêts serbes tant en Serbie qu'au-delà de ses frontières. Il est clair que telles stratégies puissent également exploiter le sentiment d'insécurité, en ce temps-là, connu à tous les Serbes, indépendamment des orientations politiques.¹⁷ Dans des telles situations toutes les conditions sont créées pour la mise en œuvre du processus de « militarisation » qui devient incontrôlable, ce qui entraîne, à son tour, une violation massive. Ainsi commença le conflit en Croatie en 1991, et plus tard en Bosnie-Herzégovine en 1993.

Aspects novateurs introduits par TPIY pour augmenter l'efficacité des procès judiciaires et l'attribution aux systèmes judiciaires nationaux des standards internationaux.

Le 28 août 2003, le Conseil de sécurité de l'ONU a adopté la résolution 1503, par lequel « 7. demande au TPIY et TPIR de prendre toutes les mesures nécessaires pour terminer les enquêtes jusqu'à la fin de l'année 2004, les procès du premier degré à la fin de l'année 2008 et achever les travaux en 2010 (Stratégie de finalisation des travaux) ». ¹⁸ Pour implémenter cette stratégie le tribunal avait à se concentrer sur les plus « importants » criminels de guerre. Cependant, cette approche suppose que la communauté internationale reste en suspens tant que les anciens belligérants puissent démontrer qu'ils peuvent faire partie des pays démocratiques et tendent à adhérer à l'Union européenne. Un tel objectif ne peut être atteint que par la coopération à long terme avec le TPIY et par la mise en œuvre des procès judiciaires sur des criminels de guerre au niveau nationale. Ces procès doivent être équitables et être conformes aux normes acceptées par une société démocratique. L'équité comprend la volonté de traduire devant la responsabilité des "propres" criminels de guerre, le fait qui est rencontré assez rarement dans la pratique. Les changements généraux dans le domaine politique, social, même le désir des Etats apparus sur le territoire de l'ex-Yougoslavie de devenir membres de l'Union européenne a également entraîné des modifications dans la poursuite des personnes qui ont commis des crimes de guerre. En Croatie, en Serbie, au Monténégro les systèmes judiciaires nationaux ont été formés et les tribunaux sont devenus plus professionnels dans le cadre des procès judiciaires des criminels de guerre. Les décisions nécessaires ont été adoptées pour mettre en œuvre les normes internationales dans le domaine de la responsabilité pénale, les instances et les structures spécialisées ont été constituées pour le développement des procès judiciaires sur les criminels de guerre. En outre, les tribunaux et les juges atteignent une spécialisation étroite, de nouvelles mesures sont introduites pour protéger les

17 Les memes politiques nationalistes et populistes sont bien connnues et ont été mises en œuvre avec "succès" dans plusieurs Etats, pendant les différentes périodes historiques, les cas de l'ex-URSS et de l'ex-Yougoslavie peuvent servir d'exemple parmi les plus recents.

18 La résolution du Conseil de sécurité de l'ONU 1505 (2003) <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/481/71/PDF/N0348171.pdf?OpenElement> (consulté le 5 mars 2011).

témoins et les victimes, les Etats collaborent ensemble, en particulier dans la récolte des preuves et la présence des témoins, etc. En Bosnie-Herzégovine, au Kosovo, où les conditions créées imposent la communauté internationale de reprendre le rôle décisif dans l'administration du pays, les décisions sur la responsabilité des crimes de guerre appartiennent au tribunaux, formés des juges et des procureurs locaux et internationaux. Une telle approche nous montre explicitement que dans ces pays / régions les conditions ne sont pas créées pour que les instances judiciaires nationales puissent assurer les procès judiciaires équitables en rapport avec les crimes de guerre selon les standards internationaux reconnus.

Se référant à la Croatie, il faut mentionner qu'elle sert souvent d'exemple en ce qui tient des réformes juridiques. En 2000, le nouveau gouvernement a commencé un procès du rapprochement avec l'Union européenne, et en 2001 il a signé et a ratifié l'Accord avec l'Union européenne visant la stabilisation et l'association, dont l'objectif ultime était l'intégration européenne de la Croatie. Une des conditions de l'accord a été la coopération de la Croatie avec le TPIY, y compris le renforcement du système judiciaire et l'assurance de la primauté du droit en Croatie. Les négociations proprement dites sur l'accord ont été reportées en raison de certaines difficultés qui ont surgies en procès de la coopération avec le tribunal, surtout à la suite de l'arrestation du général croate Ante Gotovina, à qui le TPIY a déposé des accusations. Comme d'autres pays en transition, la Croatie s'est également heurtée aux problèmes typiques — un très grand nombre de cas non détectés, manque de bonne volonté d'entamer une poursuite contre les « héros » nationaux impliqués dans la commission des crimes de guerre, des déclarations publiques sur la corruptibilité du système judiciaire etc. D'après le professeur de droit pénal à l'Université de Zagreb, Ivo Josipovic, les projets de la réforme judiciaire en Croatie est l'un des projets les plus grandioses et les plus importants, dont la mise en œuvre a permis d'améliorer la situation.¹⁹

L'objectif principal de la période transitoire est de restaurer l'échelle des valeurs qui serviront de base pour les normes généralement acceptées, y compris les mécanismes de protection de ceux-ci. La tentative de les ignorer ou, plus dangereusement, la tentative de faire douter la légitimité de la part de ceux qui les ont violé dans le passé et continuent de les violer, il faut les interrompre dès le début. Pour les victimes, pour la société, même pour les criminels, la peine est souvent le seul critère d'évaluation de la justice.

Depuis le Moyen Age, le critère de la pleine souveraineté de l'Etat a été sa capacité de rendre la justice à tous les niveaux. Heureusement, sous l'aspect conceptuel on observe de certains progrès, mais que seulement le système dans lequel la punition devient l'objet de négociations, s'est révélée inadéquate. La justice doit posséder simultanément un caractère de réhabilitation et un caractère répressif. (*à suivre*)

19 Ivo Josipovic. Responsibility for war crimes before national courts in Croatia. International Review of the Red Cross. Volume 88. Number 861. March 2006, p.150 http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_861_josipovic.pdf (consulté le 5 mars 2011).

LE CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EXERCÉ PAR LES JURIDICTIONS ÉTRANGÈRES : L'EXEMPLE DU CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL¹

Par **Xavier Philippe**, Professeur de droit public à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III GERJC-UMR

Traiter du contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères, ne serait ce que dans le cadre du contentieux constitutionnel, est un pari à peu près impossible... ! Comment rendre compte de la diversité et de la richesse d'une telle question dans le cadre d'une contribution limitée ? Pourtant, le défi est intéressant à relever et peut donner lieu à une réflexion introductive générale sur la place de la proportionnalité dans les différents systèmes juridiques si l'on recherche les traits communs mais également les limites que peut comporter un tel contrôle...

Mots-clés: proportionnalité, jurisprudence, contentieux constitutionnel, contrôle juridictionnel.

CONTROLUL PROPOȚIONALITĂȚII EXERCITAT DE JURISDICȚIILE STRĂINE: EXEMPLUL CONȚECIOSULUI CONSTITUȚIONAL

Controlul proporționalității exercitat de jurisdicțiile străine pot avea loc doar în cadrul conțeciosului constituțional. Problema este – în ce formă poate el avea loc, ținând cont de diversitatea și complexitatea acestei probleme în cadrul unor contribuții limitate? Ideea nu constă în crearea unui registru de decizii, ce ar impune un control al proporționalității, ci mai bine spus în punerea unor probleme în scopul examinării jurisdicțiilor străine, care la rândul său ar putea da răspuns la întrebările puse. În materia de control al proporționalității există unele viziuni sau intuiții ce merită a fi examinate anterior și care pot fi formulate reieșind din mai multe aserțiuni generale, care la rândul său pot fi grupate în dependență de unii factori.

Cuvinte-cheie: proporționalitate, conțecios constituțional, control juridicțional.

L'idée directrice ne consiste pas à établir ici un catalogue des décisions mettant en œuvre un contrôle de proportionnalité mais plutôt de soulever un certain nombre de questions que l'examen de la jurisprudence des juridictions étrangères permet d'éclairer. Il existe en matière de contrôle de proportionnalité certaines croyances ou intuitions qui méritent d'être examinées plus avant et que l'on peut formuler à travers plusieurs assertions générales. On peut les regrouper comme suit:

1 Cet article a été présenté comme rapport au colloque « Les figures du contrôle de proportionnalité », organisé à la Faculté de droit et de Science Politique, Université « Paul Cézanne » Aix-Marseille III le 4 et 5 juin 2007.

1. le contrôle de proportionnalité est présent dans tous les systèmes juridiques et apparaît comme une constante, consubstantielle à la fonction de juger.
2. le contrôle de proportionnalité se décompose en deux axes : le contrôle de la proportionnalité (proportionnalité normative) et le contrôle de proportionnalité (proportionnalité interprétative ou proportionnalité employée comme technique de contrôle). Les deux formes de contrôle ne remplissent pas les mêmes fonctions, même si elles se recoupent.
3. le contrôle de proportionnalité comporte différents degrés. La définition de ces degrés de contrôle est fonction du cadre normatif et de la liberté de choix laissée à l'auteur de la décision ou de l'action, le tout placé sous le contrôle du juge.
4. le contrôle de proportionnalité irradie toutes les sphères du droit. Il n'est pas nécessairement érigé en « principe » mais implique une prise en compte adaptée dans ses différents contextes de mise en œuvre.
5. le contrôle de proportionnalité est une fonction logique du droit. Il implique une analyse du processus décisionnel et de son résultat qui peut conduire le juge à substituer sa décision à celle de l'auteur de la décision si celle-ci sort du cadre de l'intervention. Ce caractère rend ce type de contrôle potentiellement dangereux puisqu'il permet au juge — sous couvert du respect de la règle de droit — de s'immiscer dans des sphères politiques et est susceptible de donner naissance à un « gouvernement des juges ».

Ces assertions mériteraient certainement affinement et précision mais elles représentent en substance un discours commun autour du contrôle de proportionnalité qui transcende les différences entre systèmes juridiques. Les problèmes surgissent cependant dès qu'il s'agit d'évaluer l'influence que peut exercer un système sur un autre. Nous voudrions tenter ici de dresser un panorama synthétique des différentes perceptions du contrôle de proportionnalité pour déterminer si les exemples étrangers constituent des sources d'inspiration ou des justifications postérieures à une solution qui se serait de toute façon imposée d'elle-même...

1. La permanence du contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles comparées

Le recours au contrôle de proportionnalité par les juridictions constitutionnelles étrangères est ancien et remonte généralement à des sources antérieures à la création même de telles juridictions. Cette permanence est décelable dans le système romano germanique comme dans le système de *Common Law*.

1. Le contrôle de proportionnalité dans les systèmes romano germaniques
(République Fédérale d'Allemagne) — La paternité du recours au contrôle de proportionnalité revient probablement à l'Allemagne dans les pays de droit écrit. Très tôt, les juridictions prussiennes et allemandes puis la doctrine ont consacré des

développements substantiels à un « principe de proportionnalité », décrit sans le nommer qui s'imposeraient aux autorités publiques (en l'occurrence administratives) dans l'exercice de leurs pouvoirs de police. L'idée développée par W. Jellinek « *on ne tire pas sur des moineaux avec un canon* »² est certainement la plus illustrative de la genèse de ce principe. La loi fondamentale de 1949 lui permettra d'acquérir une nouvelle dimension dès lors que la protection des droits fondamentaux constitue un élément central du texte constitutionnel et s'impose logiquement aux autorités publiques dans la mise en œuvre de ces droits. Bien qu'il soit contenu en filigrane dans certains de ses articles, le principe n'est pas formellement identifié en tant que tel. Il reviendra à la jurisprudence de le consacrer. La Cour constitutionnelle fédérale lui conférera valeur constitutionnelle en 1965³. Dans sa décision consécutive à l'adoption de la loi modifiant la procédure pénale, elle a souligné que le juge ne devait pas « *perdre de vue le but de la détention provisoire* », précisant que « *ni la gravité de l'infraction, ni la culpabilité, ni même la prise en compte de l'émotion suscitée dans l'opinion publique qui estime intolérable qu'un meurtrier reste en liberté ne sauraient justifier la détention provisoire.* ». Elle le reprendra ensuite abondamment dans sa jurisprudence⁴ à tel point que ce principe deviendra l'un des plus invoqués par les requérants⁵ — il le reste encore aujourd'hui — et sera considéré comme un principe général.

Le principe de proportionnalité en droit allemand est devenu emblématique en raison de sa liaison avec l'État de droit et les droits fondamentaux. Il dépasse cependant ce seul champ d'application et référence lui est également faite dans la mise en œuvre du principe d'égalité ou dans les rapports entre les entités étatiques. Cette omniprésence du principe dans la jurisprudence constitutionnelle deviendra une source d'inspiration pour d'autres juridictions nationales ou supranationales. Le plus grand mérite de la jurisprudence reste cependant à nos yeux d'avoir eu recours au principe de proportionnalité mais également de l'avoir dit et explicité clairement. Cette œuvre pédagogique a pu avoir un effet de contagion alors même que d'autres juridictions s'inspiraient de la même démarche sans le dire.

(Belgique) — Bien que la Belgique soit une nouvelle venue dans le « club » des Cours constitutionnelles⁶, le contrôle de proportionnalité a fait rapidement son entrée dans la jurisprudence de la Cour. Comme en République fédérale d'Allemagne, le texte constitutionnel ne comporte pas de reconnaissance directe et explicite du

2 W. Jellinek, juriste allemand (1885-1955) *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1928.

3 V. M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 156.

4 Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, Deuxième sénat, 24-04-1985, Req. 2 BvR 2, 3, 4/83, 2/84 *Objection de conscience*, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Recueil officiel), 69, 1

5 A. Dittman « Le recours constitutionnel en droit allemand », *Les cahiers du Conseil constitutionnel* n°10, pp.7-8.

6 La Belgique a changé le nom de sa juridiction constitutionnelle en mai 2007. L'ancienne Cour d'arbitrage est devenue la Cour constitutionnelle par la réforme constitutionnelle du 7 mai 2007.

principe de proportionnalité, mais nombre d'articles⁷ en intègrent l'idée ou la genèse. L'utilisation de la *combinaison de normes* constitutionnelles et conventionnelles (notamment la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme de 1950) renforce encore un peu plus cette présence du principe de proportionnalité qui fait son apparition autant dans le cadre de la protection des droits fondamentaux que dans le cadre des relations intercommunautaires. Le principe de proportionnalité est considéré par la Cour comme un principe général qui peut prendre des aspects spécifiques dans les domaines d'application où il est employé.

Tantôt moyen, tantôt objectif, il est consubstantiel à l'ordre juridique. L'originalité de la Belgique tient à ce qu'à l'origine, la fonction de la Cour était concentrée sur le respect des compétences entre les communautés, les régions et l'État puis avec la réforme constitutionnelle de 1988 aux articles 10, 11 et 24 qui garantissent le principe d'égalité et de non discrimination ainsi que les droits et libertés en matière d'enseignement : les liens de parenté entre le principe d'égalité et le contrôle de proportionnalité sont étroits, même s'il subsiste des différences. Ceci a constitué un terreau propice au développement du contrôle de proportionnalité sous toutes ses formes. De façon générale, son utilisation est aujourd'hui très fréquente comme en Allemagne et repose sur la même logique et la même dynamique.

(*La péninsule ibérique: Espagne et Portugal*) — Sans vouloir minimiser les différences entre les deux pays, le contrôle de proportionnalité effectué par les Cours constitutionnelles espagnole et portugaise présentent des similitudes qui permettent de les classer dans le groupe des pays romano germaniques qui n'ont pas consacré explicitement le principe de proportionnalité dans le texte constitutionnel mais ont fréquemment recours au contrôle de proportionnalité. La démarche est la même que précédemment. Les Cours constitutionnelles se sont fondées à la fois sur une interprétation des dispositions de la Constitution⁸ et leur combinaison soit entre elles, soit avec des conventions internationales pour bâtir une jurisprudence où le contrôle de proportionnalité occupe une place incontournable. L'invocation de la violation du principe de proportionnalité ou d'une règle impliquant l'examen de certaines exigences de proportionnalité est un argument couramment invoqué par les parties. L'Espagne et le Portugal ont donc intégré la proportionnalité dans le contentieux des droits et libertés fondamentaux ainsi que dans les moyens de contrôle relatifs aux compétences des entités autonomes.

On pourrait facilement poursuivre cette étude dans bien d'autres pays d'Europe continentale. Le constat serait identique. Il suffit pour s'en convaincre de consulter la

7 Notamment les articles 10 et 11 relatifs à l'égalité et la discrimination qui ont fondé la compétence de la Cour à partir de 1988.

8 V. par exemple, Tribunal constitutionnel espagnol, 4 mai 1998, aff. 93/98, *Boletín oficial del Estado (Journal Officiel)*, 137, 9 juin 1998, 3-7/h, interprétation de l'article 23-2 de la Constitution espagnole. V. égal. Tribunal constitutionnel portugais, 10 février 2004, aff. 88/04, *Diário da República*, série II, du 16 avril 2004, 5962-5967, interprétation des articles 67 (protection de la famille) et 63 (droit à la sécurité sociale) de la Constitution portugaise.

base de données de la Commission de Venise : le nombre des décisions des juridictions constitutionnelles ayant recours au contrôle de proportionnalité est surprenant. Deux points méritent d'être soulignés quant à la place du contrôle de proportionnalité. D'une part, le contentieux constitutionnel européen a rapidement intégré la proportionnalité dans ses instruments de contrôle. En cela, il s'est logiquement inspiré du contrôle exercé par les juges ordinaires qui l'intégraient déjà de façon implicite mais également de juridictions transnationales qui ont favorisé une certaine forme de contagion. D'autre part, nombre d'États ayant une constitution récente ont connu une intégration plus directe et rapide de ce contrôle en raison d'un meilleur ancrage des juges constitutionnels dans le panorama des institutions juridictionnelles.

2. Le contrôle de proportionnalité dans les pays de Common Law

Si la République fédérale d'Allemagne est souvent considérée comme l'un des berceaux du contrôle de proportionnalité dans les États appliquant le système romano germanique, les États appliquant le système de *Common Law* ont également — et de longue date — eu recours au contrôle de proportionnalité dans leur jurisprudence. La difficulté provient toutefois de la différence d'appellation. Si aujourd'hui l'invocation d'un « *principle of proportionality* » est décelable dans la jurisprudence, le contrôle de proportionnalité a fait son entrée à travers le « *principle of reasonableness* » (principe du « caractère raisonnable » de la décision ou de l'action) qui dans son essence est très proche de la proportionnalité. La Grande-Bretagne et les États-Unis ont eu traditionnellement recours à ce principe fondé sur une idée très simple : une décision, quelle qu'elle soit, ne peut donner lieu à des effets déraisonnables, disproportionnés ou sans commune mesure avec ce que l'on était en droit d'attendre. La philosophie de la *Common Law* favorise évidemment une telle approche puisqu'il revient au juge à travers la doctrine du « précédent judiciaire » d'apprécier le bien-fondé de l'application d'une règle dans le contexte qui lui est soumis et au besoin de s'en écarter lorsque la règle produit des effets imprévus ou indésirables (*distinguish a case*).

(*Grande Bretagne*) - Dépourvue de contrôle formel de constitutionnalité, la Grande-Bretagne ne devrait pas figurer dans cette étude. Pourtant, les juridictions britanniques ont très tôt défendu l'idée même d'une limitation de l'action des autorités publiques en ayant recours au contrôle de proportionnalité. A travers le « *principle of reasonableness* »⁹, les juges ont défendu le principe de *Wednesbury*, qui constituait une forme de limitation du pouvoir discrétionnaire des autorités publiques¹⁰. Ce principe général est ancien dans la jurisprudence¹¹ : il possédait à l'origine une

9 Le terme principe de rationalité est trop étroit pour décrire ce que représente l'intégralité du *reasonableness*.

10 Ce principe développé par Lord Greene en 1948 dans l'affaire *Wednesbury* fût développé et synthétisé en 1983 par Lord Diplock dans *Council for Civil Services Union v. Minister of Civil Service* [1983] 1 AC 768 (connue sous le nom d'affaire *GCHQ*). Dans cette décision Lord Diplock invoque directement la possibilité d'un passage futur à un contrôle de proportionnalité.

11 *Roberts v. Hopwood* (1925) A.C. 578, *Prescott v. Birmingham Corporation* (1954) 1.ALR.187.

double signification pour le juge : les critères qui fondent le résultat d'une décision ne peuvent être irrationnels (justifiable); une décision ne peut donner lieu à des conséquences sans commune mesure avec ce qu'elle cherchait réaliser (raisonnable). Ce principe, développé par le *Conseil Privé du Roi*¹² se retrouve aujourd'hui devant de nombreuses juridictions inspirées par le modèle anglo-saxon à commencer par les ex-colonies britanniques — tels l'Inde, le Canada, l'Australie, ou l'Afrique du Sud — qui l'ont adopté et développé. La Grande Bretagne a cependant évolué et fait une place — participation aux traités européens oblige — au principe de proportionnalité proprement dit¹³. Si les manifestations de ce contrôle de proportionnalité sont plus classiques, elles complètent plus qu'elles ne révolutionnent le recours à un tel contrôle : le contrôle de proportionnalité a élargi le champ du *principe of reasonableness* en lui donnant un caractère plus précis et plus systématique. Si l'idée du contrôle demeure la même, son contenu est plus sophistiqué.

(*Les Etats-Unis*) — La Cour Suprême américaine a également développé une jurisprudence assez riche relative au contrôle de proportionnalité. Là encore, les mots ne sont pas nécessairement les mêmes mais l'idée du caractère raisonnable de la mesure¹⁴ puis l'exigence de respect d'une règle de proportionnalité font partie intégrante du contrôle juridictionnel exercé par la Cour. Le contrôle de proportionnalité y occupe également une place non négligeable compte tenu du rôle exercé par le pouvoir judiciaire aux États-Unis. Le respect des normes constitutionnelles par les autorités politiques amène la Cour à exercer un contrôle assez poussé sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire des autorités lorsque celles-ci le mettent en œuvre. La Cour suprême américaine a donc non seulement fait respecter le principe de proportionnalité là où il constituait une condition de validité de l'acte ou de l'action mais l'a également régulièrement intégrée dans ses techniques de contrôle¹⁵. Le terme n'apparaît pas nécessairement comme tel.

(*Permanence du contrôle de proportionnalité*) — On pourrait multiplier les exemples, les résultats ne seraient nullement démentis. Le contrôle de proportionnalité est bel et bien présent dans la jurisprudence constitutionnelle de nombreux États à travers ses multiples formes. Quelques remarques peuvent cependant être formulées. En premier lieu, le recours à la notion de proportion ou de proportionnalité

12 Privy Council, *Dharmarajen Sabapathée v. The State* (1999) 1. W.L.R. 1836; Privy Council, *Lee Ngin Kiat v. Public Prosecutor* (1993) 2 S.L.R. 551; Privy Council, *A.G. of Hong-Kong v. Lee Kwong-Kut* (1993) 3 A.E.R. 93

13 Royaume-Uni, Chambre des Lords, 21-03-2002, *Regina c. Shayler*, [2002] *United Kingdom House of Lords* 11; [2002] 2 *Weekly Law Reports* 754

14 *Gosaert v. Cleary* [1954] 335 US 464.

15 États-Unis d'Amérique, Cour suprême, 25-06-1997, Req. 95-2074, *City of Bourne c. Flores*, 117 *Supreme Court Reporter* 2157, 1997; Cour suprême, 11-01-2000, Req. 98-791, 98-796, *Kimel c. Florida Board of Regents*, 120 *Supreme Court Reporter* 631, 2000; Cour suprême, 07-04-2003, Req. 01-1289, *State Farm Mutual Automobile Insurance Company c. Campbell*, 123 *Supreme Court Reporter* 1513 (2003)

est protéiforme, c'est-à-dire recouvre des réalités très différentes qui dépendent du contexte dans lequel ce contrôle est exercé. Sous le même mot, on regroupe autant des exigences découlant des normes que des techniques de contrôle. En second lieu, il y a eu à travers l'histoire un phénomène de perméabilité des systèmes juridiques qui explique que l'on retrouve cette notion dans les différents États. La colonisation a indéniablement joué un rôle, notamment dans les États du Commonwealth, et le développement ultérieur séparé des régimes juridiques a confirmé l'ancrage de la proportionnalité dans le contrôle juridictionnel. De même, le phénomène de développement du constitutionnalisme depuis le début des années 80 avec l'intégration systématique d'un catalogue de droits fondamentaux a offert au contrôle de proportionnalité un terrain de développement inespéré: la limitation des droits, leur conciliation, leur concrétisation... tout semble avoir été fait pour faciliter le développement du contrôle de proportionnalité... Il suffit d'examiner la jurisprudence de nouveaux États comme la Slovénie¹⁶ ou l'Estonie¹⁷ pour s'en convaincre. En troisième lieu, les juridictions transnationales ont joué le rôle de « courroie de transmission » dans ce phénomène de contagion. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de la Communauté Européenne ont servi de référence à certaines juridictions constitutionnelles pour affirmer et affiner leur contrôle de proportionnalité¹⁸. Sans pouvoir faire le tour de la planète, ceci est aussi probablement vrai pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme et le sera pour la future Cour africaine des droits de l'homme. Bien que ces juridictions aient développé leur propre contrôle, elles ont aidé à la propagation du contrôle de proportionnalité. En quatrième lieu, il faut se méfier des conclusions un peu hâtive qui considéreraient que le contrôle de proportionnalité est un « produit » à la mode qui s'exporterait bien et facilement. Les racines du contrôle de proportionnalité sont souvent beaucoup plus profondes que ses manifestations extérieures et si un certain engouement s'est manifesté ces vingt dernières années pour ce type de contrôle, sa présence est souvent plus ancienne que ne le laissent paraître son appellation officielle. De nombreuses juridictions ont exercé un contrôle de proportionnalité un peu comme Monsieur Jourdain faisait de la prose... sans le savoir !

La cause est donc entendue et la présence de la proportionnalité dans le contrôle juridictionnel une donnée qui pourrait prétendre — toutes proportions gardées — à une certaine universalité... Mais qu'y a-t-il derrière le contrôle de proportionnalité ?

16 Slovénie, Cour constitutionnelle, 20-05-2004, Req. U-I-296/02, Uradni list RS (Journal officiel), 68/04; Pravna praksa, Ljubljana, Slovenia

17 Estonie, Cour suprême, Assemblée plénière, 25-02-2004, 3-3-1-60-03, *Requête de Nikolai Irhin visant à faire constater l'illégalité des décisions de la préfecture de police de Tallin et à obtenir une autorisation de détention d'armes, Riigi Teataja III* (Journal officiel), 2004, 7, 70 /

18 V. notamment les jurisprudences anglaises, belges, allemandes... pour n'en citer que quelques unes.

**2. Le contrôle de proportionnalité se décompose en deux axes :
le contrôle de la proportionnalité (proportionnalité normative)
et le contrôle de proportionnalité (proportionnalité interprétative
ou technique de contrôle).**

La présence de la notion de proportionnalité dans le contentieux constitutionnel comparé cache mal une réalité qui conduit souvent soit à des assimilations abusives, soit à des confusions dangereuses. Si la proportionnalité se définit génériquement comme « *l'état des grandeurs qui sont ou restent proportionnelles entre elles* » ou encore comme « *un rapport de proportion* », rien n'indique ni ne définit dans le cadre du contrôle juridictionnel ce qu'est le contrôle de proportionnalité. Or, l'examen des recours au contrôle de proportionnalité fait nettement apparaître deux formes de contrôle de proportionnalité : l'une est imposée au juge et se trouve contenue dans l'obligation générée par une norme — on peut la baptiser « proportionnalité normative » ; l'autre est dégagée ou créée par le juge pour lui permettre d'exercer son contrôle — on peut alors la baptiser de proportionnalité interprétative (ou de technique du contrôle de proportionnalité). Dans le premier cas, il serait souhaitable de qualifier le contrôle de « contrôle de *la* proportionnalité » alors que dans le second cas, il s'agit véritablement d'un « contrôle de proportionnalité ». Les deux formes de contrôle ne remplissent pas les mêmes fonctions, même si elles se recoupent.

(Le contrôle de « la proportionnalité ») — Le contrôle de « la proportionnalité » est souvent utilisé sous deux différentes formes. La première — brute pourrait-on dire — consiste à exiger le respect d'une règle de proportionnalité dans le cadre d'une décision ou d'une action : l'exemple type de cette forme directe de proportionnalité est observable en droit pénal lorsque le juge doit appliquer le respect du principe de proportionnalité entre la gravité des faits et le *quanta* de la peine. Cette forme « primaire » du contrôle de proportionnalité est utilisée de façon fréquente par les juridictions constitutionnelles, que ce soit par projection dans le cadre d'un contrôle objectif à l'égard d'une norme abstraite, ou que ce soit à l'égard d'une situation concrète à laquelle le juge est confronté dans le cadre d'un contrôle subjectif *a posteriori*. Le juge n'est pas ici l'auteur du contrôle de proportionnalité mais son exécutant. Nul doute cependant qu'il devra définir le sens de cette exigence et que son pouvoir interprétatif sera sollicité. Il n'empêche que dans ce cas précis, il n'est pas l'initiateur du contrôle. Ce contrôle direct peut également être découvert dans certains aspects plus techniques tels que la représentation politique ou la mise en œuvre du principe d'égalité. La proportionnalité prend ici un sens plus mathématique où l'exigence de contrôle imposera au juge une analyse quasiment mécanique.

La deuxième forme de contrôle de « la proportionnalité » est celle induite ou contenue de façon plus ou moins explicite dans une norme. L'idée directrice repose sur une obligation de proportionnalité intégrée à la norme. Les droits et libertés fondamentaux constituent le berceau et le domaine de prédilection de ce type de contrôle dans le contentieux constitutionnel. Les exemples sont nombreux et cela

quels que soient les systèmes juridiques en cause. L'idée peut être contenue dans la description du droit protégée. Ainsi par exemple des atteintes au droit de propriété qui doivent être justifiées et compensées par une indemnité équitable¹⁹ qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales. Dans un tel cas, l'exigence de respect d'une certaine forme de proportionnalité fait partie de la protection normative du droit. Il en est de même de la liberté d'expression dont les limites s'inscrivent dans la protection de l'ordre public²⁰ ou encore de la liberté individuelle dont les atteintes doivent être strictement proportionnées au but d'intérêt public qu'elles entendent servir²¹. On pourrait allonger la liste sans difficulté. La raison de cette symbiose entre droits et libertés fondamentaux et contrôle de «la proportionnalité des atteintes» est aisément décelable: l'absence de caractère absolu de ces droits et libertés²², l'obligation de concilier entre eux droits et libertés²³, l'obligation de concilier ces mêmes droits et libertés avec les exigences de l'intérêt public²⁴ constituent autant d'exigences où la proportionnalité s'imposera comme une composante de la norme. Ces éléments seront souvent révélés par certains termes de protection de la norme comme «raisonnable», «équilibré»... ou par des clauses de limitation des droits pour lesquelles la proportionnalité deviendra un moyen de vérification.

Ainsi, le contrôle de «la proportionnalité» s'est largement répandu dans le cadre du contentieux constitutionnel en raison de la nature même des questions posées au juge. Il est symptomatique que dans certaines constitutions modernes

-
- 19 South African Constitutional Court, 16-05-2002, CCT 19/2001 *First National Bank of SA Limited t/a Wesbank v. Commissioner for the South African Revenue Services and Another; First National Bank of SA Limited t/a Wesbank v. Minister of Finance*, 2002 (7) *Butterworths Constitutional Law Reports* 702 (CC). La garantie constitutionnelle de l'article 25 de la Constitution de 1996 relatif au droit de propriété vise à établir un équilibre *proportionné* (souligné par nous) entre la protection existante du droit de propriété privée et la poursuite de l'intérêt public.
- 20 Royaume-Uni, Chambre des Lords, 21-03-2002, *Regina c. Shayler*, [2002] *United Kingdom House of Lords* 11; op.cit. [2002] 2 *Weekly Law Reports* 754. La restriction à la liberté de communication d'un ancien agent des services de sécurité peut être motivée par les impératifs de sécurité. Toutefois cette restriction ne peut être absolue et doit être justifiée.
- 21 Belgique, Cour d'arbitrage, 19-01-2005, Req. 16/2005, *Moniteur belge*, (Journal officiel), 31.01.2005. Affaire du dopage sportif cycliste. V; égal. Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, Premier sénat, 03-03-2004, 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, *Bundesgesetzblatt* I 2004, 470, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, 999-1022 (affaire des écoutes téléphoniques); égal. Suisse Tribunal fédéral, Première Cour de droit public, 27-02-1998, Req. 1P.629/1997 *X. contre Autorité tutélaire de la commune de Derendingen et Tribunal cantonal du canton de Soleure*, *Arrêts du Tribunal fédéral* (Recueil officiel), 124 I 40.
- 22 A l'exception des droits et libertés indérogeables
- 23 Canada, Cour suprême, 08-12-1994, Req. 23403 *Dagenais c. Société Radio-Canada*, *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 (publication d'un film avant le verdict d'un procès mettant en scène des déviances sexuelles) conciliation des droits et libertés.
- 24 Les objectifs de valeur constitutionnelle dans le langage juridique français.

comme la Constitution sud-africaine de 1996, le texte de la Constitution organise lui-même ce contrôle de façon générale²⁵ ce qui offre au juge constitutionnel un titre à exercer un contrôle de proportionnalité qu'il aurait probablement exercé lui-même en combinant les différentes normes applicables.

(Le contrôle de proportionnalité) — À côté du contrôle normatif de la proportionnalité, il existe un contrôle de proportionnalité issu des techniques de contrôle du juge. Pour exercer pleinement son rôle le juge doit disposer d'instruments ou de techniques de contrôle et il a naturellement eu recours au contrôle de proportionnalité parce que celui-ci lui est apparu dans bien des cas adapté à la mission qui lui était dévolue. Le contrôle de proportionnalité permet en effet au juge de contrôler la logique d'un acte ou d'une action et par définition s'avère adapté à cette analyse de la rationalité des rapports entre la norme et les faits ou entre les motifs et le but poursuivi. Les juges ont ici cherché à travers le contrôle de proportionnalité un instrument adapté à la difficulté de leur tâche. Deux observations méritent ici d'être soulignées. D'une part, si le contrôle de proportionnalité est un allié classique du juge, il ne l'utilise pas systématiquement : voir ou rechercher de la proportionnalité partout serait une erreur et il est des cas où un effet disproportionné peut légitimement être recherché par la norme. D'autre part, en tant qu'élément de logique juridique, la proportionnalité est également limitée dans la mesure où elle ne peut placer le juge dans la même position que l'autorité de décision. À de rares exceptions près, il serait donc préférable de parler de « contrôle d'absence de disproportion » que de contrôle de proportionnalité.

(Existence et relativité de la distinction) — Cette distinction entre les deux types de contrôle — « de la proportionnalité » et « de proportionnalité » — permet de comprendre que le rôle actif du juge en la matière (et qui lui a pendant longtemps été reproché) n'est pas linéaire et dépend de la situation normative qu'il trouve ou découvre. Il faut cependant comprendre que les deux types de contrôle ne sont pas antinomiques et qu'il y a souvent entre les deux davantage une différence de degré qu'une différence de nature. Plus précisément, le juge — même habilité par la norme — à exercer un contrôle de proportionnalité devra utiliser ses pouvoirs d'interprétation pour modeler le contenu de ce contrôle. Il n'y a donc pas — hormis les contrôles de proportionnalité mathématique — de contrôle de proportionnalité qui ne fasse pas

25 V. en ce sens l'article 36 de la Constitution de 1996 qui dispose : «(1) *Les droits contenus dans la Déclaration des droits (fondamentaux) ne peuvent être limités qu'aux termes d'une loi d'application générale pour autant que la limitation soit raisonnable et justifiée dans une société ouverte et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté, en prenant en considération l'ensemble des facteurs pertinents, incluant : la nature du droit ; l'importance et le but de la limitation ; la nature et l'étendue de la limitation ; la relation entre la limitation et son but ; et l'existence de moyens moins restrictifs pour atteindre ce but.*

(2) *A l'exception des règles mentionnées dans l'alinéa (1) ou dans toute autre disposition de la Constitution, aucun texte ne peut limiter les droits contenus dans la Déclaration des droits (fondamentaux)* ». V. égal. X. Philippe « Les clauses de limitation et d'interprétation des droits fondamentaux dans la Constitution sud-africaine de 1996 », *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras*, pp;897-922, Bruylant Bruxelles, 2005

appel à l'œuvre créatrice du juge, mais en revanche des formes d'habilitation plus ou moins directes à exercer un tel contrôle.

3. *Les degrés du contrôle de proportionnalité*

Le contenu exact du contrôle de proportionnalité a fait couler beaucoup d'encre en raison de l'affinement des analyses (*test*) auxquels il a donné lieu. On relève deux constantes dans la jurisprudence constitutionnelle comparée : le contrôle de proportionnalité est exercé à partir d'une analyse réalisée par étapes successives ; ces étapes intensifient le degré du contrôle en fonction de la marge d'action laissée au juge par la norme. Le contrôle de proportionnalité n'est donc pas unique mais dépend de la marge de manœuvre et du degré de contrainte qui pèsent sur l'auteur de la décision ou de l'action.

On peut essayer de présenter les différents types de contrôle de proportionnalité exercés par les juridictions constitutionnelles pour constater qu'à peu de choses près...ils se ressemblent fortement !

(*République Fédérale d'Allemagne*) — La Cour constitutionnelle allemande a développé le contenu qu'elle assigne au contrôle de proportionnalité à travers un triple analyse :

- 1.) le principe de pertinence,
- 2.) le principe de nécessité et
- 3.) le principe de « proportionnalité stricte ».

On peut les résumer comme suit. Le « *principe de pertinence* » correspond à l'appropriation du ou des moyens retenus à la fin poursuivie. Il correspond à l'idée de correspondance ou d'adéquation des moyens au but. Sans qu'il soit précisé quel degré de correspondance le juge exige pour que le critère soit satisfait, ce moyen permet de sanctionner une décision qui serait sans rapport avec les motifs qui la justifient. Le « *principe de nécessité* » correspond à une analyse se situant à un échelon supérieur. Cette fois les motifs et le but sont pertinents mais il serait possible d'atteindre le même résultat sans recourir à la mesure choisie considérée en l'occurrence comme non nécessaire. Le principe de nécessité ne remet pas en cause le but mais les moyens employés. Enfin, le « *principe de proportionnalité stricte* » impose un choix impliquant une justification complète, rationnelle et raisonnée de la solution choisie. Il n'existe plus qu'un choix limité — pour ne pas dire unique — dans cette situation. La jurisprudence constitutionnelle allemande a abondamment développé ces trois degrés de contrôle avec une subtilité parfois difficilement perceptible. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple récent dans l'affaire dite des « surveillances acoustiques des locaux domiciliaires »²⁶, la Cour a rappelé qu'elle ne pouvait admettre une atteinte excessive et non justifiée à la sphère intime de la vie privée de la personne : elle

26 Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, Premier sénat, 03-03-2004, 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, Affaire de l'inviolabilité du domicile privé, *Bundesgesetzblatt I* 2004, 470, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, 999-1022.

énumère dans sa décision l'ensemble des mesures qui auraient dû être prises pour que la mesure soit proportionnée à cette exigence de protection. Il faut également souligner que la richesse des décisions de la Cour constitutionnelle au regard du contrôle de proportionnalité lui donne une certaine aisance qu'elle ne possédait pas il y a encore une trentaine d'années malgré la reconnaissance officielle du principe de proportionnalité.

(*Les États-Unis*) — La Cour suprême américaine, à travers le respect du caractère raisonnable des décisions, a développé différentes formes du contrôle de proportionnalité qui impliquent plusieurs degrés de contrôle (*standards of review*). L'idée sous jacente commune à ces différents degrés repose sur la rationalité des moyens au regard du but poursuivis. Partant de ce fil conducteur, la Cour exerce tout d'abord un contrôle minimum qui consiste à vérifier si la loi est rattachée d'une façon raisonnable à un but légitime de gouvernement (*rational basis test*). Il existe pour ce type de contrôle une présomption de constitutionnalité surtout utilisé pour les lois à caractère économique et social. Ensuite, est historiquement apparue une forme de contrôle maximum utilisée pour les lois limitant les libertés fondamentales et qui consiste à vérifier que la loi est indispensable pour promouvoir un intérêt prépondérant du gouvernement. Le juge vérifie l'absence de « critères suspects » et exige une justification précise pour toute atteinte considérée comme potentiellement dangereuse (*strict scrutiny*). Enfin, vers le milieu des années 70 est apparu un contrôle intermédiaire consistant à vérifier qu'une loi est rattachée de façon *suffisante* à un intérêt légitime de gouvernement (*intermediate review*). La jurisprudence américaine a affiné ses analyses mais reste fondée sur trois degrés du contrôle. Sans vouloir tomber dans un monolithisme analytique excessif, on constate au-delà des mots une certaine correspondance entre les analyses du juge allemand et celle du juge américain, et cela en dépit de la différence des systèmes juridiques.

(*La Grande Bretagne*) — Malgré une absence formelle de juridiction constitutionnelle, la Grande Bretagne se réfère aujourd'hui directement au contrôle de proportionnalité pour contrôler les atteintes aux droits fondamentaux. Les juridictions suprêmes britanniques pratiquent une analyse tridimensionnelle qui correspond à trois degrés de contrôle connus. Pour évaluer si une décision est arbitraire ou excessive, le juge doit se demander 1) si l'objectif de la législation est suffisamment important pour justifier la limitation d'un droit fondamental, 2) si les mesures projetées pour remplir le but fixé par la législation possèdent un lien de rationalité avec celle-ci 3) si les moyens utilisés pour limiter le droit ou la liberté ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour accomplir cet objectif²⁷. Toutefois, la chambre des Lords, tout en appliquant cette analyse, a tenu à souligner que l'inclusion du principe de proportionnalité dans son contrôle allait plus loin que le contrôle traditionnel et que la triple

27 Royaume Uni, Conseil privé de la Reine, *De Freitas c. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* [1999] 1 *Appeals Cases*, 69, p.80; [1998] 3 *Weekly Law Reports*, 675.

analyse quant au but de la législation, aux mesures envisagées et aux moyens retenus pour satisfaire ce but impliquait une série d'appréciations qui pouvait conduire à différents résultats et à transformer le juge en auteur de la décision²⁸.

(*Canada*) — Le Canada fait également partie depuis 1982 des États ayant adopté récemment une Charte constitutionnelle des droits et libertés constitutionnellement garantie. La Cour suprême du Canada a adopté une position assez proche de celles des pays de droit mixte. Elle exerce un contrôle de proportionnalité tripartite fondé sur l'examen de trois éléments.

D'une part, l'objectif de la loi doit être réel et urgent. Dans l'arrêt *Oakes*²⁹, la Cour suprême a conclu que l'objectif de la loi, que visent à servir les mesures ayant pour effet de restreindre une liberté ou un droit garantis par la *Charte*, doit être suffisamment important pour justifier que l'on passe outre à une liberté ou un droit protégé par la Constitution.

D'autre part, il faut que la mesure proportionnée soit pertinente, c'est-à-dire qu'il existe un degré suffisant de proportionnalité entre la distinction contestée (c'est-à-dire le moyen utilisé pour atteindre l'objectif) et la violation des droits³⁰. Cette analyse s'évalue elle-même à travers un triple examen : premièrement, la distinction doit avoir un lien rationnel avec l'objectif urgent et réel de la loi ; deuxièmement, le gouvernement doit démontrer que la loi porte atteinte le moins possible aux droits garantis ; troisièmement, il doit exister un rapport de proportionnalité entre les effets discriminatoires de la distinction contestée et ses effets bénéfiques.

Enfin, l'analyse de la proportionnalité exige que l'on aborde l'évaluation de la mesure dans son ensemble et non comme on aborde un bilan comptable³¹.

Si la jurisprudence canadienne est très riche et comprend de nombreux détails rendant les degrés du contrôle un peu plus sophistiqués qu'ailleurs, elle ne transforme pas radicalement l'idée d'un contrôle de proportionnalité fondé sur différents degrés et obligeant les autorités publiques à examiner soigneusement les raisons de leur action et le contenu de leurs décisions. On peut ici être frappé par deux éléments transversaux à cette analyse sommaire des différents degrés du contrôle de proportionnalité. Le premier est fondé sur la nature du pouvoir dont bénéficie l'auteur de la décision initiale. Plus ce pouvoir est juridiquement encadré,

28 Royaume-Uni, Chambre des Lords, 17-05-2001, *R. c. A.*, [2001] *United Kingdom House of Lords*, [2001] 2 *Weekly Law Reports*, 1546; [2001] 3 *All England Law Reports*, 1 [2001].

29 Canada, Cour suprême, *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

30 Canada, Cour suprême, 08-12-1994, Req. 23403 *Dagenais c. Société Radio-Canada*, *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 (publication d'un film avant le verdict d'un procès mettant en scène des déviances sexuelles) conciliation des droits et libertés

31 Canada Cour suprême, 25-05-1995, Req. 23636 *Egan c. Canada* [1995] 2 *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada* 513, Internet: gopher.droit.unmontreal.ca/egan.fr; (1995), 124 *Dominion Law Reports* (4th) 609; (1995), 182 *National Reporter* 161; (1995), 29 *Canadian Rights Reporter* (2d) 79.

plus l'intensité du contrôle de proportionnalité se fera sentir et obligera l'auteur d'une décision à se justifier et à expliquer les raisons de son action. Il est d'ailleurs symptomatique que le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques — et plus particulièrement du législateur en ce qui nous concerne — soit encadré par des normes constitutionnelles plus précises, plus modernes qui constituent un cadre d'action contraignant. Il y a peut être là une clef d'explication à la hardiesse de certaines Cours constitutionnelles dans l'affirmation du contrôle de proportionnalité et de son intensité. Les Constitutions récentes fournissent au juge des outils plus précis pour mettre en œuvre leur contrôle. Les Cours constitutionnelles qui ont bâti leur jurisprudence sur des critères jurisprudentiels ont dû s'armer de davantage de patience pour faire admettre et avancer ce contrôle. Le second élément transversal qui doit ici être mis en exergue concerne l'évolution des degrés du contrôle de proportionnalité. La pratique mais également la dynamique du contrôle de proportionnalité implique souvent une incursion de plus en plus grande du juge dans des secteurs dans lesquels il refusait de s'aventurer auparavant. Par exemple, la doctrine des « *political questions* » est de plus en plus critiquée et son domaine se réduit progressivement. De même, la pratique répétée des contentieux techniques n'empêche plus le juge d'essayer de comprendre et de prendre des décisions prenant en considération ses propres jugements de valeur (sans pour autant se positionner en expert). Ceci explique notamment qu'un certain nombre de questions auparavant tabou sont aujourd'hui abordées sans pour autant qu'il n'y ait d'unité dans les conclusions apportées aux critères de proportionnalité.

Les degrés du contrôle de proportionnalité sont inhérents à ce qu'il est et à la mission du juge. Les utiliser à bon escient ne peut que renforcer le contrôle de proportionnalité. Toutefois, cette souplesse et cette adaptabilité ne doivent pas se transformer en « boîte de pandore » et déboucher sur des effets collatéraux indésirables générés par un tel contrôle.

4. Le contrôle de proportionnalité dans les différentes branches du droit

Bien que le contentieux constitutionnel ne soit que la partie émergée de l'iceberg en ce qui concerne le champ d'application du contrôle de proportionnalité, le droit comparé présente l'avantage d'offrir un panorama complet des situations dans lesquelles ce contrôle peut prendre place. La plupart des États n'ont pas inclus de principe général de proportionnalité dans leur Constitution mais l'ont intégré dans leur démarche et leur raisonnement. Le débat sur l'existence d'un principe généralisé de proportionnalité est essentiellement académique dans la mesure où le juge a recours à ce type de contrôle lorsqu'il est adapté à la question qu'il a à trancher et qu'il constitue un outil approprié. Pourtant, nombre de décisions des Cours constitutionnelles ou des Cours suprêmes évoquent l'existence d'un principe général de proportionnalité sans indiquer clairement à quoi il s'applique.

(Le champ d'application généralisé du contrôle de proportionnalité dans le droit des libertés et droits fondamentaux) — Le contrôle de constitutionnalité des libertés et droits fondamentaux couvre un tel champ d'application qu'il est difficile à une branche du droit d'y échapper. La « constitutionnalisation des différentes branches du droit » est un phénomène qui a dépassé les frontières françaises et européennes et s'est imposé internationalement. Logiquement, le contrôle de proportionnalité a pris de l'ampleur et a investi des domaines qui restaient souvent cloisonnés. Le contrôle de proportionnalité a, d'une certaine façon, participé à une œuvre de communication entre les différentes branches du droit et a rendu plus lisible ou compréhensible la protection des droits dans des secteurs considérés comme réservés aux experts. Cette capacité à s'insérer dans toutes les branches du droit possède son revers : elle oblige le juge à comprendre avec précision les spécificités du cadre dans lequel s'insère son contrôle mais également les limites qu'il doit lui assigner.

(Macro droit et micro droit) — Qu'il s'agisse de la question des sanctions pénales, des sanctions administratives, des pensions de réversion, des amendes fiscales, des atteintes au droit de propriété mobilière ou immobilière ou qu'il s'agisse de la peine de mort, de la légitimité d'une attaque lors d'un conflit armé, de la santé d'une population dans son ensemble qui lutte contre le virus du SIDA, le contrôle de proportionnalité possède une capacité à s'adapter aux petites comme aux grandes situations. Il place également le juge au cœur de choix parfois douloureux et pour lesquels on peut considérer qu'il n'est pas le mieux placé. Le contrôle de proportionnalité peut alors être perçu non plus comme une modalité de contrôle mais comme la réflexion d'une décision. Deux observations peuvent être faites à cet égard. En premier lieu, les choix les plus techniques sont souvent ceux impliquant des secteurs spécifiques, dans lesquels il ne s'agit pas pour le juge de trancher de véritables débats de société mais de se prononcer sur des modalités techniques. Ceci peut apparaître comme une intrusion du juge dans les choix décisionnels opérés mais en fonction de l'assise et de la position du juge constitutionnel dans la société, celui-ci dispose généralement de moyens et d'armes qui lui permettent de sanctionner une décision sans avoir à la prendre lui-même : les techniques des réserves d'interprétation ou neutralisantes offrent ainsi une porte de sortie acceptable pour tous. En second lieu, les questions ou débats de société dans lesquels le contrôle de proportionnalité est mis en œuvre ne débouchent sur une censure que s'il existe une franche disproportion dans la solution retenue. Ceci signifie d'une part que le juge reste conscient de ses propres limites (il existe un seuil d'inacceptabilité sociale de sa décision dont il est conscient), d'autre part qu'il n'hésitera pas en revanche à censurer une décision si elle lui semble manifestement irrationnelle ou disproportionnée et ce, même s'il lui faut aller à l'encontre de l'opinion publique. Cette capacité du contrôle de proportionnalité à régler des questions mineures comme à arbitrer de grands débats de société possède une incidence sur le contenu du contrôle. Elle oblige le juge à expliquer le contenu de sa démarche de façon à le convaincre les destinataires de la décision de la justesse de son raisonnement.

Cette obligation est permanente mais elle jouera un rôle d'autant plus grand que l'enjeu de la décision sera important.

(*Contrôle abstrait et contrôle concret de proportionnalité*) — Bien que cette question ne soit pas propre au contentieux constitutionnel, elle prend un relief particulier en raison de la nature même du raisonnement qu'induit le contrôle de proportionnalité. En premier lieu, le contrôle de proportionnalité peut aussi bien être utilisé dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes que dans le cadre d'un contrôle concret. Le contrôle abstrait de proportionnalité peut d'abord être mis en œuvre lorsque l'exigence de proportionnalité est normative. Dans un tel cas, le juge peut être amené à statuer sur des comparaisons ou des rapports de proportion : s'il s'agit d'un contrôle de proportionnalité mathématique (comme dans certaines analyses du principe d'égalité), l'absence de situation concrète n'obérera pas l'effectivité du contrôle de proportionnalité. Dans d'autres cas, le contrôle abstrait des normes n'empêche pas l'exercice du contrôle de proportionnalité car le juge travaille en utilisant des hypothèses de projection des faits. Il « teste » la décision ou la norme au regard de situations imaginées (mais plausibles) qui lui permettent à la marge de vérifier le bien-fondé du contrôle de proportionnalité. Cette situation est d'autant plus nécessaire que le juge essaie d'évaluer le respect de la règle de proportionnalité au regard des situations les plus extrêmes. Dans cette hypothèse, le degré du contrôle de proportionnalité sera cependant limité aux aspects sur lesquels le juge pourra avoir une certaine maîtrise.

Le domaine de prédilection du contrôle de proportionnalité reste cependant par nature celui du contrôle concret des normes, c'est-à-dire celui exercé dans le cadre d'un contexte défini. L'examen du rapport logique entre les faits, la décision ou l'action et le but qu'elle poursuit se conçoit plus facilement dans le cadre de la mise en œuvre des normes. La richesse des potentialités du contrôle de proportionnalité se révèle par son adaptabilité à toutes les situations et la possibilité qu'il offre de « personnaliser le contrôle ». Les normes restent identiques mais la rationalité de leur mise en œuvre sera analysée au regard de leur contexte. Cette situation explique que le contrôle de proportionnalité puisse constituer une sorte de « concept nomade » qui transcende les différentes branches du droit et puisse s'adapter à tout type de situation. Il permet également de distinguer les solutions envisagées et de les adapter à chaque contexte. A cet égard, les systèmes de *Common Law* possèdent l'avantage naturel d'être confronté (dans la presque totalité des cas) à des situations concrètes dans lesquelles le contrôle de proportionnalité prend place, c'est-à-dire tenant compte des circonstances propres à chaque affaire. Le contentieux constitutionnel comparé révèle ici la multiplicité des éléments pris en considération par le juge pour rendre sa décision. Ceci emporte une double conséquence : d'une part, dans les hypothèses de contrôle concret, il devient très difficile de déterminer le poids de chaque élément ayant conduit le juge à effectuer un contrôle de proportionnalité (la combinaison est unique à chaque cas) ; d'autre part, le contrôle de proportionnalité peut générer de l'extérieur un sentiment d'irrationalité ou d'arbitraire en cas de connaissance

superficielle de la situation. Alors même que cette situation est explicable et compréhensible de l'intérieur, elle peut ne pas être comprise de l'extérieur si la décision est insuffisamment motivée. Les techniques de rédaction des jugements dans les pays anglo-saxons limitent toutefois ce risque et permettent de suivre la démarche du juge. Les pays de tradition romano germanique doivent cependant faire un effort en ce sens et le fait que les décisions des juridictions constitutionnelles mettant en œuvre le contrôle de proportionnalité soient de plus en plus longues démontrent que le juge a conscience de ce besoin d'explication.

La force du contrôle de proportionnalité réside dans sa mise en œuvre adaptée à chaque situation. L'engouement et l'expansion dont il a fait l'objet témoignent de ses potentialités. Il faut cependant garder à l'esprit que l'efficacité de ce contrôle dépend de la maîtrise que le juge aura des données qu'il aura à analyser dans le cadre de ce contrôle. Il ne s'agit pas ici seulement d'une question de degré de contrôle ou de pouvoirs du juge mais également de pratique et de maîtrise du sujet. Le degré du contrôle de proportionnalité peut être restreint: si le juge est familier du domaine d'intervention en raison de la fréquence de ses interventions, son contrôle a des chances d'effectivité plus grandes que dans des domaines où le degré de contrôle sera plus élevé mais son intervention rare.

5. Le contrôle de proportionnalité: une fonction logique du droit

L'engouement dont a fait preuve le contrôle de proportionnalité dans le cadre du contentieux constitutionnel comparé démontre à quel point il s'agit d'une valeur commune partagée par l'ensemble des juridictions constitutionnelles, à tel point que les classifications faites par les banques de données ou les abstracts rangent la proportionnalité au rang de principe à côté de notions voisines comme la « mise en balance des intérêts » la « raisonnabilité », « l'interdiction de l'arbitraire » ou encore « l'équité ». La question qui se pose cependant est de savoir si le contrôle de proportionnalité exercé par certaines juridictions constitutionnelles constitue une véritable source d'inspiration pour d'autres juridictions ou s'il s'agit d'une forme de contrôle consubstantielle à la fonction de juger? La réponse se situe probablement entre les deux: le juge aurait de toutes façons recours au contrôle de proportionnalité mais son emploi par d'autres juridictions peut l'inciter à aller plus loin et à se montrer plus hardi s'il a le sentiment que cela renforce sa position.

(La fonction logique du contrôle de proportionnalité) — le contrôle de proportionnalité est une fonction logique du droit. Il implique une analyse du processus décisionnel et de son résultat et constitue un instrument permettant d'effectuer cette démarche. Si aujourd'hui l'emploi des mots « proportionnalité » ou « principe de proportionnalité » ne sont plus tabous, le recours à une évaluation de la pertinence des motifs, à la rationalité des moyens employés par rapport à la finalité poursuivie ou encore à une évaluation de l'effectivité du but recherché ne sont pas nouveaux. Les méthodes du contrôle de proportionnalité sont anciennes, plus anciennes que la

formalisation du principe lui-même. Est-ce anormal ou choquant? Non, car le rôle du juge est de vérifier cette adaptation de la règle dans sa mise en œuvre et d'une certaine façon le contrôle de proportionnalité fait partie de la fonction de juger. Il ne faut donc pas s'arrêter aux mots ou se laisser impressionner par des révolutions qui n'en sont pas ou qui sont uniquement formelles. En conséquence, il est souvent excessif de considérer que le contrôle de proportionnalité qui a irradié les juridictions constitutionnelles lors des vingt dernières années est imputable à la généralisation de son emploi et à un phénomène d'imitation. L'explication de fond repose plutôt sur la nature même du contrôle de proportionnalité et son adaptation au contrôle juridictionnel des normes...

(La force du constitutionnalisme comparé: renforcer le recours au contrôle de proportionnalité) — Pourtant le recours au contrôle de proportionnalité a progressé rapidement au sein des jurisprudences constitutionnelles. Plusieurs facteurs expliquent ce développement exponentiel. En premier lieu, la similitude des problématiques rencontrés par les juges constitutionnels offre au contrôle de proportionnalité un terrain propice à son développement: si les juges ne sont pas obligés de suivre la jurisprudence d'une autre Cour, leur démarche inclut de plus en plus une analyse comparatiste qui les conduit logiquement à s'inspirer de ce qui a été fait ailleurs³². En second lieu, le recours formel au contrôle de proportionnalité dans un cadre donné peut engendrer un certain mimétisme conduisant à une harmonisation des jurisprudences. Le rôle joué par les juridictions supranationales est illustratif de ce phénomène et la communicabilité entre les systèmes juridiques en sort renforcée. Ce n'est pas la démarche juridictionnelle qui change mais les méthodes employées par le juge pour mener à bien cette démarche. Le comparatisme fait partie du travail du juge, de son rôle d'interprète et son évolution le conduit naturellement à se tourner vers les solutions comparables qui ont été rendues dans d'autres contextes. Même la Cour suprême des Etats-Unis réputée pour son conservatisme a accepté de modifier sa jurisprudence relative à l'exécution des condamnations à mort de mineurs en fondant son raisonnement sur le contrôle de proportionnalité et sur son caractère dynamique au regard des positions adoptées par les juridictions suprêmes d'autres Etats³³. Le comparatisme n'est donc certainement pas le fondement de l'expansion du contrôle de proportionnalité mais a débouché sur une analyse plus rationnelle mieux intégrée et en fin de compte plus lisible pour le justiciable...

(Les limites du contrôle de proportionnalité) — Il ne faudrait cependant pas aller trop vite en besogne et conclure que le développement du contrôle de proportionnalité constitue un bienfait sans contrepartie ni inconvénient... Les dangers du contrôle ou du principe de proportionnalité existent et les connaître permet de mieux les

32 V. en ce sens le rapport de M. Olivier Dutheillet de Lamothe « *Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel* », Sixième congrès mondial de droit constitutionnel (Santiago du Chili — 16 janvier 2004)

33 États-Unis d'Amérique, Cour suprême, 01-03-2005, Req. n°03-633 *Roper c. Simmons*, *Supreme Court Reporter* 1183 (2005).

cerner et les servir. Si le contrôle de proportionnalité fait rentrer le juge au cœur du processus décisionnel, il peut également l'amener à substituer sa propre appréciation à celle de l'auteur de la décision. Cette menace n'est pas uniquement théorique car les questions posées au juge — et plus encore au juge constitutionnel — sont au cœur des choix politiques et l'amènent à se prononcer sur des choix de société. Le contrôle de proportionnalité reste par définition un contrôle à haut risque et doit faire l'objet d'une politique jurisprudentielle — certes susceptible d'évolution — qui doit inclure les propres limites de ce contrôle. Le danger du « gouvernement des juges » plane sur le contrôle de proportionnalité et les mesures de précaution sont nécessaires. Le risque est potentiellement double. Le premier est de vouloir faire du juge un arbitre des désaccords sociaux. Un juge reste un juge et rien ne l'autorise — en dehors de cas extrêmes — à jouer un rôle qui n'est pas le sien. Le second est lié à un déplacement du centre décisionnel conduisant à faire du juge un co-auteur de la décision. Ces dangers doivent évidemment être appréciés en fonction du contexte et de la place que le juge occupe dans la société et de son acceptation. La situation n'est pas la même aux États-Unis, en Afrique du Sud ou au Belarus...

(Proportionnalité et gestion du pouvoir discrétionnaire) — Les liens entre le pouvoir discrétionnaire d'une autorité publique et la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité ont été mis en exergue de longue date par la doctrine³⁴ et la jurisprudence. Il n'empêche que cette question reste au cœur de l'exercice de ce contrôle et que si le juge se refuse à se transformer en autorité de décision politique, les tendances récentes démontrent une volonté croissante de faire reculer les limites du pouvoir discrétionnaire et d'exiger des autorités publiques davantage de justifications de leurs actions. Cette évolution est perceptible même au sein des juridictions constitutionnelles récemment constituées. Elle se comprend dans la mesure où le choix de la décision et sa justification sont deux choses différentes. Cependant, la frontière entre ces deux aspects de la décision n'est pas toujours aussi simple à définir ni à pratiquer. Il existe dès lors un risque de voir le juge imposer sa perception des choses au nom du principe ou du contrôle de proportionnalité alors qu'il s'agira d'un choix préférentiel plus que d'un choix fondé exclusivement sur des critères juridiques. D'autre part, une analyse de l'évolution du contrôle de proportionnalité démontre qu'il existe une tendance à l'augmentation des invalidations sur ce fondement au fur et à mesure que le juge exerce ce contrôle. Il y a donc d'autres facteurs d'explication de l'augmentation de l'intensité du contrôle de proportionnalité.

(Contenu et appréciation du contrôle de proportionnalité) — Si la compréhension et le contenu du principe et du contrôle de proportionnalité tendent vers une certaine harmonisation, il n'est pas certain que l'appréciation de ses composantes ou des rapports qu'il met en œuvre soient les mêmes partout. Il y a également là un danger qu'il ne faut pas sous-estimer. Sous couvert d'une certaine harmonisation des composantes du contrôle, les résultats peuvent différer d'un État à l'autre en

34 V. notamment la doctrine austro-allemande de la fin du 19^{ème} siècle et du début du vingtième siècle et notamment Tezner, Bernatzik, Buhler, Jellinek, Fleiner.

raison d'une évaluation différente de certaines valeurs souvent analysées à la lumière du contexte. Ceci explique qu'au-delà d'une certaine universalité du « contrôle de proportionnalité », il subsiste des différences d'interprétation substantielles entre les États. Par exemple, la Cour suprême israélienne a, à plusieurs reprises, été amenée à statuer sur la constitutionnalité de la construction de murs de sécurité³⁵ afin de séparer les populations palestiniennes pour des raisons de sécurité. Sans prendre parti sur ce conflit lui-même, il est certain que le contexte influe considérablement sur la perception générale des notions de sécurité et de liberté de mouvement. La Cour suprême israélienne a été amenée notamment à exercer un contrôle de proportionnalité sur la constitutionnalité des actions militaires et sécuritaires au regard de la protection des droits fondamentaux. L'analyse faite par la Haute Cour de Justice (Cour suprême) dans sa décision du 15 septembre 2005 est identique à l'avis consultatif de la CIJ (Cour Internationale de Justice) sur le cadre juridique et le contenu du contrôle à exercer mais la Cour suprême estime en l'espèce que les éléments factuels dont elle dispose, tout en appliquant la même analyse du contrôle de proportionnalité³⁶, doivent l'amener à conclure que la construction de cette partie du mur, bien qu'elle porte atteinte à la liberté de mouvement des populations, était justifiée pour des raisons de sécurité militaire. En revanche, la Cour a estimé que le tracé devait tenir compte des droits fondamentaux des populations occupées et qu'en conséquence les autorités auraient pu retenir un tracé moins contraignant. La Cour a donc ordonné la révision du tracé pour tenir compte de ces impératifs³⁷.

Conclusion

L'examen du contrôle de proportionnalité dans le cadre du contentieux constitutionnel comparé offre un tableau presque idyllique en termes de sources d'inspiration. Que ce soit dans ses sources, sa permanence, ses techniques... tout contribue à faire de la proportionnalité un principe largement partagé qui aspire à une certaine forme d'universalité... Pourtant, il nous semble nécessaire de partager quelques réflexions personnelles sur ce recours au contrôle de proportionnalité qui viendront peut être modérer un enthousiasme en faveur de ce contrôle.

La première réflexion repose sur les dangers d'un contrôle de proportionnalité exercé à outrance qui viendrait peser le pour et le contre de chaque décision...S'il est souhaitable que la rationalité, le principe de bonne administration ou de bonne

35 Il ne s'agit pas ici du mur de séparation générale entre les territoires palestiniens et le reste d'Israël mais de murs ponctuels construits dans des endroits réputés dangereux

36 Analyse tridimensionnelle fondée sur les critères suivants : 1. un lien raisonnable entre l'objectif et les moyens ; 2 ; l'emploi des méthodes les moins préjudiciables ; 3. la proportionnalité au sens étroit, en d'autres termes l'attribution d'une importance relative appropriée aux dommages causés à l'individu, d'une part, et à l'avantage pour la société de l'autre.

37 Israël, Haute Cour de justice (Cour suprême), Sénat, 15-09-2005, H.C. 7957/04, *Mara'abe et al. c. Premier Ministre d'Israël et al.*, à paraître dans le Recueil officiel.

gouvernance — pour céder à une mode onusienne — soient au rendez vous de la prise de décision ou de l'action des autorités publiques, il faut également se méfier de la « dictature du raisonnable ». Si des choix doivent être faits, ces choix doivent être respectés et ne pas transformer le juge en troisième ou quatrième pouvoir... Il y a des hypothèses où il faut savoir refuser à exercer le contrôle de proportionnalité pour des raisons politiques. Certes, l'encadrement juridique doit exister mais il ne doit pas devenir un carcan insurmontable ou un prétexte qui conduit les acteurs à ne plus agir de peur de se faire censurer. Il y aurait là un effet pervers indésirable qui ruinerait — à notre avis — la richesse du contrôle.

La deuxième réflexion — inspirée du terrain — est que l'action politique ou administrative ne se nourrit pas que de droit. Le droit n'est qu'un des aspects pris en considération. L'acteur doit lui concilier toutes sortes de contraintes (souvent contradictoires et complexes) — sociales, géographiques, politiques, humaines, psychologiques... — dont la composante juridique n'est qu'une des variables. Or, le contrôle de proportionnalité juridique poussé à l'extrême pourrait conduire à ne pas prendre en considération ces éléments pourtant capitaux pour gouverner... Chaque composante du choix à opérer cherche à faire valoir ses propres intérêts. En tant que concept nomade pouvant passer d'une science à l'autre, la proportionnalité doit rester un lien entre le juridique et le non-juridique, offrir une place à ces considérations extérieures et non se renfermer dans un mécanisme sec et dogmatique fait de tests, d'analyses et d'équilibre pseudo scientifique. La proportionnalité doit rester un élément d'ouverture et de communication et ne pas devenir un instrument scientifique pour expert.

La troisième réflexion concerne les bénéficiaires ou les destinataires du contrôle de proportionnalité. Le justiciable doit pouvoir comprendre le raisonnement des juges. La trop grande sophistication du contrôle risquerait de faire perdre à la proportionnalité son intelligibilité et son caractère pédagogique. Le contrôle de proportionnalité doit rester cette soupape de sécurité qui permet au juge de ne pas accepter l'inacceptable, de rester vigilant face aux tentations de textes liberticides ou de mesures excessives compte tenu d'un contexte défavorable. Il suffit ici de penser aux lois destinées à lutter contre le terrorisme international ou aux législations prises dans le cadre d'un État d'urgence. Les juges à travers le contrôle de proportionnalité peuvent tempérer les ardeurs un peu trop fortes de gouvernants dont les priorités penchent un peu trop vers la satisfaction exclusive de leurs objectifs prioritaires. Sur ce point, il y a des raisons d'être optimiste car lorsque les juges (constitutionnels) peuvent encore prendre leurs décisions en toute liberté, ils n'hésitent pas à recourir au contrôle de proportionnalité pour arrondir les rigueurs excessives de décisions souvent prises dans un but exclusif (et souvent contingent) sans tenir compte des autres intérêts en présence.

Le contrôle de proportionnalité offre des ressources considérables au juge... il lui appartient de les utiliser au mieux, avec tact et mesure, dans un esprit d'ouverture, de façon à ce qu'il reste ce qu'il était à l'origine: quelque chose qui se comprend plus qu'il ne s'explique...

DOES INTERNATIONAL LAW PROVIDE AN ADEQUATE SYSTEM FOR PROTECTING CLIMATE REFUGEES?

Alexei BARBĂNEAGRĂ, J.D., university professor

Nina SPATARU, candidate for a master's degree

Environmental degradation and climate change have brought a new category of people who need protection of the international community: climate refugees. Today there are millions of people forced to migrate because of drought, floods and ecological disasters. Legislation void and the lack of a viable mechanism that would help to protect this category of people put them in an extremely vulnerable position.

Keywords: climate refugees, international law, system, ecological disasters

ASIGURĂ DREPTUL INTERNAȚIONAL UN SISTEM ADECVAT DE PROTECȚIE A REFUGIAȚILOR CLIMATICI?

Degradarea ecologică și schimbările climaterice au determinat apariția unei noi categorii de persoane ce necesită protecția comunității internaționale: refugiații climatici. La zi există milioane de persoane forțate migreze cauza secetei, inundațiilor sau a catastrofelor ecologice. Golul legislativ în materie precum și lipsa unui mecanism viabil care ar permite protejarea acestei categorii de persoane îi plasează pe aceștia într-o poziție extrem de vulnerabilă.

Cuvinte-cheie: refugiați climatici, drept internațional, sistem, forță majoră

I. Introduction

All over the world, millions of people are losing their homes and are forced to move elsewhere due to the consequences of climate change — ‘drought, soil erosion, desertification, deforestation and other environmental problems, together with associated problems of population pressures and profound poverty’ (Myers, 2005, p.1). The Maldives, Tuvalu and Kiribati are territories that may be partially flooded or might even completely disappear and, as such, the inhabitants of which risk partial or complete displacement.

An accurate estimate of how many people might be forced to move due to climate change and environmental degradation is far from straightforward. Different scenarios speculate figures between 25 million and 1 billion by 2050 (International Organization for Migration, 2009) or a potential increase to 200 million within 50 years (Myers, 1997). But even a conservative estimate of 25 million climate refugees (Bauer, 2010) would almost exceed the current number of the world’s recognized refugees and Internationally Displaced Persons (IDPs), which stands at 25,2 million according to

the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) (2010). Despite these alarming figures, the term ‘climate refugee’¹ is not an officially recognized category under international law and there is no international body responsible for dealing with climate refugees. Moreover, there is no mechanism that can provide protection to those crossing international borders because of environmental disasters.

This paper will argue that international legal regimes — in particular refugee law, human rights law and environmental law — fail to provide an adequate response to people displaced by climate change. In order to demonstrate this, existing debates regarding the definition of climate refugees and how they are different from conventional refugees will be examined. Particular attention will be paid to the provisions of the 1951 Convention on the Status of Refugees (hereinafter the 1951 Convention) and of two regional refugee instruments: the Organization of African Union² (OAU) Convention and the Cartagena Declaration. Following on from this, an overview of current approaches of the main international institutions dealing with climate refugees will be presented. Lastly, possible solutions will be discussed, including the need for the expansion of the ‘conventional refugee’ definition and the proposal of adopting a new legal instrument that would guarantee specific rights and protections to climate refugees.

II. Definitions

The international legal instrument that sets the legal framework for protecting refugees around the world is the 1951 Convention. The definition provided by Article 1(A) of the Convention applies only to individuals already outside their country of origin, who have a ‘well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion’ (UNHCR, 1951). Thus it refers to people who (a) have crossed an international frontier and (b) fear persecution on account of their membership to a specific group, based on one of the five reasons indicated above. This relatively narrow definition³ set forth in the 1951 Convention was slightly extended by subsequent regional instruments. The Cartagena Declaration⁴ also refers to ‘massive violation of **human rights** or other circumstances which have seriously disturbed public order’ (1984). Another regional treaty — the OAU Convention — encompasses a similar approach, extending the definition laid down in the 1951 Convention to individuals fearing ‘...external aggression, occupa-

1 For the purposes of this paper, the term ‘conventional refugees’ implies individuals recognized as such under the 1951 Convention (UNHCR, 1951), whilst the term ‘climate refugees’ refers to individuals displaced by climate change and other natural disasters.

2 Since 2002 reformed into the African Union (AU).

3 The reason for such a narrow approach is that at the time when the 1951 Convention was drafted climate change risks were quite unknown, and were not perceived as a potential cause of displacement.

4 Although the Cartagena Declaration is not a treaty and thus is not legally binding, it is still widely respected by states in Central and South America.

tion, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality...' (OAU Convention, 1969).

Even though these two regional instruments broaden the refugee definition in an 'objective' manner (UNHCR, 2001), they are not likely to offer adequate protection to climate refugees. This being considered, Edwards (2006) notes that even though people fleeing such catastrophes happen to be granted refugee status by border states, the last avoid to state that the protection is offered under OAU Convention thus even such extended approaches seem to be somehow ineffective.

Given there is no legal recognition of the term 'climate refugee', one needs to turn to academic studies in order to find appropriate explanations. The concept has been extensively debated by scholars since the mid 1980s. One of the first definitions was put forward by El-Hinnawi, who suggested that environmental refugees are individuals forced to move on temporary or permanent basis due to environmental disruptions that is seriously affecting their existence and/or the quality of their life (1985, cited by McAdam, 2007). Other commonly cited definitions were proposed by Myers (2005) and Keane (2004), both emphasising that climate refugees are individuals 'forced to move' temporarily or permanently due to natural disasters and seek protection elsewhere. Based on, but not limited to these criteria, different typologies of climate refugees apply, but they will not be able to be examined in the brevity of this paper.

A number of scholars are questioning the necessity of having a separate definition for this category of person. Black's critique is based on the fact that there is no legal basis to call them climate refugees and the term in itself is 'legally meaningless and confusing' (Black, 2001, p.1). This position is seconded by McGregor (1994, p.158), who notes that the term 'environmental' is likely to lead to a 'false separation between overlapping and interrelated categories'.

Climate refugees under different international legal regimes

As indicated above, refugee law offers protection only to individuals recognized as such by the 1951 Convention (conventional refugees) or under UNHCR's mandate (mandate refugees). Consequently, the individuals displaced by climate change can not invoke 'persecution', as required by Article 1A of the treaty. As pointed out by McAdam (2011), it is problematic to demonstrate that the outcomes of climate disasters can amount to persecution, and even harder to find a nexus with the grounds for persecution as required by the 1951 Convention.

It has been argued (Ammer, 2009) that the 1998 Guiding Principles on Internal Displacement adopted by the Commission on Human Rights of the UN (1998 Guiding Principles) can serve as legal basis for protecting individuals displaced by climate change within their national borders. However, this argument fails as the 1998 Guiding Principles have a non-binding character and serve as a recommendation rather than a body of laws to be strictly observed by states. Moreover, they refer to internally displaced persons only and thus cannot provide protection to those who crossed an international border.

Unlike refugee law, human rights law requires states to ensure the human rights of persons within their jurisdiction, irrespective of their special status. Thus, fundamental rights such as the right to life, freedom of torture, cruel and degrading treatment are guaranteed *inter alia* to climate refugees. A core human rights law principle — *non-refoulement* — is particularly relevant to this domain, as it is designed to prevent states from sending back people to places where they could be subjected to deprivation of life, torture, cruel, inhuman or degrading treatments. On the other hand, it was noted that the situation faced by climate refugees, on its own, may not be sufficient to amount to the very high threshold that international law requires (Ammer, 2009).

Additionally, McAdam notes that the denial or insufficient provision of basic services may amount to degrading treatment ‘provided that a minimum level of severity is met’ (2007, p.59 referring to Blake N, Husain R (2003)). Furthermore, Article 11 of the International Covenant on Economic, Social and Civil Rights provides for ‘the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing’ (ICESCR, 1966). In the same spirit, Article 28 of the Universal Declaration on Human Rights (UDHR) states that: ‘Everyone is entitled to a social and international order in which the rights and freedoms set forth in this Declaration can be fully realized’. These guaranties are generally referred to as ‘complimentary protection’ because they provide ‘human rights-based protection that is complementary to that provided by the 1951 Refugee Convention’ (McAdam, 2011, p.17).

But neither the ICCPR nor the ICESCR provide a mechanism to enable climate refugees to submit direct complaints to their monitoring bodies. Likewise, in order to submit a complaint at all, there must be a direct and fundamental violation and a direct causality between the breach and the harm that results, which is not the case with climate refugees (Atapattu, 2002).

Another legal regime relevant to climate refugees’ protection is the environmental law, which requires states to respect a series of principles and norms relevant to climate change: non-pollution, environment conservation and reduction of the emissions of greenhouse gases. More importantly, states must collaborate in order to mitigate, whenever possible, the harm induced by climate change. As is clearly stated in Principle 7 of the Rio Declaration of 1992, states are supposed to undertake appropriate measures in view of threats of serious or irreversible damage, even if these threats are uncertain (Bauer, 2010). Even though no direct obligations for states may be inflicted from the provisions of environmental law, it calls upon states to address them most stringent environmental problems and thus helps prevent future massive displacements of people.

Issues pertaining to climate change are extensively addressed in the UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), but it too has no provisions referring to climate refugees. As emphasized by Osofsky (2005), this environmental law treaty refers to interstate relations and has no regulations regarding state — individual relations, such as those laid out in human rights or refugee law.

Given that migration is in the discretionary domain of every country, some adopted laws recognizing climate refugees and enforced proper protection mechanisms. This is the case in Australia, where individuals fleeing environmental disasters are provided protection under the Migration Amendment Bill of 2007, which defines the term „climate refugees“ and empowers the immigration minister to issue visas to people displaced subject to the declaration of a „climate change induced environmental disaster“ (Ammer, 2009, p.20). Similarly, Sweden’s aliens law contains provisions referring to „a category of persons who cannot return to their countries of origin due to environmental disasters“ (ibidem).

Institutional approaches

McAdam notes that even though the issue of environmental displacement was raised by the United Nations Environment Programme over 20 years ago, there is still no international body responsible for the issue (2007). The UNHCR has made it clear that: ‘These terms have no basis in international refugee law’ (2008), therefore it has no mandate to protect individuals displaced by climate change and environmental disaster. As emphasized by Ammer: ‘It seems neither states nor the UNHCR seem prepared to accept a liberal interpretation of the refugee definition enshrined in the 1951 Convention’ (2009, p.56).

Same as the UNHCR, the IOM acknowledges that the movement of individuals displaced by climate change is a global problem and there is a need for clear global policies to cope with this challenge (IOM, 2007), but has no mandate to deal with individuals displaced by climate change.

At a broader regional level, the EU admitted there is a direct link between climate change and induced migration and that the ‘impacts of climate mitigation policies’ are likely to lead to political tension both on national and international levels (EU, 2008). However, the EU has no mechanism put in place to offer protection to those displaced by climate change, nor has it any relevant *aquis* regulating this issue. A extensively debated law — the EU Qualification Directive (CD 2004/83/EC) — specifies that it is aimed ‘to ensure access to those in need of protection, but it is not given too much credit (McAdam, 2005), as it fails to directly recognize climate refugees as eligible for subsidiary protection.

Possible solutions and criticism

It has been argued that the most appropriate and realistic solution for protecting climate refugees is to amend the 1951 Convention so that it could include people who have been displaced across borders as a result of climate change or environmental disasters. As emphasized by Hong, an ‘...argument for extending refugee status to victims of environmental disaster is simply that extensive changes have occurred worldwide in the conditions giving rise to mass migrations’ (2001, p. 8). However, some researchers believe that such an amendment to the 1951 Convention will in no way resolve the emerging climate refugee crisis (Biermann, Boas, 2008). In this

sense, the UNHCR argued such initiative is likely to 'result in a lowering of protection standards for refugees and even undermine the international refugee protection regime altogether' (UNHCR, 2008). Also, it has been emphasized that in the event that such an amendment is adopted, there is a clear risk that 'in case of large scale influx, receiving countries would bear a disproportionately heavy burden in fulfilling their obligations under international refugee law' (Ammer, 2009, p.56). Of course, it is up to each state individually to accept such amendments: as pointed out by Hong 'extending any protection under current international refugee laws is discretionary for the countries that have ratified the Refugee Convention and Protocol' (2001, p 8).

Another solution conveyed by scholars refers to the adoption of a new convention, dedicated entirely to climate refugees and mechanisms to provide them protection. Various arguments may be put forward in order to demonstrate the feasibility of this scenario: no temporal limitations, clear definitions, a proper mechanism to protect climate refugees and a body supervise its implementation. According to Biermann and Boas, this new instrument must treat climate refugees as permanent immigrants to the states that accept those (2008). On the other hand, there is a certain risk that an insufficient number of states will be willing to ratify this protocol, given the nature of the obligations it will impose.

An interesting solution encompasses the creation of a new Protocol on the Recognition, Protection, and Resettlement of Climate Refugees to the UNFCCC as 'a separate, independent legal and political regime' (Biermann, F., Boas, I., 2008, p.12) able to protect this category of people. The principal criticism is that this Protocol must be endorsed by states in order to come into force, and as noted above, this involves a certain risk that the initiative will lack sufficient support.

Conclusion

This paper revealed the 'gap' existing in the international law regarding climate refugees, mainly that there is no adequate system for protecting this category of individuals. In spite of numerous reports on the environmental crises that have emerged around the world, little has been done to take action against the consequences of climate change and international legal regimes fail to offer adequate protection to individuals displaced by climate change, which poses this category in a weak position. The existing proposals which outline diverse ways to address the current inadequacy of international law in this area lack massive state support and are impractical.

In light of available statistics, it is obvious that there is a pressing need to adopt feasible measures to protect them and this burden must be shared by the whole international community. Moreover, a clear and realistic strategy to deal with climate refugees, at both regional and international level is required. The findings point out to the need to officially recognize that climate refugees exist and to enforce a clear and feasible mechanism to protect them. Apart from legal responsibilities, policies must be put in place in order to manage the occurrence of environmental degradation and climate disasters that will inevitably lead to an increased number of climate refugees in future.

References:

- Ammer, M., (2009). Climate Change and Human Rights: The Status of Climate Refugees in Europe. Vienna, Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights/Swiss Initiative to Commemorate the 60th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights.
- Atapattu, S., (2002). The Right to a Healthy Life or the Right to Die Polluted? The Emergence of a Human Right to a Healthy Environment under International Law. *Tulane Environmental Law Journal*. 16 TUL. ENVTL. L.J. 65.
- Bauer, S., (2010). „Climate Refugees“ beyond Copenhagen. *German Development Institute* [online]. Available from: http://www.brot-fuer-diewelt.de/downloads/fachinformationen/analyse_12_englisch.pdf [Accessed 10 August 2011].
- Biermann, F., Boas, I., (2008). Protecting climate refugees. Case for a global protocol. *Environment Magazine* [online], 50/6. Available from: <http://www.environmentmagazine.org/Archives/Back%20Issues/November-December%202008/Biermann-Boas-full.html> [Accessed 7 August 2011].
- Black, R., (2001). Environmental refugees: myth or reality? *New issues in refugee research. United Nations High Commissioner for Refugees*. Working Paper No. 34, ISSN 1020-7473.
- Castles, S., (2002). *Environmental change and forced migration: making sense of the debate* [online]. Available from: <http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/3de344fd9.pdf> [Accessed 7 August 2011].
- Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons that otherwise need international protection and the content of the protection granted, OJEU L 304 of 30 September 2004.
- Edwards, A., (2006). Refugee Status Determination in Africa. *African Journal of International and Comparative Law*. V.14. [online]. Available from: <http://www.eupublishing.com/doi/abs/10.3366/ajicl.2006.14.2.204> [Accessed 11 August 2011].
- EU report on Climate Change and International Security (2008). Paper from the High Representative and the European Commission to the European Council S113/08, 14 March 2008.
- Hong, J., (2001). Refugees of the 21st Century: Environmental Injustice. *Cornell Journal of Law and Public Policy*. 10 CNLJLPP 323.
- IOM (2007). 94th Session, Discussion note: Migration and the Environment, MC/INF/288 [online]. Available from: http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/en/council/94/MC_INF_288.pdf [Accessed 11 August 2011].
- McAdam, J., (2005). The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime. *International Journal of Refugee Law*, Vol. 17.
- McAdam, J., (2007). *Climate Change 'Refugees' and International Law* [online]. Available from: <http://www.greencrossaustralia.org/media/81272/mcadam%20nswba.pdf> [Accessed 7 August 2011].
- McAdam, J., (2011). Climate Change Displacement and International Law: Complementary Protection Standards. *UNHCR, Division of International Protection*, PPLA/2011/03.
- McGregor, J., (1993). Refugees and the environment. *Geography and Refugees: Patterns and Processes of Change*. London: Belhaven, 157-70.
- Myers, N., (2001). Environmental refugees: a growing phenomenon of the 21st century. *Philosophical Transactions of the Royal Society*. 29 April 2002. vol. 357, no. 1420.
- Myers, N., (2005). Environmental Refugees: An Emergent Security Issue [online]. Available from: <http://www.osce.org/eea/14851> [Accessed 15 August 2011].
- Osofsky, M., (2005). Learning from Environmental Justice: A New Model for International Environmental Rights, *Stanford Environmental Law Journal*, vol.24, 2005.
- UNHCR (2001). Refugee protection: a guide to International refugee law [online]. Available from http://www.ipu.org/pdf/publications/refugee_en.pdf [Accessed 12 August 2011].
- UNHCR, (2008). Climate change, natural disasters and human displacement: a UNHCR perspective. Geneva, UNHCR.

THE DETERMINATION OF LEGAL STATUTE OF PARTICIPANTS IN DNIESTER MILITARY CONFLICT

Alexandru CAUIA, post-graduate student, lecturer of Law

After the disappearance of the Union of Soviet Socialist Republics from the world politic map at the end of year 1991 the evolution of events at the world scale was no more treated on the evidence of the bipolar world concept, the fact that had an influence as well over the structure and characteristics of military conflicts that took place due to the collapse of USSR. The 1992 Dniester military conflict constitutes a very difficult period in the process of formation of Republic of Moldova as a state. The undeniable courage and bravery of the citizens of a young state who took part in the protection of its independence and sovereignty have to be appreciated deservedly. In the article in case an attempt is made to find solution to this problem, using as a due argument basis the facts and their qualification in accordance with laws and usages of war.

Keywords: military conflict, war, legal status

DETERMINAREA STATUTULUI LEGAL AL PARTICIPANȚILOR LA CONFLICTUL ARMAT DE PE NISTRU

După dispariția de pe harta politică a lumii a Uniunii Republicilor Sovietice Socialiste la sfârșitul anului 1991, evoluția evenimentelor de pe mapamond nu mai este tratată prin prisma conceptului de lume bipolară, fapt ce s-a reflectat și asupra structurii și caracteristicilor conflictelor armate care au izbucnit după colapsul URSS. Conflictul armat de pe Nistru din anul 1992 constituie o perioadă dificilă a procesului de edificare a statului Republica Moldova. Curajul și implicarea cetățenilor Republicii Moldova în procesul de garantare a independenței și suveranității merită un profund respect. Prezentul articol pretinde a da o calificare juridică a statutului participanților în cadrul acestui conflict prin prisma normelor și cutumelor de ducere a războiului.

Cuvinte cheie: conflict armat, combatant, război, statut legal

After the disappearance of the Union of Soviet Socialist Republics from the world politic map at the end of year 1991 the evolution of events at the world scale was no more treated on the evidence of the bipolar world concept, the fact that had an influence as well over the structure and characteristics of military conflicts that took place due to the collapse of USSR. The majority of the specialists in the field of humanitarian international law, exposing on defined elements of the contemporary armed conflicts, use a number of distinct terms as: “post-modern conflicts”¹,

1 Chris Hables Gray, Postmodern War: The new politics of Conflict. Ed. Routledge, London, 1997.

“destructured”², “aggravated”³, “triggered aiming at the national liberation”⁴ or “ethnic”⁵.

All these determinatives do not permit the issuing of an unanimous acceptable definition regarding the contemporary armed conflicts, but they only describes some aspects, ascertaining the ascendant difficulty of the qualification process of this. The difficulty of determining an acceptable unanimous definition for the contemporary armed conflicts is catalyzed also by the use of the term “war” within different phrases as: “economic war”⁶, “saint war”, or “just war”⁷.

In the opinion of IrAne Herrmann and Daniel Palmieri, we can find two common elements, although it exists a large number of characteristics of armed conflicts: diversity and its novelty. That period was exceeded, when quasitotality of military conflicts from the world scale could be easily framed in those two categories unanimous acceptable: international armed conflict and civil war. Within the first situation there is a confrontation between citizens of two or more states, while in the case of latter category, the fight is between the citizens of the same state. More consistent intervention of the armed forces of foreign states regular within the countries where they produce these military conflicts, especially in anti-colonial period or during the collapse of an empire, led to the concept of „internationalization“ of the armed conflict non international. This kind of conflicts becomes majority during the 90.⁸

In order to determine the legal status of the persons involved within the armed conflict on the Dniester is to determine the main stages of forming those two parts involved and circumstances which affected this process. We are going to find the fact that this conflict is not a ethnic one. The causes and the reasons for its initiation don't form the object of research of this study, the object being determination of the legal status of the participants through the status of combatant.

So, following the events that took place at the beginning of the last decade of the XXth century, the Moldavian Socialist Soviet Republic, under geopolitical and geostragical circumstances which suggested the collapse of the Union of Socialist Soviet Republics, with the massive and crucial involvement of the forces from interior and in accordance with the performing events on the international arena at that time, it declares its sovereignty

2 Vitor-Yves Ghebali, „Les guerres civiles de la post-bipolarite: nouveaux acteurs et nouveaux objectifs”, *Relations Internationales*, nr. 105, printemps 2001, p. 38.

3 Jean-Louis Dufour, *Un siecle belliqueux: periodisation, comparaisons*. Ed. Espaces Temps, 1999, p. 33.

4 Francois Thuau, *Les conflits identitaire*, Ellipses, Paris, 1995.

5 Vitor-Yves Ghebali, „Les guerres civiles de la post-bipolarite: nouveaux acteurs et nouveaux objectifs”, *Relations Internationales*, nr. 105, printemps 2001, p. 42.

6 Jean-Pierre Derrienic, *Les Guerres civiles*, Presses de Sciences, Paris, 2001. p. 71

7 Franco Cardini, *La culture de la guerre: X-XVIII siecle*, Paris, Gallimard, 1992, 333p.

8 IrAne Herrmann, Daniel Palmieri, *Новые конфликты: архаичная современность?* *Международный Журнал Красного Креста, Сборник статей*. 2003. с. 26 с. 26-49.

on July 23, 1990⁹ and independence on August 27, 1991, that led to the appearance of a new subject of public international law — the Republic of Moldova.

The Republic of Moldova becomes member of UNO on March 2, 1992. One of these consequences of this event is the fact that in this way it was recognized illegally, the auto-entitled party — Transnistrian Moldavian Republic.¹⁰

Thus, following the liquidation of legal organs of power state, the separatist forces occupy on November 2, 1990, at Dubasari, headquarters of courthouses and national prosecutor's offices of the district executive committee, following the police station. The first victims were registered. The Separatists took control over the city. From here on, the situation deteriorates continuously.¹¹ The occupation through the use of military forces of some organs of the state and of a territorial-administrative unity of this, it permits us to find the minimum of necessary intensity that such a situation to be qualified as an armed conflict. At this time, the conflict follows to be qualified as a non international one because these hostile actions were undertaken by the separatist forces and not by the forces of a third state.

On March 1, 1992, armed Cossacks and guardsmen occupy the district police section Dubasari, taking 34 policemen hostage. The separatist leaders from Tiraspol supported by the 14th Army of the Russian Federation, trigger military actions against constitutional organs of the state power which marks the beginning of the armed conflict. Paramilitary formations helped by the representatives of the 14th Army, on March 6, undermine a part of conflict zone (agricultural lands, hydroelectric power dam in Dubasari, bridges across the River, three of which were destroyed).¹²

Through the canons of the public international law and humanitarian international law, the tacit support of the insurgents by a third state it can't be classified as a direct involvement within the conflict, and it doesn't allow to classify these military operations as a component part of an international armed conflict although they are sufficiently consistent.

After independence declaration of the Republic of Moldova, on November 14, 1991, the patrimonial of soviet military parties from the Moldavian territory was declared the property of the Republic of Moldova.

Basing on Sovereignty Declaration, the Independence Declaration, the Constitution of the country and the idea of defending the young state, the president

9 Legea privind declarația de independență a Republicii Moldova, nr. 691-XII, din 27.08.1991. Monitor nr.11-12/103,118 din 30.12.1991.

10 Institutul de Politici Publice, Analiza juridica a documentelor semnate in cadrul procesului de negocieri in problema solutionarii conflictului transnistrean

11 Institutul de Politici Publice, Analiza juridica a documentelor semnate in cadrul procesului de negocieri in problema solutionarii conflictului transnistrean <http://www.ipp.md/lib.php?l=ro&idc=162&year=2001>, p.31 din 61.

12 Institutul de Politici Publice, Analiza juridica a documentelor semnate in cadrul procesului de negocieri in problema solutionarii conflictului transnistrean <http://www.ipp.md/lib.php?l=ro&idc=162&year=2001>, p.33 din 61.

of the republic, Mircea Snegur, on September 13, 1991, through Decree N 193¹³, in accordance with the internal legislation of the Republic of Moldova and international law, in order to ensure the defense of republic sovereignty and its territorial integrity, decrees the creation of Armed Forces of the Republic of Moldova. On January 10, 1992, the Parliament is proposed to examine the project law concerning the judicial and social protection of the militaries and their family members. Based on international law norms and Constitution of the Republic of Moldova, this law established norms of judicial and social protection of the militaries of Armed Forces of the Republic of Moldova and their family members. On February 5, 1992, it was created the Ministry of Defense as a leading organ of the Armed Forces. According to the law of the Republic of Moldova concerning the defense, which was adopted on March 17, 1992 by the Parliament of the Republic¹⁴, the Minister of Defense is the central organ of the state leadership of the Armed Forces and is responsible for its building, development and preparation for fighting in order to ensure the defense of the republic.

On March 18, 1992 in order to create a base for the constitution of the National Army, the military unities which were deployed on the territory of the Republic of Moldova were put under its jurisdiction. All the military equipment and the weapons of military unities followed to be taken by the Minister of Defense of the Republic of Moldova.¹⁵ In order to ensure the National Army with the staff, taking into account the 7 Article regarding the armed forces: “For satisfying the service in Armed Forces the citizens of the Republic of Moldova are received regardless of nationality and confession”

In the period of satisfaction of the service in regular groups of the Army Forces, the militants are forbidden to be members of a party or a social political organization.¹⁶

The formation of the National Army contingent of the Republic of Moldova was to be completed in accordance with the Law provisions about military obligation and military service of the citizens of the Republic of Moldova which foresaw: “At the declaration of mobilization, all the citizens who pass the military compulsory training and being in concentration are retained until a special disposition, but the submissive persons of the military service incorporate in military service. The leaves of the soldiers are interrupted, but the soldiers who are on the leave are returning to their military unities.”¹⁷

13 Decret cu privire la crearea Forțelor Armate ale Republicii Moldova, nr. 193 din 03.09.91

14 Legea cu privire la apărare, Nr.964-XII, din 17.03.92, Monitor nr.3/68 din 30.03.1992.

15 Institutul de Politici Publice, Aspectul militar în soluționarea conflictului din zona de est a Republicii Moldova <http://www.ipp.md/lib.php?l=ro&idc=162&year=2001>, p.6 din 44.

16 Legea cu privire la Forțele Armate, Nr.966-XII din 17.03.92, Monitor nr.3/68-2 din 30.03.1992

17 Legea despre obligațiunea militară și serviciul militar al cetățenilor Republicii Moldova, Nr.968-XII din 17.03.92, art. 44, Monitor nr.3/69-1 din 30.03.1992.

The actions of the Republic of Moldova, oriented to the creation of their own Armed Forces, activated against the Moscow's actions and as the first step, Chisinau, involved already in the armed conflict with the separatist regime, was imposed to accept the division of former soviet troops in military forces of Moldova and troupes under the aegis of CIS.

The Agreement between the Government of the Republic of Moldova and the main Headquarter of the Armed Forces of the Community of Independent States from March 20, 1992, about 50 (of 150) units and military formations, considered strategically, passed in the subordination of Supreme Commander of the Armed Forces of the CIS and were to be withdrawn from the Republic of Moldova until January 1, 1993 (note that the most of the military units of 14th Army was included in the list of CIS armed forces and the withdrawal time was 7 months). CIS troops had this status only a few days. Basing on this agreement, the stationing of foreign armed forces in the Republic of Moldova does not contain the elements of crime of aggression as defined by the UNO.¹⁸

At the outbreak of the conflict, the Republic of Moldova disposed normative and material base for the creation of their own military regular forces. Although the capacity of reaction and qualitative and quantitative parameters were diminished strongly due to the actions of Russian Federation which were mainly aimed at the disrupting the process of building of the National Army.

So, the armed conflict on Dniester can be qualified as a contemporary armed conflict, which, besides being very diverse, it has a number of features and common determinatives: the use of spontaneous violence, uncontrolled manifestation of cruelty and total lack of distinction between the civil and the military sector. It can also be found the presence of a number of people directly involved in the hostilities, but who lack a military command and do not take part in the regular forces of other parties involved in the conflict. This situation is worsened further when these conflicts occur on the territory of a state in the process of dissolution¹⁹ or of a country that is on the verge of dissolution.²⁰

On 1 April 1992, Boris Eltin, Russian President issued a decree on the crossing under the jurisdiction of Russian Federation of military units of Armed Forces of the former USSR being temporarily in the Republic of Moldova. In accordance with this decree, the CIS military units in Moldova were put under the jurisdiction of Russia.²¹ Thus, in this moment, it can be found the official presence of Russian

18 Rezoluția ONU 3314 din 14 decembrie 1974 <http://daccess-dds.ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/742/34/IMG/NR074234.pdf?OpenElement>

19 William Zartman, *Collapsed states: The Disintegration and Restoration of States*, Lynne Rienner, Boulder, 1995.

20 IrAne Herrmann, Daniel Palmieri, *Новые конфликты: архаичная современность?* Международный Журнал Красного Креста, Сборник статей. 2003. с. 27 с. 26-49.

21 Institutul de Politici Publice, *Aspectul militar în soluționarea conflictului din zona de est a Republicii Moldova* <http://www.ipp.md/lib.php?l=ro&idc=162&year=2001>, p.6-7 din 44.

troops in Moldova and their massive involvement in the military operations gives the Dniester conflict the character of international armed conflict.

The decision regarding the direct involvement of the military forces of the Russian Federation was adopted in the middle of May. On May 19, 1992, the commander of 14th Army issued the order of war technique training for actions on the territory, but on May 21, 1992, the president of unrecognized Transnistrian Moldavian Republic, Igor Smirnov signed a decree concerning transferring all the units of 14th Army under the jurisdiction RMN. These event don't modify the judicial qualification of the conflict. Control and jurisdiction transfer over the military forces from the Russian Federation's part to autoproclaimed RMN aiming at hiding the direct involvement within the conflict doesn't face the rigors imposed by the international law norms, because RMN wasn't and it isn't a subject of public international law, and this jurisdiction transfer was a formal one and lacked of judicial value. Although, by the reduction method at absurd, this agreemnt would have the judicial value discounted, the official contribution to a third state at increasing the military potential of the insurgents constitutes its direct involvement within the military conflict leading to its qualification as international military conflict.

In our opinion, the conflict becomes an international one since April 1, 1992, when Boris Elțin issued his order, fact which officializes the direct participation of the armed forces of the Russian Federation within the armed conflict on Dniester, giving it the status of indisputable international armed conflict.

By the start of military conclusive and consistent operations, till March 2, 1992, the facts which were produced in the east zone of the Republic of Moldova, didn't present the necessary intensity to be classified as an armed conflict. So, these events are to be treated as disorders and internal tensions which are to be appreciated and punished according to criminal legislation in force at that time, but the lack of the control capacity or sovereignty deficit of the Republic of Moldova at that time prevented their counteraction. The norms of humanitarian international law are not applicable to this kind of situation, and the participants or the persons who committed these criminal actions can't be qualified by the laws and the war traditions.

Next period is characterized by the active participation organized by the representatives of legal Government from Chisinau and of separatist regime from the left of Dniester within military operations, fact that is going to be qualified as non international armed conflict untill the official intervention of the armed forces of the Russian Federation. According to the norms of international law, the participants whithin non international conflicts do not have the legal status of combatant with all the resulting judicial consequences. So, the simple participation within the hostilities is going to be punished according to the criminal legislation of the state on the territory where the conflict occurs, although the existing practice in this field finds and recommends the amnesty declaraction in the period post-conflict to all the persons who took part in military operations.

In our opinion, if the combatant status would be defined through the concept of direct participation, then each person who participates directly in hostilities, under the reserve of respecting the norms of humanitarian international law, is going to benefit from the combatant status with all the rights and obligations conferred by this. So, through this concept of qualification of the persons who are directly involved in hostilities, all the persons who participated directly within military operations from the left of Dniester, regardless of the membership at one or another belligerent part, except the categories of persons who do not benefit from the combatant status by virtue of the activities done or committed (war criminals, mercenaries, and spies), could be qualified as combatants.

When the conflict becomes an international one according to the laws and customs of war, all the persons involved in hostilities are going to be qualified as combatants, for facilitating the practice achieving of the distinction principle between the civil persons, who do not have the right to participate directly within military operations and combatants, which is the only category of able persons not only with the right but also with the obligation to participate actively within hostilities depending and according to the orders issued by superiors.

Persons who participated actively within military operations of RMN, especially during the conflict when it is qualified as an international one, aiming at obtaining the material advantage and not being joined through citizenship by one of the belligerent parts, they must be qualified as mercenaries, according to the foresights of the Ist Additional Protocol at Conventions from Geneva.²² Mercenary activity constitutes crime compenence and is going to be punished according to the legal norms.

In our opinion, the doubts concerning the judicial status of the participants within the Dniester conflict are generated and by the fact that on October 23, 1990 it was adopted the decision of Moldavian Governement Nr. 407 concerning the creation of volunteer parties in R.S.S. Moldova, there were stipulated the creation of detachments of volunteers, but this decision was immediately repealed by the decision of Supreme Soviet of R.S.S. Moldova from November 4, 1990 regarding the urgent measures aiming at the establishment of social political situation in R.S.S. Moldova²³, and the detachments of volunteers, created by that decision, were abolished, fact that was proved by the decision of Governement of RSSM.²⁴

Volunteer status is given only to the citizens of foreign states which are not involved directly in the conflict, but are participating for one or another belligerent

22 Protocolul Adițional I al Convențiilor de la Geneva din 12 august 1949, semnat la 8 iulie 1977, art. 47. În: *Tratate Internaționale (Drept Umanitar)*. ed. GURANDA-ART Chișinău 1999, p. 184-252.

23 Hotărârea Sovietului Suprem al RSSM cu privire la măsurile de neamînat pentru stabilizarea situației social-politice în R.S.S. Moldova, nr.341-XII din 04.11.90, *Veștile* nr.11/271, 1990.

24 Hotărîre cu privire la desființarea formațiunilor de voluntari în R.S.S. Moldova, Nr.432 din 05.11.90, *Veștile* nr.11/295, 1990.

party, fact that is stipulated in the text of Art. 17 of the Convention from Hague: A neutral can not benefit from its neutrality.

- a) if hostile acts are committed against a belligerent
- b) if some acts are committed in favor of a belligerent, especially if he engages voluntarily in the service of army forces of one of the Parties.²⁵

So, we reiterate our position concerning this problem that was mentioned before. The volunteer is the foreign citizen who engages for a limited or unlimited period of time within army forces of a Part in the conflict, no matter the form of engaging: a) or on the base of an individual contract — the members of French Legion or Spanish Legion "Tercio"; or on the base of an agreement between the state which citizenship owes and the part state at the conflict — Swiss Guard which is in the service of Pope from Rome.²⁶

It is absolutely indisputable the fact that at the beginning of the military operations within the Dniester conflict a large number of persons, citizens of the Republic of Moldova, demonstrated that they are courage and respect enormous the country, actioning volunteerly for increasing the military potential of the regulated forces of the Republic of Moldova, which were facing with a lot of deficiencies generated by the lack of experience, logistic and human potential, being at that moment in front of the most serious challenge and resistance trying and reaction capacity which the National Army had ever known. But, according to the norms of the humanitarian international law, the persons who have the citizenship of involved state, are going to be enrolled within regulated forces for not admitting the carrying out the sporadic and uncontrolled actions having military character and for depriving them of criminal responsibility for the simple participation at hostilities, fact that does not permit to qualify them as volunteers.

25 Convenția de la Haga „Despre drepturile și obligațiile Părților și persoanelor neutre în cazul războiului terestru”, a. 1907.

26 Kalughin D.V. Curs mejdunarodnovo gumanitarnovo prava. Tesei 2006, p. 130, din 496.

L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE DES ARRÊTS DE LA CEDH

Olga BENEȘ, conférencier

D'un point de vue national, le problème se présente de la manière suivante : on doit définir le fondement juridique sur lequel repose l'obligation pour les juridictions nationales de respecter et donc d'appliquer le droit de la Convention dans sa « réalité » jurisprudentielle. Ainsi posée, la question ne fait pas l'unanimité car le fait même d'obliger le juge national à suivre la jurisprudence européenne suscite des controverses. Et ceci y compris les cas de figure où la Convention a été incorporée dans un ordre national. De plus, le « flou » de la terminologie complique encore les choses (portée ou effets des arrêts de la Cour de Strasbourg et même effet direct des décisions en droit interne).

Mots-clés: l'autorité de la chose jugée, les effets des arrêts de la Cour, l'ordre juridique, le champ d'application

AUTORITATEA LUCRULUI JUDECAT ÎN HOTĂRĂRILE CEDO

Din punctul de vedere al dreptului național, problema se pune în felul următor: trebuie să se definească baza juridică a obligației pentru jurisdicțiile naționale de a respecta și deci, de a aplica dreptul Convenției în realitatea sa jurisprudențială. Formulată astfel, întrebarea nu obține un răspun unanim deoarece însăși faptul de a obliga judecătorul național să respecte jurisprudența europeană suscită anumite controverse. Și aceasta în cazul în care Convenția a fost incorporată în ordinea națională. Mai mult, incertitudinea terminologiei folosite complica și mai mult lucrurile referitoare la întinderea sau efectele hotărârilor de la Strasbourg și chiar efectul direct al deciziilor în dreptul intern.

Cuvinte cheie: autoritate de lucru judecat, efectele hotărârilor Curții, sistemul juridic, domeniu de aplicare

Les arrêts de la Cour ont force obligatoire car ils sont définitifs (article 52 de la Convention) et ils sont revêtus de l'autorité de la chose jugée (article 53 de la Convention). Cette autorité joue autant pour les arrêts « déclaratoires » par lesquels la Cour dit s'il y a ou non violation de la Convention, que pour les arrêts dits de « prestation » par lesquels elle accorde une « satisfaction équitable » au requérant individuel¹ (articles 50 et 53 de la Convention). En d'autres termes, la force obligatoire des arrêts de la Cour

¹ Cohen-Jonathan V.G., Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme», Mélanges M.-A. Eissen, Bruylant, Bruxelles : LGDJ, Paris : 1995. p. 39 -53.

est certaine et générale. L'autorité de la chose jugée est une autorité relative certes, puisqu'elle se limite aux parties dans un litige déterminé, mais au vu des textes elle ne connaît aucune limitation dans le temps ou dans sa nature. Et pourtant, si l'on examine de près les effets des arrêts de la Cour de Strasbourg en droit interne, elle n'est pas une autorité de la chose jugée au plein sens du terme.

Le concept d'autorité de chose jugée d'origine romaine a été longuement discuté en doctrine. La considération de l'origine historique permet de distinguer les différents corollaires attachés à la *res iudicata*. Trois phases doivent être distinguées: celle des *legis actiones*, celle de la procédure formulaire et celle de la *cognitio*². L'étude de l'autorité de chose jugée des arrêts de la Cour EDH nécessite de s'interroger tant sur le contenu que sur la portée des effets impliqués. Si la détermination des effets propres au jugement européen s'inscrit dans le cadre du droit international classique, il semble intéressant de s'interroger également sur la spécificité de la chose jugée dans le cadre européen des droits de l'homme. Deux sens de la chose jugée doivent être retenus. Selon une conception stricte, la chose jugée n'est que la consolidation des effets propres du jugement. *Lato sensu*, la chose jugée s'entend aussi comme les effets engendrés par le jugement.

En droit international général, la CPJI a confiné les effets propres du jugement à deux composantes: son caractère définitif et son aspect obligatoire : «Reconnaître la chose jugée découlant d'une sentence ne signifie autre chose que reconnaître que les dispositions de la sentence sont définitives et obligatoires»³. Les fondements du caractère obligatoire et définitif de l'arrêt résident dans les finalités du jugement et le statut du juge dans l'ordre juridique.

La Cour EDH n'a jamais expressément affirmé l'autorité de chose jugée de ses arrêts. Celle-ci découle cependant incontestablement de la rédaction des articles 52 et 53 de la CEDH. La Commission EDH a eu l'occasion d'indiquer que l'article 53 «consacre le principe de l'effet relatif de la chose jugée»⁴. Certaines décisions judiciaires internes ont également reconnu une telle autorité aux jugements européens, au moins de manière implicite.

La spécificité de la chose jugée au niveau européen a trait à la finalité du concept. En droit international, l'autorité de chose jugée a pour finalité d'assurer la supériorité du droit international sur le droit interne, celle du juge international sur le juge interne en raison de l'absence de hiérarchie officielle entre ces juges des ordres juridiques différents et garantit surtout la résolution définitive d'un différend interétatique. Dans le cadre spécifique de notre situation, le concept de chose jugée répond surtout à deux impératifs : d'une part, il a pour effet de mettre fin à un différend entre un individu et l'Etat de la juridiction duquel il relève au moment de la commission de

2 Lambert Elisabeth, *Les effets des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. Etablissement Emille Bryant, Bruxelles :1999 p.94.

3 CPJI, *Société commerciale de Belgique, Belgique c/ Grèce*, 15.6.1939, série A/B no78, Rec., pp. 160 et s., p. 175

4 Com.EDH, Requête no 8778/79, X c/ Suisse, 8.7.1980, DR 20, p. 240

la violation alléguée. La chose jugée européenne vient assurer la protection de l'individu face à un ordre étatique, responsable et juge à la fois. D'autre part, il permet surtout d'assurer le respect par l'Etat partie de ses obligations conventionnelles et de participer au développement de valeurs européennes communes. La spécificité de la chose jugée européenne est la résultante du caractère original du recours : il s'agit moins d'un recours de responsabilité que de « conventionnalité », instauré pour contraindre l'Etat à respecter l'engagement pris à l'article 1 de la Convention, à savoir la garantie des droits conventionnels aux individus résidant sur son territoire.

Ce pseudo-recours en excès de pouvoir supranational se caractérise non par l'exigence de conformité stricte comme en droit interne, mais par une simple compatibilité. Cette double finalité fait du juge européen tant un juge supranational pro victima qu'un juge constitutionnel. La première dimension a valeur surtout de symbole et d'exemplarité; à long terme, la seconde est plus pertinente. La pratique a fait prendre à cette dernière dimension une valeur inespérée en 1950. Cependant, c'est la première fonction du juge européen, plus que la seconde, qui justifie, semble-t-il, l'évolution du droit international au service des droits de l'homme. Cette dualité de finalité est reflétée par la pratique des Etats dans leur information au Comité des ministres quant à l'exécution des arrêts de la Cour EDH. En effet, ils justifient les mesures adoptées, soit pour se conformer à l'arrêt européen ou à l'article 53⁵, soit pour rendre leur droit interne conforme à la convention telle qu'interprétée par la Cour européenne. La chose jugée est par conséquent intimement liée à l'article 1 de la convention.

Le champ d'application du caractère obligatoire de l'arrêt européen doit être déterminé tant en ce qui concerne la portée matérielle du jugement, que vis-à-vis des destinataires des effets. En raison de la conception classique de l'autorité relative de chose jugée, l'arrêt de la Cour européenne ne peut être invoqué devant un juge interne que par et contre l'une des parties au litige présente devant la Cour européenne, s'il s'agit d'invoquer le caractère obligatoire de l'arrêt et les obligations de l'Etat au titre de l'article 53. Compte tenu de l'opposabilité des arrêts à l'égard de tous les Etats parties à la CEDH, dès lors que le noyau dur des droits est en cause, l'arrêt de la Cour européenne peut fonder le refus d'appliquer une norme étrangère ou un jugement étranger. Enfin, nous verrons que les arrêts de la Cour EDH pourront être invoqués par n'importe quel individu au titre de l'autorité jurisprudentielle devant tout organe d'un Etat partie à la CEDH.

Par ailleurs, l'autorité de chose jugée de l'arrêt de la Cour européenne « n'interdit pas de soumettre à la Cour la même question d'interprétation ou une question analogue d'application qui peut se poser dans une autre affaire »⁶. L'autorité de chose jugée concerne effectivement le cas d'espèce, la Cour statuant dans le cadre

5 Cour EDH, *Minelli c/ Suisse*, 25.3.1983, A62 et résolution DH(83)10, 23.6.1983, p.68

6 Ress, G., *Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit interne et pour les tribunaux nationaux*, A. Pedone, Paris: 1982. p. 235-313

de l'article 25 toujours in concreto. Une réponse différente devrait être donnée dès lors que la Cour EDH, saisie au titre de l'article 24, s'est prononcée in abstracto sur la conventionnalité des normes ou pratiques nationales; l'exception de chose jugée devrait conduire à l'irrecevabilité d'une requête déposée par un autre Etat pour le contrôle de conventionnalité des mêmes normes ou pratiques.

Si la portée *ratione personae* de la chose jugée européenne est relativement dépendante de l'environnement juridique spécifique des arrêts, cette même spécificité oblige à reconsidérer la question de l'intensité des effets obligatoires des arrêts européens. Si l'article 53 exprime clairement le principe d'autorité relative de chose jugée, nombre d'auteurs affirment que les arrêts européens bénéficient d'effets *erga omnes*. Cette conception dénote une confusion regrettable entre les effets des arrêts à l'égard de l'État responsable de la violation de la CEDH, et les effets susceptibles de se produire à l'encontre de tous les Etats parties à la CEDH.

Les effets des arrêts sont fondamentalement différents selon qu'il s'agit de considérer l'Etat responsable de la CEDH, ou les autres Etats parties au système européen. Les arrêts de la Cour européenne n'ont pas une autorité de chose jugée absolue ou *erga omnes*, dans la mesure où ils n'obligent pas autres Etats, sur le constat du dispositif de l'arrêt en cause, à prendre telle mesure ou à considérer leur propre droit interne inapplicable. Même dans l'hypothèse où la législation nationale de l'Etat tiers est formulée de façon identique au droit interne de l'Etat condamné, l'arrêt européen aurait tout au moins une autorité jurisprudentielle qui s'attache aux motifs.

Au titre de l'article 53, l'État devra éventuellement adopter des mesures générales pour respecter l'obligation de cessation de la violation des normes européennes et surtout l'obligation de garantie de non-répétition de l'illicite. On ne saurait parler d'autorité de chose jugée *erga omnes* dans une telle hypothèse. On qualifiera ces effets d'autorité de chose jugée renforcée, dans la mesure où cette autorité s'attache au dispositif de l'arrêt mais déborde le cas d'espèce, puisqu'elle considère tous les individus susceptibles d'être dans une position identique au requérant victime dans l'ordre étatique l'ordre étatique mis en cause. C'est ainsi que doit être comprise la formule de l'arrêt *Marckx* : « La Cour n'a pas à se livrer à un examen abstrait des textes législatifs incriminés: elle recherche si leur application aux requérantes cadre ou non avec la convention. Sans doute sa décision produira-t-elle fatalement des effets excédant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution (...) »⁷.

En effet, en théorie générale du droit, la conséquence *sine qua non* de la reconnaissance de l'autorité (relative) de la chose jugée est que le plaideur peut se prévaloir du jugement et de ses avantages. Mais les auteurs s'accordent à dire, en droit européen des droits de l'homme, que le requérant individuel qui a obtenu une décision en sa faveur avec autorité de la chose jugée ne peut pas s'en prévaloir, du moins directement,

7 CourEDH, *Marckx c/ Belgique*, 13.6.1979, A31,p.21

dans l'ordre national. On peut dire que les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ne s'imposent pas de jure aux juridictions nationales, ou plutôt que ces arrêts n'ont qu'une valeur déclaratoire, sans effet en droit strict sur la validité des décisions rendues dans la même affaire ou même qu'il s'agit du problème plus général du défaut d'effet direct des décisions de la Cour de Strasbourg en droit interne. Dans tous ces cas le résultat est le même : il s'agit de refuser, sans pour autant admettre qu'on le fait, son plein effet à l'autorité de la chose jugée que revêtent les arrêts de la Cour. Ceci nous amène à cette situation assez paradoxale : l'Etat partie au litige doit se conformer à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme mais le particulier ne peut pas se prévaloir du jugement au niveau judiciaire national alors qu'il peut obtenir réparation au niveau européen par le biais de la demande de satisfaction équitable (article 50 Convention). En définitive, ce qui manque aux arrêts de la Cour de Strasbourg c'est l'aspect positif de l'autorité de la chose jugée — la possibilité de se prévaloir du jugement et de ses avantages dans l'ordre interne — qui s'identifie à la force obligatoire. Autrement dit, la force obligatoire des arrêts de Strasbourg ne joue au niveau judiciaire national que pour un seul des litigants, l'Etat partie au litige. Elle peut ainsi être qualifiée de force passive car l'autorité même de ses arrêts est altérée et sans effet positif réel.

CONSTRUCTING NORMS OF HUMANITARIAN INTERVENTION IN INTERNATIONAL PUBLIC LAW

Diana HÎNCU, candidate for a master's degree, lecturer of law

D'un point de vue national, le problème se présente de la manière suivante : on doit définir le fondement juridique sur lequel repose l'obligation pour les juridictions nationales de respecter et donc d'appliquer le droit de la Convention dans sa « réalité » jurisprudentielle. Ainsi posée, la question ne fait pas l'unanimité car le fait même d'obliger le juge national à suivre la jurisprudence européenne suscite des controverses. Et ceci y compris les cas de figure où la Convention a été incorporée dans un ordre national. De plus, le « flou » de la terminologie complique encore les choses (portée ou effets des arrêts de la Cour de Strasbourg et même effet direct des décisions en droit interne).

Mots-clés: *l'autorité de la chose jugée, les effets des arrêts de la Cour, l'ordre juridique, le champ d'application*

CONSTRUIREA NORMELOR INTERVENȚIEI UMANITARE ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL PUBLIC

Din punctul de vedere al dreptului național, problema se pune în felul următor: trebuie să se definească baza juridică a obligației pentru jurisdicțiile naționale de a respecta și deci, de a aplica dreptul Convenției în realitatea sa jurisprudențială. Formulată astfel, întrebarea nu obține un răspun unanim deoarece însăși faptul de a obliga judecătorul național să respecte jurisprudența europeană suscită anumite controverse. Și aceasta în cazul în care Convenția a fost încorporată în ordinea națională. Mai mult, incertitudinea terminologiei folosite complica și mai mult lucrurile referitoare la întinderea sau efectele hotărârilor de la Strasbourg și chiar efectul direct al deciziilor în dreptul intern.

Cuvinte cheie: *autoritate de lucru judecat, efectele hotărârilor Curții, sistemul juridic, domeniul de aplicare*

The concept and nature of humanitarian intervention

Since the end of the Cold War, states have increasingly come under pressure to intervene militarily and, in fact, have intervened militarily to protect citizens other than their own from humanitarian disasters. Recent efforts to enforce protected areas for national minorities and no-fly zones over in Iraq, efforts to alleviate starvation and establish some kind of political order in Somalia, the huge UN military effort to disarm parties and rebuild a state in Cambodia, and to some extent even the military actions to bring humanitarian relief in Bosnia are all instances of military action whose primary goal is not territorial or strategic but *humanitarian*.

It is shaped by shared notions about when the use of force is legitimate and appropriate. Contemporary legitimacy criteria for the use of force, in turn, derive from these shared principles, articulated most often through the UN, about consultation and coordination with other states before acting and about multinational composition of forces. USA interventions in Somalia and Haiti were not made multilateral because the U.S. needed the involvement of other states for military or strategic reasons.

A decade ago humanitarian intervention (hereinafter as HI), defined by Brian Lepard as “*the use of military force to protect the victims of human rights violations,*” seemed to be a policy whose time had come.¹ Now there are a lot of disputes regarding the legitimacy and codification of such interventions. Although most writers agree that humanitarian interventions should be undertaken multilaterally, ambiguity remains over which particular agents — the UN, regional organizations, or a group of states — should act in response to mass violations of human rights.

The choice of actor has implications for overcoming collective action challenges through mobilization of political will and material resources. Questions of effectiveness, conduct and motives of the intervener, extent of internal and external support, and legal authorization have also been raised as possible criteria for evaluating the legitimacy of a potential intervener. The disputed question is that: of interfering in the regulation of another country’s internal concerns; whether a nation is justified in taking part, on either side, in the civil wars or party contests of another: and chiefly, whether it may justifiably aid the people of another country in struggling for liberty; or may impose on a country any particular government or institutions, either as being best for the country itself, or as necessary for the security of its neighbors.

The enthusiasm for humanitarian intervention (usually in the form of United Nations peacekeeping missions, though occasionally through outside parties without UN sanction) was fueled by the growing human rights movement throughout the world and by a persistent stream of images of the victims of human rights abuses. Humanitarian intervention seems a moral necessity, fraught with complexity but better than doing nothing. It seems commendable to implement foreign policies that defend our values, not our interests — as British Prime Minister Tony Blair commented during the NATO bombings of Kosovo. After the end of the Cold War, when the international context determined the normal functioning of the UN Security Council, new generation of peacekeeping operations were developed, which concluded with different interpretations of this notion.² One of this new generation forms of peacekeeping operations represent HI actions undertaking over past years.

1 Brian D. Lepard, *Rethinking Humanitarian Intervention: A Fresh Legal Approach Based on Fundamental Ethical Principles In International Law and World Religions*, Pennsylvania State University Press, 496 pp.

2 V. Gamurari, *Problema delimitării raportului dintre intervenția umanitară și principiul ne-amestecului în afacerile interne ale statelor în dreptul internațional la etapa contemporană*, Revista Filosofie și Drept, Academia de Știință a Republicii Moldova, Institutul de Filosofie, Sociologie și Drept, Chișinău, 2005, pag. 74

International community meets difficulties and complex issues when civil population become victims in civil wars and are exposed to atrocities committed by their own Governments. In such cases, difficult choices are required, as regard to the role of UN and the whole international society.

Certainly, 90's years represented the "gold era of humanitarian diplomacy" and the necessity of codifying and establishing specific norms for governing situations for humanitarian interventions were more than needed. Nevertheless, there is no unanimity in qualifying such interventions on "humanitarian basis", hence most of the countries accepts *customary law norms* and practices of such kind of interventions.

Following the examples of his predecessors, UN Secretary General Kofi Anan suggested the responsibility of international community to protect vulnerable groups in cases of gross violations of human rights and breach of international law norms. Engaging military forces in exceptional situations it is not incompatible with the spirit of UN Charter and international law if such intervention is authorized and covered legally by Security Council. Nothing in the UN charter precludes recognition that there are rights beyond borders. What the charter does say is that "armed force shall not be used, save in the common interest." But what is that common interest? Who shall define it? Who shall defend it? Under whose authority?

Thus, Kofi Anan started to defend the idea of codifying the humanitarian intervention mentioning the following: "*Just as we have learnt that the world cannot stand aside when gross and systematic violations of human rights are taking place, we have also learnt that, if it is to enjoy the sustained support of the world's peoples, intervention must be based on legitimate and universal principles. We need to adapt our international system better to a world with new actors, new responsibilities, and new possibilities for peace and progress. This developing international norm in favour of intervention to protect civilians from wholesale slaughter will no doubt continue to pose profound challenges to the international community. In some quarters it will arouse distrust, skepticism, even hostility. But I believe on balance we should welcome it.*"³

The dilemma of so-called "humanitarian intervention" has determined a lot of disputes. On the one hand, is it legitimate for a regional organization to use force without a UN mandate? On the other, is it permissible to let gross and systematic violations of human rights, with grave humanitarian consequences, continue unchecked? The inability of the international community to reconcile these two compelling interests in the case of Kosovo can be viewed only as a tragedy. The decision to deploy peacekeepers to protect the human rights of one group involved in conflict with other groups opens a Pandora's box of questions. In many cases intervention affects the role of humanitarian NGOs, whose work traditionally has been based on political neutrality. The result sometimes has been the "militarization" of humanitar-

3 **The Economist**, 18 September 1999. Kofi Anan, UN secretary general, *Two concept of sovereignty, As heads of state and government gather in New York for the annual session of the UN General Assembly Kofi Annan, the UN secretary-general, gives us his thoughts on international intervention in humanitarian crises, and the changes needed for the next century.*

ian aid, as the presence of outside peacekeeping forces pulls NGOs into conflicts in new ways. After the Rwandan genocide, for example, NGO relief operations became havens for Hutu perpetrators who fled to refugee camps.⁴

***Definition and sui generis character
of “humanitarian intervention”***

There is no one standard or legal definition of humanitarian intervention; the field of analysis (such as law, ethics, or politics) often influences the definition that is chosen. Differences in definition include variations in whether humanitarian interventions is limited to instances where there is an absence of consent from the host state; whether humanitarian intervention is limited to punishment actions; and whether humanitarian intervention is limited to cases where there has been explicit UN Security Council authorization for action.

Lato sensu, humanitarian intervention could be interpreted as “group of actions, using force, carried out by a state or a group of states associated *ad hoc* or within a framework of an international organization, on behalf and in the interest of the international community, aimed at amelioration of a crisis situation”.⁵ *Stricto sensu*, humanitarian intervention refers to a state or groups of states using military force against another state when the chief publicly declared aim of that military action is ending human-rights violations (as genocide and mass killing) being perpetrated by the state against which it is directed.”⁶

Taking into account that there is no legal norms’ governing such interventions, however, there is a general consensus on some of its essential features, based on customary norms as following:

Jus ad bellum and Humanitarian intervention. HI involves the **threat and use of military forces as a central feature.** The use of force by states is controlled by both customary international law and by treaty law. The UN Charter reads in article 2(4): “*All members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations*“.⁷ This rule was “enshrined in the United Nations Charter in 1945 for a good reason: to prevent states from using force as they felt so inclined”, said Louise Doswald-Beck, Secretary-General International Commission of Jurists. Although some commentators interpret Article 2(4) as banning only the use of force directed at the territorial

4 Brian D. Lepard, *Rethinking Humanitarian Intervention: A Fresh Legal Approach Based on Fundamental Ethical Principles In International Law and World Religions*, Pennsylvania State University Press, 496 pp.

5 С.В. Черониченко, Теория международного права, Москва, 1999, pag. 464

6 Humanitarian intervention, Legal and Political Aspects, Danish Institute of International Affairs, 1999, pag. 11

7 <http://www.un.org/en/documents/charter/chapter1.shtml>

integrity or political independence of a state, the more widely held opinion is that these are merely intensifiers, and that the article constitutes a general prohibition, subject only to the exceptions stated in the Charter (self-defence and Chapter VII action by the Security Council). This principle is now considered to be a part of customary international law, and has the effect of banning the use of armed force except for two situations authorized by the UN Charter. Firstly, the Security Council, under powers granted in articles 24 and 25, and Chapter VII of the Charter, may authorize collective action to maintain or enforce international peace and security. Secondly, Article 51 also states that: "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right to individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a state." There are also more controversial claims by some states of a right of humanitarian intervention, reprisals and the protection of nationals abroad.

Unilateral character — intervention could be individual or collectively (even if a group of states initiated the intervention they are acting as a single subject), without the consent of the third state (in which the intervention is taking actions). The term "unilateral humanitarian intervention" commonly refers to the threat or use of force by one or more states acting without Security Council authorization.⁸

It is an intervention in the sense that **it entails interfering in the internal affairs of a state** by sending military forces into the territory or airspace of a sovereign state that has not committed an act of aggression against another state. It is clear that traditional notions of sovereignty alone are not the only obstacle to effective action in humanitarian crises. No less significant are the ways in which states define their national interests. A new, broader definition of national interest is needed in the new century, which would induce states to find greater unity in the pursuit of common goals and values. Intervening in the affairs of another state has been a subject of discussion in public international law for as long as laws of nations were developed. There are opinions which define humanitarian intervention as the "justifiable use of force for the purpose of protecting the inhabitants of another state from treatment so arbitrary and persistently abusive as to exceed the limits within which the sovereign is presumed to act with reasons and justice."⁹

The intervention is in response to situations that do not necessarily pose direct threats to states' strategic interests, but instead is **motivated by humanitarian objectives**. Teson F, a contemporary international law scholar defines humanitarian intervention as "*the proportionate transboundary help, including forcible help, provided by governments to individuals in another state who are being denied basic*

8 Michael Byers & Simon Chesterman, *Changing the Rules About Rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the Future of International Law*, in HUMANITARIAN INTERVENTION: ETHICAL, LEGAL AND POLITICAL DIMENSIONS, 177, 178 J. L. Holzgrefe & Robert O. Keohane, 2003.

9 Article "towards a doctrine of HI" David J. Scheffer, Senior Associate, Carnegie Endowment for International Peace, 1992 Symposium Lecture of the University of Toledo College of Law

human rights and who themselves would be rationally willing to revolt against their oppressive government.” Hence, humanitarian intervention must be purely humanitarian in intent, that the sole or at least the primary goal of the intervention must be to protect the welfare and freedom of those in another state, rather than some advantage to the intervening or its citizens.¹⁰

In recent years several countries have begun to argue for the existence of a right of humanitarian intervention without Security Council authorization. In the aftermath of the Kosovo crisis in 1999, the UK Foreign Secretary asserted that, “In international law, in exceptional circumstances and to avoid a humanitarian catastrophe, military action can be taken and it is on that legal basis that military action was taken.” It is very difficult to reconcile this statement with the UN Charter, as it is clearly not any kind of self-defence. When NATO used military force against the Yugoslav state, it did not have authorization from the Security Council, but it was not condemned either. This is because veto-wielding countries held strong positions on both sides of the dispute.

It has to be mentioned that many countries oppose such unauthorized humanitarian interventions on the formal ground that they are simply illegal, or on the practical ground that such a right would only be ever used against weaker states by stronger states. This was specifically shown in the Ministerial Declaration of G-77 countries, in which 134 states condemned such intervention. Proponents have typically resorted to a claim that the right has developed as a new part of customary law. This developing international norm in favour of intervention to protect civilians from wholesale slaughter will no doubt continue to pose profound challenges to the international community.

Codifying Humanitarian intervention — responsibility to protect?

Although usually considered to be categorically distinct from most definitions of humanitarian intervention, the emergence of a ‘*Responsibility to protect*’ deserves mention. Responsibility to Protect is the title of a report produced in 2001 by the International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS) which was established by the Canadian government in response to the history of unsatisfactory humanitarian interventions. The report sought to establish a set of clear guidelines for determining when intervention is appropriate, what the appropriate channels for approving an intervention are and how the intervention itself should be carried out.

Responsibility to protect seeks to establish a clearer code of conduct for humanitarian interventions and also advocates a greater reliance on non-military measures. The report also criticizes and attempts to change the discourse and terminology

¹⁰ Fernando Teson, *Humanitarian Interventions*, 2nd edition, Irvington-on-Hudson, NY, Transnational Publishers, 1992, pag 1-6.

surrounding the issue of humanitarian intervention. It argues that the notion of a 'right to intervene' is problematic and should be replaced with the 'responsibility to protect'. Under Responsibility to Protect doctrine, rather than having a right to intervene in the conduct of other states, states are said to have a responsibility to intervene and protect the citizens of another state where that other state has failed in its obligation to protect its own citizens.

This responsibility is said to involve three stages: to prevent, to react and to rebuild. Responsibility to Protect has gained strong support in some circles, such as in Canada, a handful of European and African nations, and among proponents of human security, but has been criticized by others, with some Asian nations being among the chief dissenters. This doctrine is looking for establishing some general conditions and principles that should be followed in the case of humanitarian interventions: an equitable cause, a correct intention, subsidiary principle which gives the priority to the protected state unable to act in crisis, a preliminary authorization of an international organizations (Security Council UN on the basis of VII Chapter or General Assembly Resolution or a regional organization etc.), last resort action condition, proportionality and rational prospects of success and good results.

The subject of humanitarian intervention has remained a compelling foreign policy issue and a challenge for international law, as it highlights the tension between the principle of state sovereignty — a defining pillar of the UN system and international law — and evolving international norms related to human rights and the use of force. Moreover, it has sparked normative and empirical debates over its legality, the ethics of using military force to respond to human rights violations, when it should occur, who should intervene, and whether it is effective. An event compels re-examinations of conventional doctrines of international law. Such re-examinations occurred following World Wars I-II — conflict that led to the creation of new international organizations, new forms of behavior codified in treaties and conventions, and fundamental changes in the legal architecture of international relations. An event of such magnitude — the end of Cold War — once again is challenging traditional readings of international law and the behavior of nations and institutions. Long-standing interpretation of sovereignty, the principle of force and non-interference in the internal affairs of states, and the doctrine of humanitarian intervention are under assault in a rapidly changing world. However, the legality of this doctrine in international relations has always been subject to some debate because it is in direct conflict with one of the most fundamental norms in international relations, the principle of state sovereignty and non-interference.

IMPLICAREA SOCIETĂȚII CIVILE ÎN PROCESUL DECIZIONAL AL STATULUI

Andrei SMOCHINĂ, doctor habilitat, profesor universitar¹

Carolina GALBEN, doctorandă

THE IMPLICATION OF CIVIL SOCIETY IN THE DECISION-MAKING PROCESS OF THE STATE
The actuality of this study is determined, first of all, by the theoretical and practical importance of the problems that refer to the identification and development of civil society. The implication of civil society in the decision-making process of a state is in the focus of legal sciences from the most ancient times. Theoreticians have insisted in their studies and research upon the evolution of civil society, identifying multiple concepts, principles and rules that could be found in the societies of modern democratic states as well. Thereby, it is included in the doctrines of many ancient and modern thinkers.

Keywords: civil society, decision making process, state

Actualitatea acestui studiu este determinată, primordial, de importanța teoretică și practică a problemelor ce vizează identificarea și dezvoltarea societății civile. Implicarea societății civile în procesul decizional al statului se află în vizorul științelor juridice din cele mai vechi timpuri. În cercetările și studiile lor teoreticienii au insistat asupra evoluției societății civile, identificând numeroase concepte, principii și reguli care se regăsesc și în societățile statelor democratice contemporane. Astfel, ea este inclusă în doctrinele multor cugetători ai antichității și contemporaneității.

Cuvinte cheie: societate civilă, proces decizional, stat

Necesitatea de a re-construi societatea civilă după prăbușirea comunismului în Europa de Est a reprezentat o temă comună a reformatorilor și a comentatorilor încă din anii 90 ai secolului trecut. Regimul comunist a dezaprobat instituțiile societății civile. Atitudinea „de clasă” față de oameni și, drept rezultat, diferențierea efectivă a societății, excluderea principului șanselor egale și aprecierii conform calității morale și profesionale, prezența unei conduceri bazate pe forță și absența metodelor economice eficiente de administrare a societății sovietice au condus la substituirea dinamismului unui sistem echilibrat prin altul static, refuzând, în același timp, reformele necesare de dezvoltare a societății civile. Iată de ce, în condițiile regimului totalitar comunist cu excepția unor exemple asemeni bisericii catolice din Polonia, asemenea instituții erau practic inexistente.

¹ Andrei Smochină este vicedirector al Institutului de Istorie, Stat și Drept al AȘM

Fenomen cu implicații profunde, la cererea reformatorilor din secolul XXI în istoria Republicii Moldova guvernarea democratică a pus bazele edificării societății civile pe un fundament nou, prin asimilarea a tot ce este imperios necesar, util, de la societățile civile occidentale.

Astfel, actualmente problema formării societății civile continuă să fie una centrală în discuții de diferite niveluri. În prezent, se configurează o nouă tendință în evoluția organizațiilor societății civile — dezvoltarea spiritului activ civic și al voluntarismului. Tema investigației este pe cât de originală, prin esența sa, pe atât de actuală pentru cristalizarea societății civile în Republica Moldova, fapt ce va contribui plenar la familiarizarea exhaustivă cu realitățile societății noastre, dincolo de dinamismul pluriplan al etapei contemporane.

E necesar să ne edificăm pentru a nu repeta, iarăși, erorile timpului istoric. Astăzi, e un lucru cert, orice analiză a societății civile, ca partener plenipotențiar în colabotarea cu autoritățile publice trebuie efectuată ținându-se cont de cadrul concret al evenimentelor de tranziție, de majorele transformări economice și sociale în care se derulează aceste fenomen.

Expunem aici câteva mărturii și precizări concludente privind evoluția societății civile în Republica Moldova, pentru o înțelegere mai clară a rolului societății civile în procesul de definire, elaborare, monitorizare și de evaluare a politicilor cu care se confruntă statul nostru în procesul de tranziție și, implicit, pentru o prezență instituțională durabilă în dezvoltarea națională și cea locală.

Geneza și evoluția societății civile se referă la apariția și evoluția conceptului teoretic de „societate civilă“, în general. În cazul dat sunt tratate noțiunile privind societatea civilă care dezvăluie condițiile în care a apărut conceptul nominalizat sub aspect doctrinar. Termenul „societate civilă“ a fost utilizat în mai multe sensuri de către diverși autori încă de la începutul secolului XVIII. Totuși, sensul actual al termenului „societate civilă“ derivă de la G.Hegel² adică „un set de asociații intermediare care nu sunt nici de natură statală, și nici de natură familială. Societatea civilă include, deci, asociațiile voluntare și firmele și alte corpuri corporative.

În literatura de specialitate există mai multe formulări ale noțiunii de societate civilă. O formulare specifică societății civile a fost expusă de Renumita școală de economie din Londra, textul căreia prezintă societatea civilă drept arena unde se produc acțiuni colective voluntare în jurul intereselor, scopurilor și valorilor comune.

În teorie, formele ei instituționale sunt diferite de elementele statale sau ale pieței economice. În realitate, limitele între stat, societate civilă și piața economică sunt interconexe, deseori confuze și uneori pur și simplu negociate. În sens ordinar, societatea civilă cuprinde o diversitate de spații, actori și forme instituționale care variază în scheletul lor instituțional, autonomie și putere. Societățile civile sunt deseori populate de organizații filantropice, organizații non-guvernamentale, grupuri

2 Hegel G.W.F. Principiile filosofiei dreptului. București:IRS, 1996, p.284.

comunitare, organizații gender, organizații religioase, asociații profesionale, asociații de afaceri, sindicate, etc.³

O definiție mai desfășurată și mai profundă a noțiunii „*societate civilă*“ este expusă de către Banca Mondială și dezvoltată de către un șir de centre de cercetare. În speță, termenul de societate civilă se referă la o „sferă largă de organizații non-guvernamentale și non-profit care sunt prezente în viața publică. Aceste organizații exprimă interesele și valorile membrilor lor sau interesele altor persoane din considerente etice, culturale, politice, științifice, religioase sau de binefacere. Organizațiile societății civile cuprind deci o gamă vastă de organizații, cum ar fi grupurile comunitare, sindicate, grupurile autohtone, organizațiile caritabile, organizațiile confesionale, organizațiile profesionale, și fundațiile“.⁴

Alianța mondială pentru participarea cetățenilor prezintă o definiție și mai simplă. În opinia alianței, societatea civilă este „arena din afara familiei, statului și pieței, acolo unde oamenii se asociază pentru a avansa interesele comune“.⁵

Evaluarea definițiilor de mai sus ne induce faptul că societatea civilă este un fenomen străin pentru societățile dictatoriale, în special acolo unde nu sunt recunoscute libertatea gândirii, libertatea presei, libertatea întrunirilor și, în sens mai larg, drepturile și libertățile fundamentale ale omului.

În același timp, aceleași definiții, în felul lor fac o legătură și o distincție simultană dintre societatea civilă și organizațiile statale, și viceversa. Drept exemplu, putem împrumuta fenomenul simbiozei din lumea biologică pentru a face o analogie vizuală. Astfel, pentru a ajunge la concluzia că un stat este democratic, trebuie să fie prezentă o societate civilă care poate activa liber și armonios nu numai în sfera politică, dar și în toate sferile posibile unde cetățenii au un interes comun. Dintr-un alt punct de vedere, organizațiile din societatea civilă nu pot activa într-un spațiu vid și au nevoie de spațiul-matrice pentru a exista și pentru a se dezvolta durabil.

Este important să ne reamintim că tărâmul respectiv este unul separat de viața familială, de viața statului sau de relațiile economice. De exemplu o inițiativă de modificare a legislației fiscale din partea uniunii importatorilor de produse petroliere nu cade sub incidența definiției de societate civilă. Aici vorbim despre angajamentele non-profit. Implicit, relațiile din interiorul sistemului de stat — de exemplu cele administrative — nu cad sub incidența celor acoperite de definiția de societate civilă. Și altfel nici nu poate fi din cauza unei distincții esențiale între stat și societatea civilă — statul este acel actor care deține monopolul forței în stat.

Statul trebuie să ofere posibilități egale pentru crearea și dezvoltarea societății civile. Una din precondiții trebuie să fie concursul deschis și transparent pentru

3 Definiția societății civile utilizată de către London School of Economics.

4 Banca Mondială, definiția societății civile, <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/CSO/0,,contentMDK:20101499~menuPK:244752~pagePK:220503~piPK:220476~theSitePK:228717,00.html>

5 Civil Society Index, Summary of conceptual framework and research methodology, http://www.civicus.org/new/media/CSI_Methodology_and_conceptual_framework.pdf, p.15.

accederea la fondurile publice care ar fi destinate dezvoltării societății civile și a sistemului non-guvernamental.

Curcurele și structurile economice trebuie să conștientizeze și să anticipeze beneficiul unei societăți civile active. Un beneficiu de lungă durată pentru agenții economici, și chiar pentru investitori externi, care rezultă din prezența unei societăți civile active este faptul că există un mecanism independent de alertă pentru situațiile în care sistemul democratic derapeze, situațiile în care condițiile pentru o activitate economică în cadrul legii pot fi în pericol.

Sistemul politic și societatea civilă

Sistemul de democrație parlamentară este bazat pe principiul conform căruia autoritatea în stat aparține poporului statului (*vox populi* — vocea poporului) și nu din puterile naturale sau de la cele religioase sau divine. Actualmente, această voce a poporului este exprimată prin alegerile care au loc odată la 4 ani. Alegerile libere și democratice aduc la putere un guvern, un președinte, un consiliu de miniștri, etc. Parlamentul adoptă legi, Guvernul aplică deciziile necesare, și Președintele, pe lângă toate responsabilitățile lui, reprezintă statul. Acest exemplu idilic este unul steril, fără viață. De ce? Răspunsul la această întrebare îl identificăm în altă problemă — cum putem fi siguri că membrii parlamentului, guvernului, președintele, consiliile municipale, etc. nu ajung în situația în care ei nu cunosc realitatea din teren? Consultarea regulată a propriului electorat este una din măsurile prin care se poate verifica dacă politicianul beneficiază, sau deja nu, de suportul electoratului.

Electoratul însă nu asigură totdeauna reflectarea perfectă a societății civile, la fel cum și societatea civilă nu înseamnă automat electoratul. Deci, consultarea societății civile, poziției diferitor organizații și asociații, asigură desfășurarea unui proces democratic cât mai larg.

Societatea civilă este constituită din totalitatea relațiilor sociale voluntare, organizații civice și sociale, și instituții care formează baza unei societăți care funcționează, și opusă altor structuri statale bazate pe forța statului (indiferent de forma politică a statului respectiv), și, în ultimul rând, din instituțiile comerciale ale pieții. Împreună, statul, piața și societatea civilă formează societatea civilă în sensul cel mai larg. Relațiile între aceste părți componente determină caracterul unei societăți și structura ei.

Nu există o definiție a societății civile acceptată unanim. Definiția de bază a Centrului pentru Societatea Civilă de la Școala de Economie din Londra este doar una ilustrativă:

Definițiile deseori întâmpină dificultăți de receptare atunci când ele sunt aplicate în mod liniar și universal, prin trasarea diferențelor sociale și culturale. CIVICUS — Asociația Mondială pentru Participarea Cetățenilor a indicat în cercetările sale următoarea definiție: „arena în afara familiei, statului și pieții unde oamenii se asociază pentru a promova interesele lor comune“.

Din perspectivă istorică, sensul actual al conceptului de societate civilă a fost deviat de două ori de la sensul lui original. Prima schimbare a survenit în perioada revoluției franceze, iar a doua — după căderea comunismului în Europa.

Conceptul de societate civilă în sensul pre — modern clasic și republican este conectat de gândirea târzie din epoca perioadei de iluminare din sec.XVIII. Cu toate acestea, conceptul are o istorie cu mult mai veche în spațiul gândirii politice. În mod general, societatea civilă a fost receptată drept o asociație politică care a guvernat un conflict social prin impunerea de reguli care restrâng cetățenii de la posibilitatea de a-i leza pe alții. În perioada clasică, conceptul era sinonim cu societatea blândă, și privită ca parte integrală a statului.

De exemplu, Socrates învață că tensiunile din interiorul societății trebuie să fie rezolvate prin metoda argumentului în public și prin utilizarea „dialecticii“ — o formă a dialogului rațional pentru a descoperi adevărul. Conform lui Socrates, argumentul public prin „dialectică“ era imperativ pentru a asigura „civilitatea“ orașului și „bunăstarea“ poporului. Astfel au fost ele recepționate în epocile nominalizate.

Republica Moldova urmează o formulă proprie în explicitarea sensului de societate civilă, în funcție de aplicabilitatea ei la circumstanțele legale, politice, economice și sociale aflate în continuă modificare. Un important moment în activitatea Parlamentului din perioada 2008 — 2011 a fost adoptarea, la 11 decembrie 2008, a Hotărârii⁶ pentru aprobarea Strategiei dezvoltării societății civile în anii 2009 — 2011. Conținutul Hotărârii este structurat, din punct de vedere juridic, în: dispoziții generale; valorile și principiile cooperării și ale relațiilor dintre administrația publică și societatea civilă; priorități strategice etc.

Concomitent, sunt propuse mai multe formule privind rolul și importanța societății civile în procesul decizional al statului. Conform primei, se prevede că prin activitate civică se prezumă participarea voluntară, din proprie inițiativă, a cetățenilor la viața publică și la procesul de soluționare a problemelor în cadrul comunității locale, ceea ce reprezintă un element esențial al unei societăți democratice.

Apoi urmează a doua viziune ce stătează că autoritățile publice susțin activitatea civică prin crearea unui cadru legal favorabil, prin informarea opiniei publice despre activitățile lor, prin implicarea organizațiilor societății civile în procesul de planificare și de implementare a deciziilor.

Astfel de atitudini sunt prezente și în următoarele compartimente ale Hotărârii Parlamentului. Sub acest aspect, legiuitorul evidențiază crearea unor mecanisme eficiente formale și informale pentru organizarea de consultanțe cu societatea civilă pe problemele integrării europene, în conformitate cu Programul de cooperare, cu principiile generale și cu standardele minime de consultanță adoptate la nivelul Uniunii Europene, precum și elaborarea mecanismelor și a măsurilor prin care se

6 Hotărâre nr.267 din 11.12.2008 pentru aprobarea Strategiei dezvoltării societății civile în anii 2009-2011. Publicat în Monitorul Oficial nr.1-2 art. Nr.11 intrat în vigoare 11.12.2008.

asigură transparența decizională și participarea organizațiilor societății civile la dezbaterile proiectelor de acte legislative și normative.

Tendențele actuale ale legiuitorului autohton vizează promovarea acțiunilor de evaluare a posibilităților de constituire a Fondului Național pentru Dezvoltarea Societății Civile. Această orientare a fost făcută publică. În vederea garantării discipline a activității organizațiilor societății civile să li se confere atribuții și totodată responsabilități sporite pentru activitățile desfășurate în problemele de importanță națională. Mai mult de cât atât, OSC nu sunt finanțate de către stat, depinzând astfel de resurse financiare alternative, în special din partea donatorilor internaționali.

În sinteză, după ce au fost expuse opiniile cu referire la problemele societății civile putem afirma cu certitudine că reglementarea activității OSC constituie un factor relevant în procesul legitimării lor. În concluzie, anunțăm următoarele priorități:

1. Principiile activității societății civile păstrându-și formele vechi, obțin un nou conținut inedit datorită noilor forme și dimensiuni ale cooperării între autoritățile publice și societatea civilă;
2. În aceste timpuri de tranziție și incertitudine, conștientizarea de către societatea civilă a rolului propriu în procesul decizional al statului continuă să reprezinte o sursă de inspirație pentru legislatori;
3. Preluarea practicilor de succes ale organizațiilor societății civile din statele democratice în domeniul procesului decizional al statului de către OSC din țara noastră creează obligația autorităților publice de a le respecta *ad litteram*;
4. Eficiența activității societății civile presupune anumite avantaje. Statul de drept este promotorul societății civile, propunându-și soluții noi în vederea valorificării eficiente a guvernării democratice.

RESPONSABILITATEA ȘI RĂSPUNDEREA JURIDICĂ — GARANȚIE A LIBERTĂȚII INDIVIDUALE

Dumitru BALTAG, doctor habilitat, profesor universitar

Elena MORARU, doctorandă

RESPONSIBILITY AND LIABILITY AS GUARANTEES OF INDIVIDUAL FREEDOM

The investigated theme concerns the opinions of the theoreticians towards the notions of responsibility and liability. Sometimes the term „liability“ is confused with the notion of „responsibility“. Some authors consider that liability is a form of responsibility. In the present investigation there are related opinions towards these notions, definitions of the terms „responsibility“ and „juridical liability“ are also given. The author has come to the conclusion that the terms have different meanings and that their acceptation and usage should be different too.

Keywords: legal liability, legal responsibility, definition, freedom

Tema investigată se referă la opinii ale teoreticienilor față de noțiunile de responsabilitate și răspundere. Uneori, termenul de „răspundere“ este confundată cu noțiunea de „responsabilitate“. Unii autori consideră că răspunderea este o formă de responsabilitate. În cadrul prezentei investigații sunt prezentate opinii legate de aceste noțiuni, și sunt de asemenea date definiții ale termenilor „responsabilitate“ și „răspundere juridică“. Autorul a ajuns la concluzia că termenii au sensuri diferite și că acceptarea și utilizarea lor trebuie să fie diferite.

Cuvinte cheie: răspundere juridică, responsabilitate juridică, noțiune, libertate

Într-o societate democratică, statul — organismul politic care dispune de forță și decide cu privire la întrebuintărea ei — garantează juridic și efectiv libertatea și egalitatea indivizilor. Dimensiunile demersului în care omul poate să se miște după bunul său plac sunt vizate de către puterile publice în conformitate cu scopurile pe care ele însele și-au propus să le atingă într-un sistem politic pluralist. Așa cum spunea Hegel, ideea dreptului este libertatea, și pentru ca ea să fie înțeleasă, observată, ea trebuie să fie cunoscută atât în conceptul ei, cât și în existența ei reală¹.

Libertatea constituie substanța dreptului, iar sistemul dreptului este domeniul libertății înfăptuite. „Fiecare individ are dreptul la viață, la libertate și la siguranță, personală“ — prevede art. 3 din Declarația Universală a Drepturilor Omului². Principiul general al libertății se difuzează în ramurile dreptului fie sub forma libertăților generale, fie sub forma libertăților individuale. Aceste libertăți sunt solidare, în sensul că afectarea lor produce o reacție în lanț, deranjând pe toate celelalte.

1 Citat după: D. Baltag. Teoria generală a dreptului. Chișinău, 2002, p. 131.

2 Republica Moldova a aderat la Declarația Universală a Drepturilor Omului prin Hotărârea Parlamentului nr.217-XII din 28.07.1990.

În Dicționarul explicativ al limbii române libertatea este definită ca o „posibilitate de a acționa după propria voință sau dorință; posibilitatea de acțiune conștientă a oamenilor în condițiile cunoașterii (și stăpânirii) legilor de dezvoltare a naturii și societății”³.

Libertatea omului apare din trei puncte de vedere: libertatea în raport cu natura; libertatea în raport cu societatea și libertatea omului în raport cu sine însuși. În ordinea de idei care ne interesează, cea a libertății la fundament al responsabilității, avem în vedere sensul libertății sociale a omului (cunoaștere, decizie, acțiune).

Responsabilitatea însoțește libertatea, deoarece responsabilitatea este un fenomen social; ea exprimă un act de angajare a individului în procesul interacțiunii sociale.

Concepând responsabilitatea ca o asumare a răspunderii față de rezultatele acțiunii sociale a omului, se admite, pe de o parte, că acțiunea socială este cadrul nemijlocit de manifestare a responsabilității, iar, pe de altă parte, că libertatea este o condiție fundamentală a responsabilității.

Dreptul nu poate fi privit și apreciat doar prin posibilitatea pe care le are de a interveni *post factum* pe terenul răului deja făptuit, moment în care sancțiunea se impune; el are posibilitate să contribuie prin conținutul prescripțiilor sale la fundamentarea unei atitudini culturale a individului față de lege, atitudine ce presupune grija asumată față de integritatea valorilor sociale apărute pe cale legală (implicând deci fenomenul responsabilității).

Dobândind dimensiunea responsabilității, individul nu se mai află în situație de subordonare „oarbă” și supunere neînțeleasă față de norma de drept, ci în situația de factor care se raportează la normele și valorile unei societăți în mod activ și conștient. Dreptul nu poate fi privit și apreciat doar prin posibilitatea pe care le are de a interveni *post factum* pe terenul răului deja făptuit, moment în care sancțiunea se impune; el are posibilitate să contribuie prin conținutul prescripțiilor sale la fundamentarea unei atitudini culturale a individului față de lege, atitudine ce presupune grija asumată față de integritatea valorilor sociale apărute pe cale legală (implicând deci fenomenul responsabilității).

Dobândind dimensiunea responsabilității, individul nu se mai află în situație de subordonare „oarbă” și supunere neînțeleasă față de norma de drept, ci în situația de factor care se raportează la normele și valorile unei societăți în mod activ și conștient⁴.

Societatea, de la cele mai rudimentare forme de organizare a sa, a avut niște reguli de conduită. Dacă în perioada incipientă aceste reguli erau mai mult de natură morală, atunci, o dată cu evoluția societății, ele au dobândit treptat multiple caractere. Astfel, putem afirma că la etapa actuală în societate se poartă răspundere morală, religioasă, politică și, nu în ultimul rând, juridică. Orice discuție ce abordea-

3 Dicționarul Explicativ al Limbii Române. București, 1998

4 A se vedea: M. Florea. Responsabilitatea acțiunii sociale. București, 1988, p. 79

ză nemijlocit răspunderea, în oricare formă de existență a sa, are la bază eventuala nesocotire a unor norme existente care prescriu o anumită conduită concretă. Este și firesc acest lucru, întrucât nu se poate răspunde decât pentru ceva neacceptat de societate sau dezaprobat.

Alta e situația cu simțul responsabilității și al răspunderii. Deci, atunci când se zice că cineva are simțul responsabilității, semnificația rezidă în aceea că persoana respectivă respectă pe ceilalți în aceeași măsură în care se respectă pe sine, iar, pe de altă parte, respectă normele ce-i prescriu un comportament.

Dacă se menționează despre existența la o anumită persoană a simțului răspunderii, atunci cert este faptul că respectivul subiect a comis o acțiune fie ilicită, fie imorală fie de altă natură și consimte că trebuie să răspundă, deci să suporte consecințele inerente unui atare comportament. La un moment dat am putea pune semnul egalității între aceste două sintagme, întrucât a-i respecta pe ceilalți ar însemna și a accepta să porți răspundere în fața societății. Întru argumentarea celor menționate putem aduce și poziția autorilor DEX-lui limbii române (ediția a II-a): a avea simț de răspundere sau simțul răspunderii = a fi conștient de însemnătatea sarcinilor asumate sau primite, a lucra cu râvnă și seriozitate pentru executarea lor⁵. Totuși, opinăm că responsabilitatea este sau ar trebui să fie preexistentă răspunderii, adevăr valabil cu atât mai mult dacă ne referim la domeniul dreptului, întrucât răspunderea în sens juridic este o consecință rezultată din neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a unei obligații legale.

Din aceste perspective se poate lesne constata că și în cazul răspunderii sociale putem vorbi atât despre responsabilitate, cât și despre răspundere, deși în literatura de specialitate mai mult se ține a se menționa corelația existentă între termenii respectivi în sensul răspunderii sau responsabilității juridice. Argumente în acest sens vom aduce în cele ce urmează.

Așa cum am menționat, în literatura de specialitate de multe ori se duc discuții, chiar contradictorii, referitoare la noțiunile de „responsabilitate“ și „răspundere juridică“⁶.

Unii autori identifică răspunderea cu responsabilitatea, pe când alții consideră răspunderea juridică o formă a responsabilității, deci aceste două noțiuni ar reprezenta fenomene interconexe. Această legătură reciprocă se materializează în aceea că responsabilitatea dă naștere răspunderii, întrucât, conform opiniei acestor autori, ultima nu este decât o manifestare specifică a celei dintâi.

Totuși, nu putem face abstracție de faptul că, deși este dominant termenul „răspundere“, în literatura juridică se folosește, cu aceeași valoare și sens, termenul „responsabilitate“.

În acest sens vom exemplifica prin cunoscuta monografie a lui Mihai Eliescu „Răspunderea civilă delictuală“, una dintre secțiunile căreia este intitulată „Raportul

5 Dictionarul Explicativ al Limbii Române. București, 1998, p. 889

6 A se vedea: Gh. Avornic. Teoria generală a dreptului. Chișinău, 2004, p. 485

dintre răspunderea contractuală și cea delictuală. Problema cumulului celor două responsabilități⁷.

Dacă în acest caz se pare că termenul „responsabilitate” este folosit ocazional și cu totul în subsidiar, în alte lucrări el apare dominant în titluri, ca: „Responsabilitatea funcționarilor de stat”, „Responsabilitatea penală a funcționarilor de stat”, „Responsabilitatea disciplinară a funcționarilor de stat”. Din acest context se desprinde ideea că acest termen este folosit ca sinonim cu cel de răspundere⁸. Cu siguranță, acest lucru nu este deloc întâmplător. Toate își au sorginea în responsabilitatea și răspunderea socială în general, bineînțeles, cu toate formele ei existente.

Mircea Costin, în lucrarea „Răspunderea juridică”, folosește la un moment dat termenul de responsabilitate, în general, și pe cel de responsabilitate civilă, în special⁹. Aici este certă identificarea responsabilității cu răspunderea.

Și în alte domenii ale culturii termenul de responsabilitate ia locul celui de răspundere, spre exemplu în monografia lui Radu Sommer „Autonomie și responsabilitate în artă”¹⁰.

Dicționarul explicativ al limbii române confirmă deopotrivă termenul de răspundere și pe cel de responsabilitate, dându-le aproape același înțeles. Numai că atunci când explică cuvântul „răspundere” dicționarul precizează în plus că, în sens juridic, acesta semnifică „consecința rezultată din neîndeplinirea unei obligații legale”. Astfel, DEX-ul confirmă că responsabilitatea constă în obligația de a efectua un lucru, de a răspunde, de a da socoteală de ceva, de a accepta și a suporta consecințele, dând în fine un sinonim pentru responsabilitate — pe cel de răspundere¹¹. Deci, putem constata că la un moment dat și DEX-ul identifică responsabilitatea cu răspunderea sau, invers — răspunderea cu responsabilitatea.

Dacă vom trece la explicația termenului de răspundere, constatăm că, conform aceluiași DEX, răspunderea presupune: faptul de a răspunde, obligația de a răspunde de îndeplinirea unei acțiuni, sarcini; responsabilitate¹². În principiu, DEX-ul nu ne duce decât la concluzia că responsabilitatea și răspunderea pot fi considerate și sinonime. Totuși, această identificare este acceptabilă atâta timp cât nu se scot la lumină elementele distincte ale lor. Considerăm că responsabilitatea este ceva care există sau cel puțin ar trebui să existe întotdeauna, iar răspunderea ar veni ca o consecință firească a neexecutării sau executării necorespunzătoare a unei obligațiuni de orice natură.

Un lucru e cert: toți autorii care pun semnul egalității între responsabilitate și răspundere își justifică alegerea prin sensul atribuit acestor două noțiuni de către Dicționarul explicativ al limbii române.

7 A se vedea: M. Eliescu. Răspunderea civilă delictuală. București, 1972, p. 60

8 A se vedea: Gh. Mihai, R. Motică. Fundamentele dreptului. Optima justiția. București, 1999, p. 109

9 A se vedea: M. Costin. Răspunderea juridică. Cluj-Napoca, 1974, p. 20

10 A se vedea: R. Sommer. Autonomie și responsabilitate în artă. București, 1963, p. 50

11 Dicționarul Explicativ al Limbii Române. București, 1998, p. 919

12 Dicționarul Explicativ al Limbii Române. București, 1998, p. 891

Deci, după cum vedem, libertatea fara responsabilitate nu poate exista, după cum responsabilitatea este inefficientă fără răspunderea juridică.

Pe de alta parte, responsabilitatea și răspunderea juridica sunt inerente existentei Statului și Dreptului atât pe plan intern cat și pe plan extern.

Statul în care nu funcționează instituțiile cu responsabilitatifi răspundere este condamnat la anarhie și la pieire, iar garantarea și ocrotirea drepturilor este formală.

În orice Constituție, conceptele de garantare, ocrotire, asigurare sunt foarte des folosite. Potrivit art. 12 din Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului (1789) „garantarea drepturilor omului și ale cetățeanului necesită o forță publică; această forță este deci creată în avantajul tuturor și nu spre folosința proprie a celor căror ea le este încredințată“. Or garantarea, ocrotirea, asigurarea ar fi concepte lipsite de conținut și eficiență dacă această forță publică nu ar acționa în limitele unor alte concepte constituționale, respectiv responsabilitate, răspundere și constrângere juridică. De aceea, socotim că studierea instituțiilor responsabilității și răspunderii juridice este necesara și de „mare actualitate“.

În lipsa unei teorii generale asupra responsabilității, precum și a folosirii ambigue a noțiunilor de „responsabilitate“, „răspundere“ și „constrângere“, vom face câteva considerații, încercând să lămurim conținutul acestor concepte spre a verifica dacă au același înțeles, iar dacă nu care ar fi semnificațiile și utilitatea fiecăreia dintre ele. Celebru dicționar „Larousse“ de exemplu consemnează pentru termenul de „responsabilitate“ mai multe sensuri: „Obligația de a repara daunele altuia, cauzate de el însuși ori de către o persoană care depinde de el sau, de un animal ori un lucru aflat în paza sa; obligația de a suporta pedeapsa prevăzută pentru infracțiunea comisă; capacitatea de a lua o decizie fără avizul prealabil al autorității superioare — necesitatea pentru un ministru de a-și abandona funcția atunci când parlamentul îi refuza încrederea responsabilitatea colectivă — faptul de a considera pe toți membri unui grup ca responsabili solidari pentru actul comis de către unul din membrii grupului“. Din această definiție desprindem ideea că responsabilitatea constituie o obligație impusă sau recunoscută de lege, persoanei private sau publice, de a face ori de a da socoteala pentru ea sau pentru altul aflat în grija sa, ceea ce presupune o garanție a responsabilității.

Totdeauna, observăm că responsabilitatea are caracter general declarativ, dar socotim că, în mod greșit, în această definiție, se arată că responsabilitatea operează după săvârșirea faptului declanșator al acesteia, și în baza unei acțiuni a celui vătămat.

Același dicționar pentru termenul de „responsabil“ consemnează două sensuri: „cel care trebuie să răspundă“, să fie garantat pentru propriile sale acțiuni sau ale altuia pe care le determină; persoana care are capacitatea de a lua decizii, dar care trebuie să dea socoteală unei autorități „superioare sau celor care i-au acordat mandatul. Se observă prin urmare ca responsabilitatea este anterioară răspunderii care este de fapt o materializare a responsabilității în cadrul unei proceduri prevăzute de lege.

În dicționarul enciclopedic român, termenul de „răspundere“ nu figurează ca atare, fiind semnalat numai într-una din formele sale particulare „răspunderea materiala a angajaților“, iar termenul de „responsabilitate“ este definit ca o „consecință a nerespectării unei obligații care constă în îndatorirea de a repara prejudiciul cauzat și când este cazul de a suporta o sancțiune“. Această definiție, situează în mod eronat „responsabilitatea ca fiind ulterioara faptului, respectiv ca o consecință a nerespectării unei obligații. Noi credem că această definiție este mai aproape de conceptul de „răspundere“ decât de „responsabilitate“.

„Obligația“ generică din această definiție — care nu este altceva decât responsabilitatea — este anterioară faptei, fiind prevăzută mai întâi în lege. De remarcat că prin formularea dată, însuși sensul și conținutul juridic al termenului, este prezentat incomplet, unilateral, privit numai din perspectiva încălcării, nu și a respectării — chiar impuse — a normei juridice; ca și cum responsabilitatea ar fi un fenomen, care intervine întotdeauna „post factum“, un factor care acționează numai pe tărâmul râului deja infaptuit (consecință a nerespectării unei obligații) și nu un fenomen care în primul rând veghează curent și permanent la respectarea normelor și raporturilor sociale în condițiile funcționalității lor normale.

Într-o lucrare de drept civil francez din perioada interbelică, găsim o explicație etimologică a noțiunii de responsabilitate precizându-se că termenul cuprinde latinescul „*spondeo*“, ceea ce în contractul *verbis* din vechiul drept roman semnifica legarea solemnă a debitorului față de creditorul său, pentru a executa o anumită obligație asumată prin contact.

În Instituțiile lui Gaius se arată că o obligație *verbis* se încheia solemn printr-o întrebare și an răspuns precum: — „Făgăduiești tu solemn că vei da?“ (Dări *spondeo*) — „Făgăduiesc solemn!“ (*Spondeo*); — „Vei da?“ — „Voi da!“; — „Promiți?“ — „Promit!“; — „Te legi?“ — „Mă leg!“; — „Promiți cu bună credință?“ — „Promit cu bună credință!“; — „Vei face?“ — „Voi face!“¹³.

În limba latină, „*spondeo*“, „*respondeo*“, „*sponsus*“, „*sponsa*“, „*sponsio*“ înseamnă a promite, a se obliga față de zei.

De fapt, termenul „responsabilitate“ include două cuvinte latine: verbul „*spondeo*“, care înseamnă a promite solemn, a garanta, a răspunde pentru cineva și substantivul „*res*“, care înseamnă lucru, motiv, cauză, realitate, afacere, chestiune, interes, avantaj etc.¹⁴.

Desprindem de aici concluzia că noțiunea de responsabilitate juridică înseamnă legătura stabilită printr-o promisiune solemnă sau prin lege de a face sau a nu face ceva, ori de a suporta ceva într-o afacere, chestiune, lucrare, realitate etc, ca urmare a încălcării unor obligații anterioare.

În literatura de specialitate, opiniile cu privire la responsabilitatea juridică sunt diferite. Alessandra Levi arată că responsabilitatea juridică nu este altceva decât

13 Gaius. Instituțiile (sub redacția lui Aurel N. Popescu). București, 1982, p. 220

14 Larousse de la langue Francaise: „*Lexis*“. Paris: Larousse, 1979, p. 1692

obligăția subiectului de a îndeplini o datorie (o obligație) care înlocuiește o obligație anterioară ce nu a fost îndeplinită¹⁵.

Decenciere-Ferrandiere arată că „responsabilitatea poate fi definită ca un ansamblu de obligații care se nasc în sarcina unui subiect din cauza faptului, acțiunii sau omisiunii celui cărui îi este imputabil. Când aceste obligații sunt sancționate prin dreptul existent pozitiv, responsabilitatea este juridică, iar în celelalte cazuri responsabilitatea este numai morală”¹⁶. Într-o altă opinie, responsabilitatea ar fi un raport juridic de constrângere având ca obiect sancțiunea juridică¹⁷.

După alți autori, responsabilitatea este o formă de reacție socială, de represiune, venind din partea societății pentru unele acțiuni reprobabile imputabile persoanei. Bineînțeles, este vorba de o reacție instituționalizată și organizată numai de o lege în limitele și pentru faptele sau actele prevăzute de lege¹⁸.

De asemenea, în opinia majoritară a autorilor „responsabilitatea” este definită prin intermediul categoriei de „obligație”, respectiv obligația de a suporta o privațiune ori de a repara un prejudiciu¹⁹.

Astfel, prof. I. Oancea privește responsabilitatea penală în sensul de obligație a celui care a săvârșit o faptă ilicită de a suporta sancțiunea juridică, precum și ca pe un raport juridic, fără a opera o distincție între elementele de conținut ale acestuia și norma juridică înseși²⁰. I. Iovănaș, înțelege responsabilitatea juridică drept „o expresie a condamnării de către stat a unei conduite ilicite care constă într-o obligație de a suporta o privațiune”.

Alți autori apelează pentru definirea răspunderii juridice la categoria de situație juridică. Este de observat că definițiile expuse au o trăsătură comună în sensul că toate consideră responsabilitatea ca o obligație de suportare a unei sancțiuni juridice, ceea ce este discutabil; după părerea noastră, sancțiunea nu reprezintă decât un instrument de realizare a responsabilității juridice²¹. Este adevărat principal, dar mai sunt și altele.

Tot în sensul celor de mai sus, al depășirii concepției potrivit căreia responsabilitatea juridică constituie doar o obligație de suportare a unei sancțiuni juridice, este și părerea prof. Mircea Costin, care susține că responsabilitatea juridică își are temeiul în faptul ilicit și reprezintă un complex de drepturi și obligații care formează

15 A se vedea: Al. Levi. *Teoria generale del diritto*. Padova, 1967, p. 389

16 A se vedea: A. Decenciere-Ferrandiere. *La responsabilite des Etats à raison des dommages subis par des etrangers*. Paris, Rousseau, 1925, p. 11.

17 A se vedea: Gh. Boboș. *Teoria Generală a Statului și Dreptului*. București. 1983, p. 264

18 A se vedea: S. Popescu. *Fundamentul responsabilității juridice*. referat prezentat la a X-a ediție a zilelor juridice româno-franceze din 05.06.1996

19 A se vedea: A. Iorgovan. *Drept administrativ. Tratat elementar*. București, 1993, p. 175

20 A se vedea: I. Oancea. *Noțiunea răspunderii penale*. *Analele Universității București, seria Științe Sociale și Juridice* nr. 6/1959, p. 133

21 A se vedea: L. Barac. *Cîteva considerații cu privire la definirea răspunderii juridice*. *Revista Dreptul* nr. 4/1994, p. 40

un raport de constrângere, ce apare între Stat ca unicul subiect activ și autorul faptei ilicite, ca subiect pasiv.

Deși constituie un progres față de celelalte definiții, nu putem trece cu vederea unele imprecizii, în sensul că nu face distincție între responsabilitate, răspundere și constrângere, responsabilitatea fiind redusă la raportul juridic de constrângere, or, după cum vom încerca să demonstrăm, între acestea există deosebiri de esență. De asemenea, este discutabilă reducerea responsabilității numai la autorul faptei ilicite, precum și numai la raportul dintre stat și persoană.

Într-un dicționar francez de drept, Max Legrand tratează responsabilitatea juridică sub **trei forme**:

- responsabilitatea penală care este definită ca o instituție juridică guvernată de mai multe principii;
- responsabilitatea civilă pe care o definește ca o obligație ce ne este impusă de lege de a răspunde de pagubele pe care noi le-am cauzat;
- responsabilitatea funcționarilor publici și ministeriali definită ca fiind responsabilitatea civilă specială a acestora. Indiferent de unele neclarități, reținem că autorul se referă nu la o simplă obligație ci la o instituție juridică guvernată de mai multe principii.

Analizând diferitele forme ale responsabilității juridice din toate domeniile dreptului, ajungem la constatarea că responsabilitatea juridică reprezintă mai mult decât un complex de drepturi și obligații corelative, cum susține un autor²², după părerea căruia răspunderea juridică este „instituția” ce cuprinde ansamblul normelor juridice care vizează raporturi ce se nasc în sfera activității desfășurate de autoritățile publice în temeiul legii, împotriva tuturor acelor care încalcă sau ignoră ordinea de drept, în scopul asigurării respectării și promovării ordinii publice și binelui public“. Și această definiție, într-adevăr mai completă, pune în mod greșit semnul egalității între responsabilitate și răspundere, aspect la care ne vom referi pe larg în cele ce urmează.

Din practică observăm că sunt cazuri când subiectul, deși responsabil declarat de lege, nu răspunde, deoarece fapta prejudiciabilă nu este cunoscută de cei în drept, sau partea vătămată nu vrea să reclame, ori a intervenit prescripția etc. De exemplu, în cazul când Statul, deși a plătit particularului daune cauzate de greșeala funcționarului public, apreciind că este în interesul serviciului (fiind un risc al serviciului), nu-l acționează „în regres” pe funcționarul vinovat și evident, acesta nu răspunde, deși este responsabil pentru fapta respectivă. În astfel de situații, mai putem vorbi de răspunderea juridică a acestui funcționar? Noi credem că nu. Dar când suntem în prezența unui caz concret, în care la plângerea părții vătămate instanța a stabilit despăgubirile ce le acordă, precum și eventual o sancțiune pentru funcționarul X? Considerăm că de-abia acum când instanța a stabilit răspunderea lui X față de Z. ne

22 Idem, p. 41

aflăm în fața răspunderii juridice a funcționarului X, deci a responsabilității materializate de autoritatea competentă. Să presupunem că X, în pofida hotărârii judecătorești definitive de stabilire a răspunderii, refuză să-și execute obligațiile ce-i revin din această hotărâre în cazul Y. Într-o astfel de situație, va trebui să se apeleze la constrângerea lui X, prin executarea silită. Pentru realizarea răspunderii, uzând de forța Statului, caz în care avem de-a face cu răspundere înfăptuită prin constrângere.

Observăm deci, că orice om liber și stăpân pe faptele sale are întotdeauna responsabilitate, dar răspunderea efectivă nu o are decât în cazuri concrete, stabilită pe baza legii de către instanța sau autoritatea administrativă competentă după caz. În practică, instanța de judecată sau autoritatea administrativă, atunci când aplică legea în cazul concret, stabilește mai înainte dacă subiectul are responsabilitate și numai după aceea verifică dacă acesta răspunde pentru fapta respectivă în împrejurările date, ceea ce învederează încă o dată diferența dintre responsabilitate și răspundere. De exemplu, în dreptul administrativ, în vederea tragerii la răspundere pentru o faptă a sa (greșeală personală sau de serviciu) trebuie mai întâi să se verifice dacă persoana este sau nu funcționar public și dacă prin lege i s-a declarat și delimitat responsabilitatea, respectiv competența de a răspunde, adică:

- dacă la data faptei ocupa legal funcția publică;
- dacă faptul sau actul administrativ au fost săvârșite în executarea atribuțiilor sale legale de serviciu sau în legătură cu serviciul;
- dacă există temei legal, deci un act normativ prin care acesta este declarat responsabil pentru faptele sale.

După această primă etapă de stabilire a existenței responsabilității, în cazul în care se vizează răspunderea funcționarului public, se verifică dacă există vreo cauză care o înlătură (răspunderea) ca de exemplu: cazul fortuit, constrângerea, starea de necesitate etc.²³. În situația în care nu există nici o cauză de înlăturare a răspunderii, urmează stabilirea vinovăției, respectiv a greșelii personale de serviciu, determinarea prejudiciului și, în final, a răspunderii concrete prin actul autorității administrative sau hotărâre judecătorească.

Analiza și sinteza diverselor definiții ale responsabilității juridice a permis prof. V. Guțuleac să constate că responsabilitatea juridică a funcționarului de stat, ca subiect al administrării în domeniul combaterii contravenționalității, poate fi definită ca o atitudine conștientă și deliberată de asumare de către individ a unor răspunderi și riscuri față de modul de onorare a obligațiilor potrivit funcției de stat deținute, excluderea abuzului de drepturi oferite, conformarea regulilor de conduită, stabilite în domeniul serviciului ce ține de contracararea fenomenului contravențional, contribuția conștientă la atingerea scopului ce stă în fața organului de stat în care el deține funcția²⁴.

23 A se vedea: Al. Ioniță. *Drept administrativ*. București, 1996, p. 187

24 A se vedea: V. Guțuleac. *Tratat de drept contravențional*. Chișinău, 2009, p. 129

Pronind de la conținutul acestei definiții prof. V. Guțuleac evidențiază, după părerea noastră foarte clar elementele responsabilității, care pot fi repartizate schematic în felul următor: 1) determinarea și reglementarea statutului administrativ-juridic al funcției de stat (obligațiile, drepturile, exigențele față de individul care va ocupa această funcție) → 2) încadrarea în modul stabilit de legislație a individului în funcția de stat → 3) conștientizarea și perceperea de către funcționarul de stat a obligațiilor și drepturilor potrivit funcției, a altor cerințe, înaintate față de funcționarul de stat → 4) autoangajarea liber consimțită de a acționa în modul corespunzător → 5) executarea conștientă și prin autoconstrângere a obligațiilor, conformarea regulilor de conduită a funcționarului de stat → 6) reacția administrației organului statal la starea de conformare a funcționarului față de exigențele serviciului respectiv prin aplicarea diverselor forme de convingere (încurajarea, stimularea morală sau materială etc).

Deci, apariția responsabilității juridice a funcționarului de stat coincide cu momentul apariției capacității administrativ-juridice a individului ca subiect al administrării. Ultima este determinată de procedura stabilită de încadrare în serviciul de stat și apare odată cu investirea în funcția respectivă. Din acest moment volumul de obligații și drepturi constituționale ale individului, ca cetățean al Republicii Moldova, se completează cu volumul de obligații și drepturi potrivit funcției deținute.

Din momentul investirii în funcția de stat, persoana respectivă este parte a raportului administrativ-juridic de conformare cerințelor înaintate față de funcționarul de stat. Acest raport însă nu trebuie confundat cu „responsabilitatea juridică“. Raportul administrativ-juridic de conformare apare odată cu obținerea forței juridice a normei administrativ-juridice (ordinul de investire în funcție), însă acest fapt este doar o componentă a definiției de responsabilitate juridică (responsabilitatea juridică statică — posibilitatea abstractă de realizare a acestei norme). Fundamentul factual al responsabilității juridice îl constituie comportamentul pozitiv al funcționarului public, care conține toată componența unei fapte licite: investirea legală în funcția de stat; conștientizarea normelor juridice de către funcționarul de stat; acceptarea individuală a actelor normative ce reglementează activitatea lui; acțiunile (inacțiunile) funcționarului de stat privind conformarea cu prescrierile actelor normative respective.

În ceea ce privește responsabilitatea în dreptul contravențional, din momentul obținerii forței juridice a unei legi contravenționale, între funcționarul organului executiv al statului și stat apare un raport juridic de conformare, care determină responsabilitatea juridică a lui, constând în:

- conștientizarea normelor juridice respective;
- obligația de a se conforma personal regulilor de conduită, stabilite prin această lege;
- participarea activă la organizarea realizării (executării) prevederilor normelor juridice respective;
- participarea nemijlocită la activitatea de prevenire și combatere a contravențiilor, de lichidare a cauzelor și condițiilor contravenționalității²⁵.

25 Idem, p. 130

Starea responsabilității juridice a funcționarului de stat. ca subiect al administrării în domeniul combaterii contravenționalității (atitudinea reală față de prevederile normelor juridice contravenționale și rezultatele concrete) va determina necesitatea aplicării față de el a uneia dintre formele constrângerii statale — răspunderea juridică.

Responsabilitatea celorlalți subiecți ai dreptului contravențional, pasibili de a fi subiecți ai răspunderii contravenționale, survine odată cu apariția raportului juridic de conformare și constă în obligația lor de a se conforma regulilor de conduită în societate, stabilite și protejate de normele juridice contravenționale din momentul obținerii forței juridice.

Observăm că, în acest caz, temeiul răspunderii juridice administrative a acestui funcționar public, este actul autorității administrative sau hotărârea judecătorească dată în cauză, inclusiv actul sau faptul juridic săvârșit, cauzator de răspundere.

Din cele de mai sus rezultă, prin urmare, că responsabilitatea juridică este o instituție de drept prin care legiuitorul exprimă vocația la răspundere juridică a unor persoane²⁶, pentru eventualele fapte și acte juridice săvârșite direct sau indirect, prin alte persoane, ori prin lucruri aflate în administrarea lor. Referindu-ne la dreptul public, responsabilitatea este instituția juridică prin care orice persoană de drept public este declarată de legiuitor ca potențial răspunzătoare pentru anumite fapte și acte juridice ce le poate săvârși în elaborarea, organizarea, executarea, respectarea legii și înfăptuirea justiției, personal sau prin alte persoane ori prin lucruri aflate în administrarea sa. Spre deosebire de responsabilitate (care este o răspundere în abstract, o capacitate, o vocație la răspundere), răspunderea juridică este răspunderea concretă stabilită după o anumită procedură de autoritatea competentă (instanță sau autoritatea administrativă) finalizată într-o sancțiune însoțită sau nu de anularea actului ilegal, restabilirea situației anterioare, fixarea despăgubirii pentru actul sau faptul ce a cauzat daunele constatate, luarea măsurilor de siguranță aplicate sau acordate conform unei proceduri prevăzute de lege.

Deși nu ne-am propus să facem o comparație sub toate aspectele între responsabilitate și răspunderea juridică, mai adăugăm la cele de mai sus ideea că responsabilitatea juridică izvorăște din Constituție și legile date în baza acesteia și se fundamentează numai pe acestea, pe când răspunderea juridică își are sursa în hotărârea instanței judecătorești sau în actul autorității administrative de stabilire a acesteia care, evident și acestea trebuie să fie conform legii.

Responsabilitatea juridică se declară de lege, spre deosebire de răspunderea juridică, care se stabilește de instanța sau autoritatea administrativă competentă.

26 Sensul conceptului de „persoană“ folosit în această definiție este acela de persoană fizică, persoană juridică, indiferent că este de drept public sau privat. Răspunderea penală se deosebește clar de responsabilitatea penală, imputabilitate, culpabilitate și raportul juridic represiv, reprezentând numai consecința juridică a săvârșirii faptei penale de către infractor“, arată Narcis Giurgiu, în Răspunderea și sancțiunea de drept penal, Editura Neuron, Focșani-1995, p. 17.

A declara responsabilitatea prin Constituție și lege fără a reglementa, concomitent, modul de transformare a acesteia în răspundere și de înlăturare concretă a răspunderii, înseamnă a o lipsi de conținutul ei juridic, iar partea vătămată de posibilitatea realizării dreptului ei.

Simpla prevedere și reglementare prin Constituție și lege a responsabilității juridice nu echivalează cu despăgubirea sau garantarea despăgubirii părții vătămate. Nestabilirea de legiuitor a organelor competente și a procedurii de transformare a responsabilității în răspundere, precum și modul de înlăturare a acesteia, face inactivă responsabilitatea juridică, instituită direct sau indirect de Constituție.

Orice persoană de drept public poate fi responsabilă penal, civil sau administrativ, pentru faptele sale, dar nu pentru toate acestea răspunde; spre exemplu, răspunderea juridică a funcționarului public poate fi înlăturată din lipsă de probe, sau îndeplinirea termenului de prescripție, de inacțiunea părții vătămate, ori de cazul fortuit etc. Responsabilitatea juridică are caracter general ipotetic, pe când de răspundere juridică putem vorbi numai în cazul concret după ce aceasta a fost stabilită de autoritatea competentă.

Responsabilitatea juridică este anterioară faptei săvârșite, spre deosebire de răspundere care apare numai după producerea faptului sau actului juridic generatori. Răspunderea se stabilește de către autoritatea competentă, ulterior responsabilității, respectiv după săvârșirea faptei, iar constrângerea administrativă intervine numai atunci când răspunderea nu se realizează de bună voie. După unii autori, responsabilitatea este legată de dimensiunea „internă a agentului, pe când răspunderea de dimensiunea „externă“ a acestuia. Răspunderea este un efect al responsabilității agentului (persoană publică, funcționar public, persoană privată), pentru fapta generatoare de răspundere. Constrângerea administrativă este o înlăturare cu forța a răspunderii juridice. Și din punctul de vedere al efectelor juridice, sociale și chiar economice există deosebire între responsabilitate și răspundere juridică. Simpla declarare a responsabilității juridice nu este suficientă pentru reglementarea relațiilor sociale. Aceasta, până nu se materializează în răspundere concretă, nu produce efecte juridice, economice, sociale, având doar un caracter preventiv, pe când răspunderea juridică concretizată presupune în mod obligatoriu efecte juridice, sociale, economice, cu caracter preventiv, reparatoriu, educativ și constrângător.

În literatura juridică se folosește termenii de „temei“ sau „fundament“ al responsabilității. Singurul temei al responsabilității juridice este legea.

Responsabilitatea juridică are mai multe forme de existență respectiv: penală, civilă, administrativă, constituțională etc.

Temeiul responsabilității juridice îl constituie o sumă de principii de drept, general valabile pentru toate formele de responsabilitate juridică. Dacă la principiile generale se mai adaugă spre reglementare și altele specifice unor ramuri de drept, vom obține responsabilitatea juridică specifică ramurii respective.

Principiile sunt ideile de bază general valabile ce se regăsesc în normele care reglementează instituțiile dreptului.

Un prim principiu general al responsabilității juridice îi constituie principiul legalității responsabilității juridice; acesta presupune:

- recunoașterea ca valori supreme a drepturilor și libertăților cetățenești, a dreptății în primul rând, prin Constituție, și apoi prin legi organice, ordinare și acte normative emise în baza acestora;
- prevederea și garantarea prin lege de către stat, a organelor, procedurilor și mijloacelor efective de prevenire, educare și reparare a oricărei încălcări a drepturilor, libertăților și intereselor legitime ale omului.

Exercitarea de către stat a constrângerii a înlocuit demult principiul barbar al răzbunării și al „dreptului individului de a-și face dreptate singur“, cu imputernicirea și obligarea exclusivă a statului de a înfăptui actul de dreptate. Dacă nu se prevăd și precizează responsabilități în lege, este evident că acestea nu există (*nullum crimen sine lege* și *nullum poena sine lege*). Dar nu este suficientă prevederea responsabilității în lege dacă nu se reglementează și asigură toate condițiile pentru transformarea acesteia în răspundere. Așa cum rezultă din art. 3 al Declarației Universale a Drepturilor Omului, orice ființă umană are dreptul la securitatea sa, și Statul obligația să i-o asigure;

- accesul liber la justiție este un drept fundamental legiferat de Constituție, iar prin alte legi s-au prevăzut dispoziții pentru asigurarea înfăptuirii acestuia, printre care sunt și cele care reglementează responsabilități pentru anumite organe de a-1 asigura, precum și responsabilitățile pentru cei predispuși a-1 încâlca.

Egalitatea în drepturi constituie un al doilea principiu important al responsabilității juridice, care presupune ca:

- toți oamenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, în sensul că sunt și trebuie să fie la fel de responsabili juridic;
- nu trebuie să existe privilegii sau discriminări în fața responsabilității juridice pentru nici o persoană și nici pentru organele statului sau orice fel de funcționari publici;
- nimeni nu este mai presus de lege, toți sunt responsabili în fața și în condițiile legii, indiferent că sunt sau nu autorități publice;
- criteriile generale de individualizare sau cauzele de înlocuire, înlăturare, agravare ori atenuare a responsabilității juridice nu pot fi deduse din rațiuni de ordin politic, național, etnic, rasial, religios etc, ele trebuie stabilite prin lege, în mod egal pentru toți.

Un alt principiu îl constituie cel al personalității, în sensul că se declară responsabilă persoana fizică sau juridică, care a săvârșit fapta sau actul juridic; de la acest principiu există și unele excepții dar numai cele prevăzute de lege (de exemplu, responsabilitatea pentru fapta altuia sau pentru fapta lucrului, iar a autorității sau instituției publice pentru fapta funcționarului sau etc).

Principiul libertății de voință, a acțiunii ori inacțiunii, constituie un alt principiu al responsabilității juridice. Nu poate exista responsabilitate dacă nu există

libertate de a alege comportarea care ar evita responsabilitatea. Responsabilitatea juridică trebuie să existe numai atunci când subiectul, de bună voie, a ales conduita contrară normei juridice. În acest sens, este valabilă maxima „Cu cât libertatea este mai mare, cu atât responsabilitatea crește“. Deci, spațiul răspunderii este coextensiv cu cel al libertății.

Un alt principiu general al responsabilității juridice îl constituie principiul umanismului. Umanismul dreptului presupune o ierarhizare făcută de legiuitor a elementelor — scop ale responsabilității juridice, prin punerea accentului în primul rând pe prevenire, apoi reparare și în ultimul rând pe represiune, ideea principală fiind de protecție, ocrotire și educare. Acest principiu trebuie avut în vedere nu numai la reglementarea responsabilității juridice, ci și în stabilirea procedurilor și a cauzelor de înlăturare, agravare și atenuare a acesteia.

Principiul concordanței între drepturi și obligații, între putere și responsabilitate. Nu poți face responsabilă o persoană decât numai pentru ceea ce aceasta putea și era obligată să facă, dar nu a făcut. După sociologi, conflictele între oameni sunt manifestări ale „neînțelegerilor“ asupra naturii obiectului, scopului sau mijloacelor de satisfacere a intereselor lor, divergente care, în ultima instanță sunt de ordin motivațional. Sensul autentic al actelor umane nu poate fi dezvăluit fără cunoașterea mobilului și motivelor generatoare, în raport de care se stabilește și responsabilitatea. În acest sens, pledează și ideea după cum, nevoile l-au format pe om ca ființă socială și îl fac să existe și să se dezvolte în continuare.

Pe de altă parte, nu poate fi realizat un drept, dacă nu este reglementată o obligație corelativă acestuia pentru o altă persoană, situație în care nu am putea vorbi de responsabilitate. De asemenea, nu poate fi îndeplinită responsabilitatea unui funcționar sau a unei autorități publice „dacă aceștia nu au puterea, respectiv competența prevăzută de lege să prevină și înlătore fapta generatoare de răspundere. Spre exemplu, apreciem că este incorect să-l faci responsabil pe șeful nemijlocit (funcționar public), de greșelile subordonaților sai, dacă acesta nu dispunea de instrumente juridice legale (putere, sau cu alte cuvinte autoritatea instituțională) pe care să le fi folosit pentru prevenirea săvârșirii unor fapte ilegale de către subordonați. În politică, în prezent sunt astfel de cazuri, când puterea este concentrată exclusiv în mâna șefului de unitate, iar pentru greșelile cadrelor sunt sancționați de regulă șefii de birouri, servicii, în condițiile în care aceștia, nefiind investiți cu suficiente drepturi de sancționare sau recompensare a subordonaților, nu pot efectiv să prevină evoluția negativă a abaterilor deși cunosc cel mai bine cauzalitatea acestora. De aceea, este necesar să existe întotdeauna un echilibru între puterea materializată în autoritatea instituțională a funcționarului public și responsabilitatea acestuia.

Principiul existenței și dezvoltării sociale impune satisfacerea nevoilor sociale obiective care se realizează prin definirea și instituirea responsabilității, precum și prin transformarea acesteia în răspundere concretă, a cărei realizare se face și prin forța de constrângere a Statului după caz. Scopul Statului și în mod deosebit al administrației publice este satisfacerea nevoilor sociale obiective, pe baza principiilor

serviciilor publice și al solidarității sociale. De aceea, serviciile publice, într-o bună administrație, trebuie să funcționeze astfel încât să nu aducă pagube vreunei persoane; în cazul în care s-a adus o pagubă unei persoane de către serviciul public, statul trebuie s-o repare, deoarece, conform principiului solidarității sociale, Statul și-a asumat această responsabilitate prin rațiunea sa de a fi.

„Astfel putem socoti ca temeiul responsabilității juridice îl constituie legea și principiile de drept ce stau la baza acesteia, în timp ce fundamentul răspunderii juridice este altul. După părerea noastră, temeiul răspunderii juridice îl constituie trei elemente cumulative:

- a. săvârșirea actului sau faptului generator de responsabilitate care poate fi: infracțiune, delict, cvasidelict, abatere disciplinară, administrativă, contravenție, act administrativ ilegal și chiar legal în anumite cazuri prevăzute de lege etc;
- b. legea care reglementează responsabilitatea juridică, procedura înfăptuirii acesteia, organele abilitate și actele sau faptele generatoare;
- c. hotărârea judecătorească sau actul autorității publice împuternicite de lege prin care s-a stabilit și înfăptuit în concret răspunderea juridică a persoanei fizice sau juridice (de drept public sau privat).

Nereglementarea responsabilității administrative atrage, multiple consecințe negative. Astfel, în lipsa responsabilității declarate și delimitate de legiuitor, la cei chemați să administreze se naște ideea ca actele funcționarilor publici, oricât de abuzive ar fi, sunt de neînălțurat, ba chiar deasupra legilor; de asemenea, apare convingerea că numai prin prevenirea dorințelor superiorilor lor, funcționarii se pot menține în posturile pe care le ocupa și nu prin respectarea legii.

De aceea dese cazuri de nereglementare a responsabilității funcționarilor publici, care, din păcate, prin numărul lor au devenit regulă, constituie una din condițiile care favorizează proliferarea corupției și tolerarea incompetenței.

Cum este reglementată responsabilitatea juridică în Constituțiile unor țări europene?

Principiile dreptății și solidarității sociale sunt intruchipate în funcția de apărare socială a statului și consacrate în mai multe articole ale Constituției Germane²⁷. În articolul 20 se prevede „Republica Federală a Germaniei este un stat federal democratic și social (s.n.), iar în articolul 1 se arată „Demnitatea omului este intangibilă. Toate puterile publice sunt ținute a o respecta și proteja în consecință, poporul german recunoaște omului drepturile inviolabile și imprescriptibile ca fundamental al comunității umane a păcii și justiției în lume“. Din aceste dispoziții, observăm că puterilor publice le este încredințată responsabilitatea juridică de a respecta drepturile și de a le proteja. Iar art. 34, care este intitulat „Responsabilitatea administrativă, în caz de încălcare a obligațiilor de serviciu“ detaliază responsabilitatea administrativă,

27 Constituția Republicii Federative Germane din 23 mai 1949 cu modificări din 20 octombrie 1997

în formele cunoscute astfel: „Dacă vreunul din funcționari, în exercitarea sarcinii publice ce îi este incredintată, încalca obligațiile ce îi sunt impuse de această sarcină, în ceea ce privește un terț, responsabilitatea incumbă în principiu statului sau organismului în serviciul căruia se găsește. Dacă fapta este comisă cu intenție, sau ca o greșelă gravă dreptul la recurs este rezervat. Pentru acțiunea în daune interese și recurs, nu trebuie excluse căile judiciare“. În art. 19 pct. 4 se prevede: „Oricine este lezat în drepturile sale, de o autoritate publică, poate recurge la căile judiciare. Recursul la jurisdicția ordinară este deschis, dacă o altă jurisdicție nu este competentă. Articolul 65, denumit „Repartizarea responsabilităților“, dispune: „Cancelarul federal fixează liniile directoare ale politicii și își asumă responsabilitatea acestora (s.n.). În aceste limite (s.n.) fiecare ministru federal dirijează departamentul sau într-un mod autonom și sub propria responsabilitate.

În art. 22 din Constituția Belgiei²⁸, se prevede: „Legeă determină care sînt agenții responsabili pentru violarea secretului corespondentei incredintarea poștei“, iar în art. 24 se arată: „Nu este necesară nici o autorizație prealabilă, pentru a exercita urmărirea contra funcționarilor publici, pentru faptele administrației lor, în afară de cele statuate în ceea ce-i privește pe miniștri“.

Astfel, numai pentru cercetarea și tragerea la răspundere a miniștrilor este necesar avizul sau autorizarea prealabilă, iar ceilalți funcționari publici nu mai beneficiază de un astfel de tratament juridic.

Constituția din Danemarca²⁹, în art. 13, proclamă: „Regele este iresponsabil; persoana sa este inviolabilă și sacră; miniștrii sunt responsabili de conduita lor în fața guvernului. Responsabilitatea este reglementată prin lege“, iar în art. 14 se arată că „fiecare ministru care a contrasemnat, este responsabil de acea decizie“.

Din primul articol al Constituției spaniole³⁰ le desprinde principiul solidarității sociale, al apărării sociale, precum și faptul că, toate puterile statului, inclusiv în domeniul responsabilității, emană de la popor „în raport de necesitățile sociale obiective“. „Spania se constituie într-un stat de drept social și democratic, care apără ca valori superioare de ordin juridic libertatea, justiția, egalitatea și pluralismul politic“. Iar în art. 3 se dispune: „Constituția garantează principiile legalității, ierarhiei și publicității normelor, neretroactivității dispozițiilor, implicând sancțiuni care nu favorizează, ori care restrâng drepturile individuale, securitatea juridică, responsabilitatea puterilor publice și interdicția tuturor acțiunilor arbitrare din partea lor (s.n.)“. De asemenea, în art. 56, punctul 3 se prevede: „Persoana regelui este inviolabilă și nu este supusă responsabilității“, iar în art. 106 pct. 2 se dispune: „particularii, numai în termenele stabilite de lege vor avea dreptul de a fi indemnizați pentru toate pagubele cauzate bunurilor și drepturilor lor, în afara cazurilor de forță majoră, de fiecare dată când pagubele vor fi consecința funcționării serviciilor publice“. Interesante sunt și dis-

28 Constituția Belgiei din 17 februarie 1994

29 Constituția Danemarcei din 5 iunie 1953

30 Constituția Spaniei din 27 decembrie 1978

pozițiile art. 117: „Justiția emană de la popor și este administrată în numele regelui prin judecători și magistrați care constituie puterea judiciară și sunt independenți, inamovibili, responsabili și supuși exclusiv legii“, precum și ale art. 121 care dispune: „Pagubele cauzate prin erori judiciare, precum și cele care rezultă din funcționarea anormală a administrării justiției, dau dreptul la o indemnizație în sarcina Statului conform legii“.

În Constituția franceză³¹, chiar prin art. 2 Franța este declarată o Republică indivizibilă, laică, „democratică și socială“, iar în art. 21 se arată: „Primul ministru dirijează acțiunile guvernului. El este responsabil (s.n.) pentru apărarea națională“. Încă din Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului din 1789, rezultă că drepturile acestora se nasc odată cu indivizii și numai odată cu ei. „Oamenii se nasc și mor liberi și egali în drepturi“, „Garanția drepturilor omului și cetățeanului necesită o forță publică“. Iar în art. 15 se prevede: „dreptul societății de a cere socoteala tuturor agenților publici de administrația lor“.

Potrivit art. 17 Constituția Japoniei³² orice persoană care a suferit o vătămare, prin actul ilegal al unui funcționar public, are dreptul să reclame reparația acesteia de la Stat sau de la organismele publice, după cum se stabilește prin lege. Iar în art. 16 din aceeași Constituție, se arată că fiecare om are dreptul la petiționare în mod pașnic cu privire la repararea daunelor, la destituirea funcționarilor publici etc.

Rezulta cu prisosință că fundamentul responsabilității administrative, penale, constituționale, civile și în general al responsabilității juridice a autorităților publice și funcționarilor acestora, îi constituie legea supremă — Constituția și legile care își au izvorul în aceasta și care consacră principiile umanismului, solidarității și apărării sociale, ale echității și dreptății, egalității în drepturi, libertății de voință, concordanței între drepturi și obligații, precum și între putere și responsabilitate.

De asemenea, reținem că responsabilitatea juridică nu poate produce efecte juridice fără reglementarea răspunderii juridice și înfăptuirea acesteia în temeiul unui act sau fapt juridic concret.

Referitor la formele responsabilității juridice.

După cum se știe, formă și structura răspunderii juridice este determinată de natură raportului juridic și deci a normei juridice care reglementează actul sau faptul juridic. Or, după cum am văzut, prin norma de drept este reglementată responsabilitatea juridică. Astfel, în funcție de tipul de principii și norme juridice ce o reglementează, responsabilitatea este cunoscută sub două forme distincte: a. responsabilitatea de drept public; b. responsabilitatea de drept privat.

De menționat, că în domeniul dreptului privat ori public, responsabilitatea juridică păstrându-și caracterul uneia dintre aceste ramuri fundamentale ale dreptului, îmbracă forme diferite. Astfel, o altă împărțire a responsabilității juridice se poate face în funcție de modul concret de reglementare a acesteia, care este specific fiecărei

31 Constituția Franței din 3 iunie 1958

32 Constituția Japoniei din 3 mai 1947

ramuri de drept după cum urmează: responsabilitate constituțională, responsabilitatea civilă, responsabilitate penală, responsabilitate administrativă, responsabilitate specifică dreptului muncii etc.

După subiectul responsabilității, aceasta poate fi colectivă sau individuală. Responsabilitatea individuală poate îmbracă forma responsabilității cetățeanului, responsabilității funcționarului, responsabilității funcționarului public, responsabilitatea unor categorii speciale de funcționari (medic, notar, polițist etc).

În concluzie, față de cele expuse, credem că se impune o folosire precisă a conceptelor de responsabilitate și răspundere, atât în dreptul pozitiv, în practica judiciară, cât și în doctrina juridică. Or înfăptuirea conceptelor constituționale de „garantare-ocrotire“ este strâns legată de modul de reglementare a responsabilității, răspunderii și constrângerii juridice, precum și de modul de înfăptuire a acestora.

RESPONSABILITATEA ȘI RĂSPUNDEREA JURIDICĂ — GARANȚIE A LIBERTĂȚII INDIVIDUALE

Dumitru BALTAG, doctor habilitat, profesor universitar

Elena MORARU, doctorandă

RESPONSIBILITY AND LIABILITY AS GUARANTEES OF INDIVIDUAL FREEDOM

The investigated theme concerns the opinions of the theoreticians towards the notions of responsibility and liability. Sometimes the term „liability“ is confused with the notion of „responsibility“. Some authors consider that liability is a form of responsibility. In the present investigation there are related opinions towards these notions, definitions of the terms „responsibility“ and „juridical liability“ are also given. The author has come to the conclusion that the terms have different meanings and that their acceptation and usage should be different too.

Keywords: legal liability, legal responsibility, definition, freedom

Tema investigată se referă la opiniile ale teoreticienilor față de noțiunile de responsabilitate și răspundere. Uneori, termenul de „răspundere“ este confundată cu noțiunea de „responsabilitate“. Unii autori consideră că răspunderea este o formă de responsabilitate. În cadrul prezentei investigații sunt prezentate opiniile legate de aceste noțiuni, și sunt de asemenea date definițiile termenilor „responsabilitate“ și „răspundere juridică“. Autorul a ajuns la concluzia că termenii au sensuri diferite și că acceptarea și utilizarea lor trebuie să fie diferite.

Cuvinte cheie: răspundere juridică, responsabilitate juridică, noțiune, libertate

Într-o societate democratică, statul — organismul politic care dispune de forță și decide cu privire la întrebuintărea ei — garantează juridic și efectiv libertatea și egalitatea indivizilor. Dimensiunile demersului în care omul poate să se miște după bunul său plac sunt vizate de către puterile publice în conformitate cu scopurile pe care ele însele și-au propus să le atingă într-un sistem politic pluralist. Așa cum spunea Hegel, ideea dreptului este libertatea, și pentru ca ea să fie înțeleasă, observată, ea trebuie să fie cunoscută atât în conceptul ei, cât și în existența ei reală¹.

Libertatea constituie substanța dreptului, iar sistemul dreptului este domeniul libertății înfăptuite. „Fiecare individ are dreptul la viață, la libertate și la siguranță, personală“ — prevede art. 3 din Declarația Universală a Drepturilor Omului². Principiul general al libertății se difuzează în ramurile dreptului fie sub forma libertăților generale, fie sub forma libertăților individuale. Aceste libertăți sunt solidare, în sensul că afectarea lor produce o reacție în lanț, deranjând pe toate celelalte.

1 Citat după: D. Baltag. Teoria generală a dreptului. Chișinău, 2002, p. 131.

2 Republica Moldova a aderat la Declarația Universală a Drepturilor Omului prin Hotărârea Parlamentului nr.217-XII din 28.07.1990.

În Dicționarul explicativ al limbii române libertatea este definită ca o „posibilitate de a acționa după propria voință sau dorință; posibilitatea de acțiune conștientă a oamenilor în condițiile cunoașterii (și stăpânirii) legilor de dezvoltare a naturii și societății”³.

Libertatea omului apare din trei puncte de vedere: libertatea în raport cu natura; libertatea în raport cu societatea și libertatea omului în raport cu sine însuși. În ordinea de idei care ne interesează, cea a libertății la fundament al responsabilității, avem în vedere sensul libertății sociale a omului (cunoaștere, decizie, acțiune).

Responsabilitatea însoțește libertatea, deoarece responsabilitatea este un fenomen social; ea exprimă un act de angajare a individului în procesul interacțiunii sociale.

Concepând responsabilitatea ca o asumare a răspunderii față de rezultatele acțiunii sociale a omului, se admite, pe de o parte, că acțiunea socială este cadrul nemijlocit de manifestare a responsabilității, iar, pe de altă parte, că libertatea este o condiție fundamentală a responsabilității.

Dreptul nu poate fi privit și apreciat doar prin posibilitatea pe care le are de a interveni *post factum* pe terenul răului deja făptuit, moment în care sancțiunea se impune; el are posibilitate să contribuie prin conținutul prescripțiilor sale la fundamentarea unei atitudini culturale a individului față de lege, atitudine ce presupune grija asumată față de integritatea valorilor sociale apărute pe cale legală (implicând deci fenomenul responsabilității).

Dobândind dimensiunea responsabilității, individul nu se mai află în situație de subordonare „oarbă” și supunere neînțeleasă față de norma de drept, ci în situația de factor care se raportează la normele și valorile unei societăți în mod activ și conștient. Dreptul nu poate fi privit și apreciat doar prin posibilitatea pe care le are de a interveni *post factum* pe terenul răului deja făptuit, moment în care sancțiunea se impune; el are posibilitate să contribuie prin conținutul prescripțiilor sale la fundamentarea unei atitudini culturale a individului față de lege, atitudine ce presupune grija asumată față de integritatea valorilor sociale apărute pe cale legală (implicând deci fenomenul responsabilității).

Dobândind dimensiunea responsabilității, individul nu se mai află în situație de subordonare „oarbă” și supunere neînțeleasă față de norma de drept, ci în situația de factor care se raportează la normele și valorile unei societăți în mod activ și conștient⁴.

Societatea, de la cele mai rudimentare forme de organizare a sa, a avut niște reguli de conduită. Dacă în perioada incipientă aceste reguli erau mai mult de natură morală, atunci, o dată cu evoluția societății, ele au dobândit treptat multiple caractere. Astfel, putem afirma că la etapa actuală în societate se poartă răspundere morală, religioasă, politică și, nu în ultimul rând, juridică. Orice discuție ce abordea-

3 Dicționarul Explicativ al Limbii Române. București, 1998

4 A se vedea: M. Florea. Responsabilitatea acțiunii sociale. București, 1988, p. 79

ză nemijlocit răspunderea, în oricare formă de existență a sa, are la bază eventuala nesocotire a unor norme existente care prescriu o anumită conduită concretă. Este și firesc acest lucru, întrucât nu se poate răspunde decât pentru ceva neacceptat de societate sau dezaprobat.

Alta e situația cu simțul responsabilității și al răspunderii. Deci, atunci când se zice că cineva are simțul responsabilității, semnificația rezidă în aceea că persoana respectivă respectă pe ceilalți în aceeași măsură în care se respectă pe sine, iar, pe de altă parte, respectă normele ce-i prescriu un comportament.

Dacă se menționează despre existența la o anumită persoană a simțului răspunderii, atunci cert este faptul că respectivul subiect a comis o acțiune fie ilicită, fie imorală fie de altă natură și consimte că trebuie să răspundă, deci să suporte consecințele inerente unui atare comportament. La un moment dat am putea pune semnul egalității între aceste două sintagme, întrucât a-i respecta pe ceilalți ar însemna și a accepta să porți răspundere în fața societății. Întru argumentarea celor menționate putem aduce și poziția autorilor DEX-lui limbii române (ediția a II-a): a avea simț de răspundere sau simțul răspunderii = a fi conștient de însemnătatea sarcinilor asumate sau primite, a lucra cu râvnă și seriozitate pentru executarea lor⁵. Totuși, opinăm că responsabilitatea este sau ar trebui să fie preexistentă răspunderii, adevăr valabil cu atât mai mult dacă ne referim la domeniul dreptului, întrucât răspunderea în sens juridic este o consecință rezultată din neexecutarea sau executarea necorespunzătoare a unei obligații legale.

Din aceste perspective se poate lesne constata că și în cazul răspunderii sociale putem vorbi atât despre responsabilitate, cât și despre răspundere, deși în literatura de specialitate mai mult se ține a se menționa corelația existentă între termenii respectivi în sensul răspunderii sau responsabilității juridice. Argumente în acest sens vom aduce în cele ce urmează.

Așa cum am menționat, în literatura de specialitate de multe ori se duc discuții, chiar contradictorii, referitoare la noțiunile de „responsabilitate” și „răspundere juridică”⁶.

Unii autori identifică răspunderea cu responsabilitatea, pe când alții consideră răspunderea juridică o formă a responsabilității, deci aceste două noțiuni ar reprezenta fenomene interconexe. Această legătură reciprocă se materializează în aceea că responsabilitatea dă naștere răspunderii, întrucât, conform opiniei acestor autori, ultima nu este decât o manifestare specifică a celei dintâi.

Totuși, nu putem face abstracție de faptul că, deși este dominant termenul „răspundere”, în literatura juridică se folosește, cu aceeași valoare și sens, termenul „responsabilitate”.

În acest sens vom exemplifica prin cunoscuta monografie a lui Mihai Eliescu „Răspunderea civilă delictuală”, una dintre secțiunile căreia este intitulată „Raportul

5 Dictionarul Explicativ al Limbii Române. București, 1998, p. 889

6 A se vedea: Gh. Avornic. Teoria generală a dreptului. Chișinău, 2004, p. 485

dintre răspunderea contractuală și cea delictuală. Problema cumulului celor două responsabilități⁷.

Dacă în acest caz se pare că termenul „responsabilitate” este folosit ocazional și cu totul în subsidiar, în alte lucrări el apare dominant în titluri, ca: „Responsabilitatea funcționarilor de stat”, „Responsabilitatea penală a funcționarilor de stat”, „Responsabilitatea disciplinară a funcționarilor de stat”. Din acest context se desprinde ideea că acest termen este folosit ca sinonim cu cel de răspundere⁸. Cu siguranță, acest lucru nu este deloc întâmplător. Toate își au sorginea în responsabilitatea și răspunderea socială în general, bineînțeles, cu toate formele ei existente.

Mircea Costin, în lucrarea „Răspunderea juridică”, folosește la un moment dat termenul de responsabilitate, în general, și pe cel de responsabilitate civilă, în special⁹. Aici este certă identificarea responsabilității cu răspunderea.

Și în alte domenii ale culturii termenul de responsabilitate ia locul celui de răspundere, spre exemplu în monografia lui Radu Sommer „Autonomie și responsabilitate în artă”¹⁰.

Dicționarul explicativ al limbii române confirmă deopotrivă termenul de răspundere și pe cel de responsabilitate, dându-le aproape același înțeles. Numai că atunci când explică cuvântul „răspundere” dicționarul precizează în plus că, în sens juridic, acesta semnifică „consecința rezultată din neîndeplinirea unei obligații legale”. Astfel, DEX-ul confirmă că responsabilitatea constă în obligația de a efectua un lucru, de a răspunde, de a da socoteală de ceva, de a accepta și a suporta consecințele, dând în fine un sinonim pentru responsabilitate — pe cel de răspundere¹¹. Deci, putem constata că la un moment dat și DEX-ul identifică responsabilitatea cu răspunderea sau, invers — răspunderea cu responsabilitatea.

Dacă vom trece la explicația termenului de răspundere, constatăm că, conform aceluiași DEX, răspunderea presupune: faptul de a răspunde, obligația de a răspunde de îndeplinirea unei acțiuni, sarcini; responsabilitate¹². În principiu, DEX-ul nu ne duce decât la concluzia că responsabilitatea și răspunderea pot fi considerate și sinonime. Totuși, această identificare este acceptabilă atâta timp cât nu se scot la lumină elementele distincte ale lor. Considerăm că responsabilitatea este ceva care există sau cel puțin ar trebui să existe întotdeauna, iar răspunderea ar veni ca o consecință firească a neexecutării sau executării necorespunzătoare a unei obligațiuni de orice natură.

Un lucru e cert: toți autorii care pun semnul egalității între responsabilitate și răspundere își justifică alegerea prin sensul atribuit acestor două noțiuni de către Dicționarul explicativ al limbii române.

7 A se vedea: M. Eliescu. Răspunderea civilă delictuală. București, 1972, p. 60

8 A se vedea: Gh. Mihai, R. Motică. Fundamentele dreptului. Optima justiția. București, 1999, p. 109

9 A se vedea: M. Costin. Răspunderea juridică. Cluj-Napoca, 1974, p. 20

10 A se vedea: R. Sommer. Autonomie și responsabilitate în artă. București, 1963, p. 50

11 Dicționarul Explicativ al Limbii Române. București, 1998, p. 919

12 Dicționarul Explicativ al Limbii Române. București, 1998, p. 891

Deci, după cum vedem, libertatea fara responsabilitate nu poate exista, după cum responsabilitatea este inefficientă fără răspunderea juridică.

Pe de alta parte, responsabilitatea și răspunderea juridica sunt inerente existentei Statului și Dreptului atât pe plan intern cat și pe plan extern.

Statul în care nu funcționează instituțiile cu responsabilitatifi răspundere este condamnat la anarhie și la pieire, iar garantarea și ocrotirea drepturilor este formală.

În orice Constituție, conceptele de garantare, ocrotire, asigurare sunt foarte des folosite. Potrivit art. 12 din Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului (1789) „garantarea drepturilor omului și ale cetățeanului necesită o forță publică; această forță este deci creată în avantajul tuturor și nu spre folosința proprie a celor căror ea le este încredințată“. Or garantarea, ocrotirea, asigurarea ar fi concepte lipsite de conținut și eficiență dacă această forță publică nu ar acționa în limitele unor alte concepte constituționale, respectiv responsabilitate, răspundere și constrângere juridică. De aceea, socotim că studierea instituțiilor responsabilității și răspunderii juridice este necesara și de „mare actualitate“.

În lipsa unei teorii generale asupra responsabilității, precum și a folosirii ambigue a noțiunilor de „responsabilitate“, „răspundere“ și „constrângere“, vom face câteva considerații, încercând să lămurim conținutul acestor concepte spre a verifica dacă au același înțeles, iar dacă nu care ar fi semnificațiile și utilitatea fiecăreia dintre ele. Celebrul dicționar „Larousse“ de exemplu consemnează pentru termenul de „responsabilitate“ mai multe sensuri: „Obligația de a repara daunele altuia, cauzate de el însuși ori de către o persoană care depinde de el sau, de un animal ori un lucru aflat în paza sa; obligația de a suporta pedeapsa prevăzută pentru infracțiunea comisă; capacitatea de a lua o decizie fără avizul prealabil al autorității superioare — necesitatea pentru un ministru de a-și abandona funcția atunci când parlamentul îi refuza încrederea responsabilitatea colectivă — faptul de a considera pe toți membri unui grup ca responsabili solidari pentru actul comis de către unul din membrii grupului“. Din această definiție desprindem ideea că responsabilitatea constituie o obligație impusă sau recunoscută de lege, persoanei private sau publice, de a face ori de a da socoteala pentru ea sau pentru altul aflat în grija sa, ceea ce presupune o garanție a responsabilității.

Totdeauna, observăm că responsabilitatea are caracter general declarativ, dar socotim că, în mod greșit, în această definiție, se arată că responsabilitatea operează după săvârșirea faptului declanșator al acesteia, și în baza unei acțiuni a celui vătămat.

Același dicționar pentru termenul de „responsabil“ consemnează două sensuri: „cel care trebuie să răspundă“, să fie garantat pentru propriile sale acțiuni sau ale altuia pe care le determină; persoana care are capacitatea de a lua decizii, dar care trebuie să dea socoteală unei autorități „superioare sau celor care i-au acordat mandatul. Se observă prin urmare ca responsabilitatea este anterioară răspunderii care este de fapt o materializare a responsabilității în cadrul unei proceduri prevăzute de lege.

În dicționarul enciclopedic român, termenul de „răspundere“ nu figurează ca atare, fiind semnalat numai într-una din formele sale particulare „răspunderea materiala a angajaților“, iar termenul de „responsabilitate“ este definit ca o „consecință a nerespectării unei obligații care constă în îndatorirea de a repara prejudiciul cauzat și când este cazul de a suporta o sancțiune“. Această definiție, situează în mod eronat „responsabilitatea ca fiind ulterioara faptului, respectiv ca o consecință a nerespectării unei obligații. Noi credem că această definiție este mai aproape de conceptul de „răspundere“ decât de „responsabilitate“.

„Obligația“ generică din această definiție — care nu este altceva decât responsabilitatea — este anterioară faptei, fiind prevăzută mai întâi în lege. De remarcat că prin formularea dată, însuși sensul și conținutul juridic al termenului, este prezentat incomplet, unilateral, privit numai din perspectiva încălcării, nu și a respectării — chiar impuse — a normei juridice; ca și cum responsabilitatea ar fi un fenomen, care intervine întotdeauna „post factum“, un factor care acționează numai pe tărâmul râului deja infaptuit (consecință a nerespectării unei obligații) și nu un fenomen care în primul rând veghează curent și permanent la respectarea normelor și raporturilor sociale în condițiile funcționalității lor normale.

Într-o lucrare de drept civil francez din perioada interbelică, găsim o explicație etimologică a noțiunii de responsabilitate precizându-se că termenul cuprinde latinescul „*spondeo*“, ceea ce în contractul *verbis* din vechiul drept roman semnifica legarea solemnă a debitorului față de creditorul său, pentru a executa o anumită obligație asumată prin contact.

În Instituțiile lui Gaius se arată că o obligație *verbis* se încheia solemn printr-o întrebare și an răspuns precum: — „Făgăduiești tu solemn că vei da?“ (Dări *spondeo*) — „Făgăduiesc solemn!“ (*Spondeo*); — „Vei da?“ — „Voi da!“; — „Promiți?“ — „Promit!“; — „Te legi?“ — „Mă leg!“; — „Promiți cu bună credință?“ — „Promit cu bună credință!“; — „Vei face?“ — „Voi face!“¹³.

În limba latină, „*spondeo*“, „*respondeo*“, „*sponsus*“, „*sponsa*“, „*sponsio*“ înseamnă a promite, a se obliga față de zei.

De fapt, termenul „responsabilitate“ include două cuvinte latine: verbul „*spondeo*“, care înseamnă a promite solemn, a garanta, a răspunde pentru cineva și substantivul „*res*“, care înseamnă lucru, motiv, cauză, realitate, afacere, chestiune, interes, avantaj etc.¹⁴.

Desprindem de aici concluzia că noțiunea de responsabilitate juridică înseamnă legătura stabilită printr-o promisiune solemnă sau prin lege de a face sau a nu face ceva, ori de a suporta ceva într-o afacere, chestiune, lucrare, realitate etc, ca urmare a încălcării unor obligații anterioare.

În literatura de specialitate, opiniile cu privire la responsabilitatea juridică sunt diferite. Alessandra Levi arată că responsabilitatea juridică nu este altceva decât

13 Gaius. Instituțiile (sub redacția lui Aurel N. Popescu). București, 1982, p. 220

14 Larousse de la langue Francaise: „*Lexis*“. Paris: Larousse, 1979, p. 1692

obligăția subiectului de a îndeplini o datorie (o obligație) care înlocuiește o obligație anterioară ce nu a fost îndeplinită¹⁵.

Decenciere-Ferrandiere arată că „responsabilitatea poate fi definită ca un ansamblu de obligații care se nasc în sarcina unui subiect din cauza faptului, acțiunii sau omisiunii celui cărui îi este imputabil. Când aceste obligații sunt sancționate prin dreptul existent pozitiv, responsabilitatea este juridică, iar în celelalte cazuri responsabilitatea este numai morală”¹⁶. Într-o altă opinie, responsabilitatea ar fi un raport juridic de constrângere având ca obiect sancțiunea juridică¹⁷.

După alți autori, responsabilitatea este o formă de reacție socială, de represiune, venind din partea societății pentru unele acțiuni reprobabile imputabile persoanei. Bineînțeles, este vorba de o reacție instituționalizată și organizată numai de o lege în limitele și pentru faptele sau actele prevăzute de lege¹⁸.

De asemenea, în opinia majoritară a autorilor „responsabilitatea” este definită prin intermediul categoriei de „obligație”, respectiv obligația de a suporta o privațiune ori de a repara un prejudiciu¹⁹.

Astfel, prof. I. Oancea privește responsabilitatea penală în sensul de obligație a celui care a săvârșit o faptă ilicită de a suporta sancțiunea juridică, precum și ca pe un raport juridic, fără a opera o distincție între elementele de conținut ale acestuia și norma juridică înseși²⁰. I. Iovănaș, înțelege responsabilitatea juridică drept „o expresie a condamnării de către stat a unei conduite ilicite care constă într-o obligație de a suporta o privațiune”.

Alți autori apelează pentru definirea răspunderii juridice la categoria de situație juridică. Este de observat că definițiile expuse au o trăsătură comună în sensul că toate consideră responsabilitatea ca o obligație de suportare a unei sancțiuni juridice, ceea ce este discutabil; după părerea noastră, sancțiunea nu reprezintă decât un instrument de realizare a responsabilității juridice²¹. Este adevărat principal, dar mai sunt și altele.

Tot în sensul celor de mai sus, al depășirii concepției potrivit căreia responsabilitatea juridică constituie doar o obligație de suportare a unei sancțiuni juridice, este și părerea prof. Mircea Costin, care susține că responsabilitatea juridică își are temeiul în faptul ilicit și reprezintă un complex de drepturi și obligații care formează

15 A se vedea: Al. Levi. *Teoria generale del diritto*. Padova, 1967, p. 389

16 A se vedea: A. Decenciere-Ferrandiere. *La responsabilite des Etats à raison des dommages subis par des etrangers*. Paris, Rousseau, 1925, p. 11.

17 A se vedea: Gh. Boboș. *Teoria Generală a Statului și Dreptului*. București. 1983, p. 264

18 A se vedea: S. Popescu. *Fundamentul responsabilității juridice*. referat prezentat la a X-a ediție a zilelor juridice româno-franceze din 05.06.1996

19 A se vedea: A. Iorgovan. *Drept administrativ. Tratat elementar*. București, 1993, p. 175

20 A se vedea: I. Oancea. *Noțiunea răspunderii penale*. *Analele Universității București, seria Științe Sociale și Juridice* nr. 6/1959, p. 133

21 A se vedea: L. Barac. *Cîteva considerații cu privire la definirea răspunderii juridice*. *Revista Dreptul* nr. 4/1994, p. 40

un raport de constrângere, ce apare între Stat ca unicul subiect activ și autorul faptei ilicite, ca subiect pasiv.

Deși constituie un progres față de celelalte definiții, nu putem trece cu vederea unele imprecizii, în sensul că nu face distincție între responsabilitate, răspundere și constrângere, responsabilitatea fiind redusă la raportul juridic de constrângere, or, după cum vom încerca să demonstrăm, între acestea există deosebiri de esență. De asemenea, este discutabilă reducerea responsabilității numai la autorul faptei ilicite, precum și numai la raportul dintre stat și persoană.

Într-un dicționar francez de drept, Max Legrand tratează responsabilitatea juridică sub **trei forme**:

- responsabilitatea penală care este definită ca o instituție juridică guvernată de mai multe principii;
- responsabilitatea civilă pe care o definește ca o obligație ce ne este impusă de lege de a răspunde de pagubele pe care noi le-am cauzat;
- responsabilitatea funcționarilor publici și ministeriali definită ca fiind responsabilitatea civilă specială a acestora. Indiferent de unele neclarități, reținem că autorul se referă nu la o simplă obligație ci la o instituție juridică guvernată de mai multe principii.

Analizând diferitele forme ale responsabilității juridice din toate domeniile dreptului, ajungem la constatarea că responsabilitatea juridică reprezintă mai mult decât un complex de drepturi și obligații corelative, cum susține un autor²², după părerea căruia răspunderea juridică este „instituția“ ce cuprinde ansamblul normelor juridice care vizează raporturi ce se nasc în sfera activității desfășurate de autoritățile publice în temeiul legii, împotriva tuturor acelor care încalcă sau ignoră ordinea de drept, în scopul asigurării respectării și promovării ordinii publice și binelui public“. Și această definiție, într-adevăr mai completă, pune în mod greșit semnul egalității între responsabilitate și răspundere, aspect la care ne vom referi pe larg în cele ce urmează.

Din practică observăm că sunt cazuri când subiectul, deși responsabil declarat de lege, nu răspunde, deoarece fapta prejudiciabilă nu este cunoscută de cei în drept, sau partea vătămată nu vrea să reclame, ori a intervenit prescripția etc. De exemplu, în cazul când Statul, deși a plătit particularului daune cauzate de greșeala funcționarului public, apreciind că este în interesul serviciului (fiind un risc al serviciului), nu-l acționează „în regres“ pe funcționarul vinovat și evident, acesta nu răspunde, deși este responsabil pentru fapta respectivă. În astfel de situații, mai putem vorbi de răspunderea juridică a acestui funcționar? Noi credem că nu. Dar când suntem în prezența unui caz concret, în care la plângerea părții vătămate instanța a stabilit despăgubirile ce le acordă, precum și eventual o sancțiune pentru funcționarul X? Considerăm că de-abia acum când instanța a stabilit răspunderea lui X față de Z. ne

22 Idem, p. 41

aflăm în fața răspunderii juridice a funcționarului X, deci a responsabilității materializate de autoritatea competentă. Să presupunem că X, în pofida hotărârii judecătorești definitive de stabilire a răspunderii, refuză să-și execute obligațiile ce-i revin din această hotărâre în cazul Y. Într-o astfel de situație, va trebui să se apeleze la constrângerea lui X, prin executarea silită. Pentru realizarea răspunderii, uzând de forța Statului, caz în care avem de-a face cu răspundere înfăptuită prin constrângere.

Observăm deci, că orice om liber și stăpân pe faptele sale are întotdeauna responsabilitate, dar răspunderea efectivă nu o are decât în cazuri concrete, stabilită pe baza legii de către instanța sau autoritatea administrativă competentă după caz. În practică, instanța de judecată sau autoritatea administrativă, atunci când aplică legea în cazul concret, stabilește mai înainte dacă subiectul are responsabilitate și numai după aceea verifică dacă acesta răspunde pentru fapta respectivă în împrejurările date, ceea ce învederează încă o dată diferența dintre responsabilitate și răspundere. De exemplu, în dreptul administrativ, în vederea tragerii la răspundere pentru o faptă a sa (greșeală personală sau de serviciu) trebuie mai întâi să se verifice dacă persoana este sau nu funcționar public și dacă prin lege i s-a declarat și delimitat responsabilitatea, respectiv competența de a răspunde, adică:

- dacă la data faptei ocupa legal funcția publică;
- dacă faptul sau actul administrativ au fost săvârșite în executarea atribuțiilor sale legale de serviciu sau în legătură cu serviciul;
- dacă există temei legal, deci un act normativ prin care acesta este declarat responsabil pentru faptele sale.

După această primă etapă de stabilire a existenței responsabilității, în cazul în care se vizează răspunderea funcționarului public, se verifică dacă există vreo cauză care o înlătură (răspunderea) ca de exemplu: cazul fortuit, constrângerea, starea de necesitate etc.²³. În situația în care nu există nici o cauză de înlăturare a răspunderii, urmează stabilirea vinovăției, respectiv a greșelii personale de serviciu, determinarea prejudiciului și, în final, a răspunderii concrete prin actul autorității administrative sau hotărâre judecătorească.

Analiza și sinteza diverselor definiții ale responsabilității juridice a permis prof. V. Guțuleac să constate că responsabilitatea juridică a funcționarului de stat, ca subiect al administrării în domeniul combaterii contravenționalității, poate fi definită ca o atitudine conștientă și deliberată de asumare de către individ a unor răspunderi și riscuri față de modul de onorare a obligațiilor potrivit funcției de stat deținute, excluderea abuzului de drepturi oferite, conformarea regulilor de conduită, stabilite în domeniul serviciului ce ține de contracararea fenomenului contravențional, contribuția conștientă la atingerea scopului ce stă în fața organului de stat în care el deține funcția²⁴.

23 A se vedea: Al. Ioniță. *Drept administrativ*. București, 1996, p. 187

24 A se vedea: V. Guțuleac. *Tratat de drept contravențional*. Chișinău, 2009, p. 129

Pronind de la conținutul acestei definiții prof. V. Guțuleac evidențiază, după părerea noastră foarte clar elementele responsabilității, care pot fi repartizate schematic în felul următor: 1) determinarea și reglementarea statutului administrativ-juridic al funcției de stat (obligațiile, drepturile, exigențele față de individul care va ocupa această funcție) → 2) încadrarea în modul stabilit de legislație a individului în funcția de stat → 3) conștientizarea și perceperea de către funcționarul de stat a obligațiilor și drepturilor potrivit funcției, a altor cerințe, înaintate față de funcționarul de stat → 4) autoangajarea liber consimțită de a acționa în modul corespunzător → 5) executarea conștientă și prin autoconstrângere a obligațiilor, conformarea regulilor de conduită a funcționarului de stat → 6) reacția administrației organului statal la starea de conformare a funcționarului față de exigențele serviciului respectiv prin aplicarea diverselor forme de convingere (încurajarea, stimularea morală sau materială etc).

Deci, apariția responsabilității juridice a funcționarului de stat coincide cu momentul apariției capacității administrativ-juridice a individului ca subiect al administrării. Ultima este determinată de procedura stabilită de încadrare în serviciul de stat și apare odată cu investirea în funcția respectivă. Din acest moment volumul de obligații și drepturi constituționale ale individului, ca cetățean al Republicii Moldova, se completează cu volumul de obligații și drepturi potrivit funcției deținute.

Din momentul investirii în funcția de stat, persoana respectivă este parte a raportului administrativ-juridic de conformare cerințelor înaintate față de funcționarul de stat. Acest raport însă nu trebuie confundat cu „responsabilitatea juridică“. Raportul administrativ-juridic de conformare apare odată cu obținerea forței juridice a normei administrativ-juridice (ordinul de investire în funcție), însă acest fapt este doar o componentă a definiției de responsabilitate juridică (responsabilitatea juridică statică — posibilitatea abstractă de realizare a acestei norme). Fundamentul factual al responsabilității juridice îl constituie comportamentul pozitiv al funcționarului public, care conține toată componența unei fapte licite: investirea legală în funcția de stat; conștientizarea normelor juridice de către funcționarul de stat; acceptarea individuală a actelor normative ce reglementează activitatea lui; acțiunile (inacțiunile) funcționarului de stat privind conformarea cu prescrierile actelor normative respective.

În ceea ce privește responsabilitatea în dreptul contravențional, din momentul obținerii forței juridice a unei legi contravenționale, între funcționarul organului executiv al statului și stat apare un raport juridic de conformare, care determină responsabilitatea juridică a lui, constând în:

- conștientizarea normelor juridice respective;
- obligația de a se conforma personal regulilor de conduită, stabilite prin această lege;
- participarea activă la organizarea realizării (executării) prevederilor normelor juridice respective;
- participarea nemijlocită la activitatea de prevenire și combatere a contravențiilor, de lichidare a cauzelor și condițiilor contravenționalității²⁵.

25 Idem, p. 130

Starea responsabilității juridice a funcționarului de stat. ca subiect al administrării în domeniul combaterii contravenționalității (atitudinea reală față de prevederile normelor juridice contravenționale și rezultatele concrete) va determina necesitatea aplicării față de el a uneia dintre formele constrîngerii statale — răspunderea juridică.

Responsabilitatea celorlalți subiecți ai dreptului contravențional, pasibili de a fi subiecți ai răspunderii contravenționale, survine odată cu apariția raportului juridic de conformare și constă în obligația lor de a se conforma regulilor de conduită în societate, stabilite și protejate de normele juridice contravenționale din momentul obținerii forței juridice.

Observăm că, în acest caz, temeiul răspunderii juridice administrative a acestui funcționar public, este actul autorității administrative sau hotărârea judecătorească dată în cauză, inclusiv actul sau faptul juridic săvârșit, cauzator de răspundere.

Din cele de mai sus rezultă, prin urmare, că responsabilitatea juridică este o instituție de drept prin care legiuitorul exprimă vocația la răspundere juridică a unor persoane²⁶, pentru eventualele fapte și acte juridice săvârșite direct sau indirect, prin alte persoane, ori prin lucruri aflate în administrarea lor. Referindu-ne la dreptul public, responsabilitatea este instituția juridică prin care orice persoană de drept public este declarată de legiuitor ca potențial răspunzătoare pentru anumite fapte și acte juridice ce le poate săvârși în elaborarea, organizarea, executarea, respectarea legii și înfăptuirea justiției, personal sau prin alte persoane ori prin lucruri aflate în administrarea sa. Spre deosebire de responsabilitate (care este o răspundere în abstract, o capacitate, o vocație la răspundere), răspunderea juridică este răspunderea concretă stabilită după o anumită procedură de autoritatea competentă (instanță sau autoritatea administrativă) finalizată într-o sancțiune însoțită sau nu de anularea actului ilegal, restabilirea situației anterioare, fixarea despăgubirii pentru actul sau faptul ce a cauzat daunele constatate, luarea măsurilor de siguranță aplicate sau acordate conform unei proceduri prevăzute de lege.

Deși nu ne-am propus să facem o comparație sub toate aspectele între responsabilitate și răspunderea juridică, mai adăugăm la cele de mai sus ideea că responsabilitatea juridică izvorăște din Constituție și legile date în baza acesteia și se fundamentează numai pe acestea, pe când răspunderea juridică își are sursa în hotărârea instanței judecătorești sau în actul autorității administrative de stabilire a acesteia care, evident și acestea trebuie să fie conform legii.

Responsabilitatea juridică se declară de lege, spre deosebire de răspunderea juridică, care se stabilește de instanța sau autoritatea administrativă competentă.

26 Sensul conceptului de „persoană“ folosit în această definiție este acela de persoană fizică, persoană juridică, indiferent că este de drept public sau privat. Răspunderea penală se deosebește clar de responsabilitatea penală, imputabilitate, culpabilitate și raportul juridic represiv, reprezentând numai consecința juridică a săvârșirii faptei penale de către infractor“, arată Narcis Giurgiu, în Răspunderea și sancțiunea de drept penal, Editura Neuron, Focșani-1995, p. 17.

A declara responsabilitatea prin Constituție și lege fără a reglementa, concomitent, modul de transformare a acesteia în răspundere și de înlăturare concretă a răspunderii, înseamnă a o lipsi de conținutul ei juridic, iar partea vătămată de posibilitatea realizării dreptului ei.

Simpla prevedere și reglementare prin Constituție și lege a responsabilității juridice nu echivalează cu despăgubirea sau garantarea despăgubirii părții vătămate. Nestabilirea de legiuitor a organelor competente și a procedurii de transformare a responsabilității în răspundere, precum și modul de înlăturare a acesteia, face inactivă responsabilitatea juridică, instituită direct sau indirect de Constituție.

Orice persoană de drept public poate fi responsabilă penal, civil sau administrativ, pentru faptele sale, dar nu pentru toate acestea răspunde; spre exemplu, răspunderea juridică a funcționarului public poate fi înlăturată din lipsă de probe, sau îndeplinirea termenului de prescripție, de inacțiunea părții vătămate, ori de cazul fortuit etc. Responsabilitatea juridică are caracter general ipotetic, pe când de răspundere juridică putem vorbi numai în cazul concret după ce aceasta a fost stabilită de autoritatea competentă.

Responsabilitatea juridică este anterioară faptei săvârșite, spre deosebire de răspundere care apare numai după producerea faptului sau actului juridic generatori. Răspunderea se stabilește de către autoritatea competentă, ulterior responsabilității, respectiv după săvârșirea faptei, iar constrângerea administrativă intervine numai atunci când răspunderea nu se realizează de bună voie. După unii autori, responsabilitatea este legată de dimensiunea „internă a agentului, pe când răspunderea de dimensiunea „externă“ a acestuia. Răspunderea este un efect al responsabilității agentului (persoană publică, funcționar public, persoană privată), pentru fapta generatoare de răspundere. Constrângerea administrativă este o înlăturare cu forța a răspunderii juridice. Și din punctul de vedere al efectelor juridice, sociale și chiar economice există deosebire între responsabilitate și răspundere juridică. Simpla declarare a responsabilității juridice nu este suficientă pentru reglementarea relațiilor sociale. Aceasta, până nu se materializează în răspundere concretă, nu produce efecte juridice, economice, sociale, având doar un caracter preventiv, pe când răspunderea juridică concretizată presupune în mod obligatoriu efecte juridice, sociale, economice, cu caracter preventiv, reparatoriu, educativ și constrângător.

În literatura juridică se folosește termenii de „temei“ sau „fundament“ al responsabilității. Singurul temei al responsabilității juridice este legea.

Responsabilitatea juridică are mai multe forme de existență respectiv: penală, civilă, administrativă, constituțională etc.

Temeiul responsabilității juridice îl constituie o sumă de principii de drept, general valabile pentru toate formele de responsabilitate juridică. Dacă la principiile generale se mai adaugă spre reglementare și altele specifice unor ramuri de drept, vom obține responsabilitatea juridică specifică ramurii respective.

Principiile sunt ideile de bază general valabile ce se regăsesc în normele care reglementează instituțiile dreptului.

Un prim principiu general al responsabilității juridice îi constituie principiul legalității responsabilității juridice; acesta presupune:

- recunoașterea ca valori supreme a drepturilor și libertăților cetățenești, a dreptății în primul rând, prin Constituție, și apoi prin legi organice, ordinare și acte normative emise în baza acestora;
- prevederea și garantarea prin lege de către stat, a organelor, procedurilor și mijloacelor efective de prevenire, educare și reparare a oricărei încălcări a drepturilor, libertăților și intereselor legitime ale omului.

Exercitarea de către stat a constrângerii a înlocuit demult principiul barbar al răzbunării și al „dreptului individului de a-și face dreptate singur“, cu imputernicirea și obligarea exclusivă a statului de a înfăptui actul de dreptate. Dacă nu se prevăd și precizează responsabilități în lege, este evident că acestea nu există (*nullum crimen sine lege* și *nullum poena sine lege*). Dar nu este suficientă prevederea responsabilității în lege dacă nu se reglementează și asigură toate condițiile pentru transformarea acesteia în răspundere. Așa cum rezultă din art. 3 al Declarației Universale a Drepturilor Omului, orice ființă umană are dreptul la securitatea sa, și Statul obligația să i-o asigure;

- accesul liber la justiție este un drept fundamental legiferat de Constituție, iar prin alte legi s-au prevăzut dispoziții pentru asigurarea înfăptuirii acestuia, printre care sunt și cele care reglementează responsabilități pentru anumite organe de a-1 asigura, precum și responsabilitățile pentru cei predispuși a-1 încâlca.

Egalitatea în drepturi constituie un al doilea principiu important al responsabilității juridice, care presupune ca:

- toți oamenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, în sensul că sunt și trebuie să fie la fel de responsabili juridic;
- nu trebuie să existe privilegii sau discriminări în fața responsabilității juridice pentru nici o persoană și nici pentru organele statului sau orice fel de funcționari publici;
- nimeni nu este mai presus de lege, toți sunt responsabili în fața și în condițiile legii, indiferent că sunt sau nu autorități publice;
- criteriile generale de individualizare sau cauzele de înlocuire, înlăturare, agravare ori atenuare a responsabilității juridice nu pot fi deduse din rațiuni de ordin politic, național, etnic, rasial, religios etc, ele trebuie stabilite prin lege, în mod egal pentru toți.

Un alt principiu îl constituie cel al personalității, în sensul că se declară responsabilă persoana fizică sau juridică, care a săvârșit fapta sau actul juridic; de la acest principiu există și unele excepții dar numai cele prevăzute de lege (de exemplu, responsabilitatea pentru fapta altuia sau pentru fapta lucrului, iar a autorității sau instituției publice pentru fapta funcționarului sau etc).

Principiul libertății de voință, a acțiunii ori inacțiunii, constituie un alt principiu al responsabilității juridice. Nu poate exista responsabilitate dacă nu există

libertate de a alege comportarea care ar evita responsabilitatea. Responsabilitatea juridică trebuie să existe numai atunci când subiectul, de bună voie, a ales conduita contrară normei juridice. În acest sens, este valabilă maxima „Cu cât libertatea este mai mare, cu atât responsabilitatea crește“. Deci, spațiul răspunderii este coextensiv cu cel al libertății.

Un alt principiu general al responsabilității juridice îl constituie principiul umanismului. Umanismul dreptului presupune o ierarhizare făcută de legiuitor a elementelor — scop ale responsabilității juridice, prin punerea accentului în primul rând pe prevenire, apoi reparare și în ultimul rând pe represiune, ideea principală fiind de protecție, ocrotire și educare. Acest principiu trebuie avut în vedere nu numai la reglementarea responsabilității juridice, ci și în stabilirea procedurilor și a cauzelor de înlăturare, agravare și atenuare a acesteia.

Principiul concordanței între drepturi și obligații, între putere și responsabilitate. Nu poți face responsabilă o persoană decât numai pentru ceea ce aceasta putea și era obligată să facă, dar nu a făcut. După sociologi, conflictele între oameni sunt manifestări ale „neînțelegerilor“ asupra naturii obiectului, scopului sau mijloacelor de satisfacere a intereselor lor, divergente care, în ultima instanță sunt de ordin motivațional. Sensul autentic al actelor umane nu poate fi dezvăluit fără cunoașterea mobilului și motivelor generatoare, în raport de care se stabilește și responsabilitatea. În acest sens, pledează și ideea după cum, nevoile l-au format pe om ca ființă socială și îl fac să existe și să se dezvolte în continuare.

Pe de altă parte, nu poate fi realizat un drept, dacă nu este reglementată o obligație corelativă acestuia pentru o altă persoană, situație în care nu am putea vorbi de responsabilitate. De asemenea, nu poate fi îndeplinită responsabilitatea unui funcționar sau a unei autorități publice „dacă aceștia nu au puterea, respectiv competența prevăzută de lege să prevină și înlătore fapta generatoare de răspundere. Spre exemplu, apreciem că este incorect să-l faci responsabil pe șeful nemijlocit (funcționar public), de greșelile subordonaților sai, dacă acesta nu dispunea de instrumente juridice legale (putere, sau cu alte cuvinte autoritatea instituțională) pe care să le fi folosit pentru prevenirea săvârșirii unor fapte ilegale de către subordonați. În politică, în prezent sunt astfel de cazuri, când puterea este concentrată exclusiv în mâna șefului de unitate, iar pentru greșelile cadrelor sunt sancționați de regulă șefii de birouri, servicii, în condițiile în care aceștia, nefiind investiți cu suficiente drepturi de sancționare sau recompensare a subordonaților, nu pot efectiv să prevină evoluția negativă a abaterilor deși cunosc cel mai bine cauzalitatea acestora. De aceea, este necesar să existe întotdeauna un echilibru între puterea materializată în autoritatea instituțională a funcționarului public și responsabilitatea acestuia.

Principiul existenței și dezvoltării sociale impune satisfacerea nevoilor sociale obiective care se realizează prin definirea și instituirea responsabilității, precum și prin transformarea acesteia în răspundere concretă, a cărei realizare se face și prin forța de constrângere a Statului după caz. Scopul Statului și în mod deosebit al administrației publice este satisfacerea nevoilor sociale obiective, pe baza principiilor

serviciilor publice și al solidarității sociale. De aceea, serviciile publice, într-o bună administrație, trebuie să funcționeze astfel încât să nu aducă pagube vreunei persoane; în cazul în care s-a adus o pagubă unei persoane de către serviciul public, statul trebuie s-o repare, deoarece, conform principiului solidarității sociale, Statul și-a asumat această responsabilitate prin rațiunea sa de a fi.

„Astfel putem socoti ca temeiul responsabilității juridice îl constituie legea și principiile de drept ce stau la baza acesteia, în timp ce fundamentul răspunderii juridice este altul. După părerea noastră, temeiul răspunderii juridice îl constituie trei elemente cumulative:

- a. săvârșirea actului sau faptului generator de responsabilitate care poate fi: infracțiune, delict, cvasidelict, abatere disciplinară, administrativă, contravenție, act administrativ ilegal și chiar legal în anumite cazuri prevăzute de lege etc;
- b. legea care reglementează responsabilitatea juridică, procedura înfăptuirii acesteia, organele abilitate și actele sau faptele generatoare;
- c. hotărârea judecătorească sau actul autorității publice împuternicite de lege prin care s-a stabilit și înfăptuit în concret răspunderea juridică a persoanei fizice sau juridice (de drept public sau privat).

Nereglementarea responsabilității administrative atrage, multiple consecințe negative. Astfel, în lipsa responsabilității declarate și delimitate de legiuitor, la cei chemați să administreze se naște ideea ca actele funcționarilor publici, oricât de abuzive ar fi, sunt de neînlăturat, ba chiar deasupra legilor; de asemenea, apare convingerea că numai prin prevenirea dorințelor superiorilor lor, funcționarii se pot menține în posturile pe care le ocupa și nu prin respectarea legii.

De aceea dese cazuri de nereglementare a responsabilității funcționarilor publici, care, din păcate, prin numărul lor au devenit regulă, constituie una din condițiile care favorizează proliferarea corupției și tolerarea incompetenței.

Cum este reglementată responsabilitatea juridică în Constituțiile unor țări europene?

Principiile dreptății și solidarității sociale sunt intruchipate în funcția de apărare socială a statului și consacrate în mai multe articole ale Constituției Germane²⁷. În articolul 20 se prevede „Republica Federală a Germaniei este un stat federal democratic și social (s.n.), iar în articolul 1 se arată „Demnitatea omului este intangibilă. Toate puterile publice sunt ținute a o respecta și proteja în consecință, poporul german recunoaște omului drepturile inviolabile și imprescriptibile ca fundamental al comunității umane a păcii și justiției în lume“. Din aceste dispoziții, observăm că puterilor publice le este încredințată responsabilitatea juridică de a respecta drepturile și de a le proteja. Iar art. 34, care este intitulat „Responsabilitatea administrativă, în caz de încălcare a obligațiilor de serviciu“ detaliază responsabilitatea administrativă,

27 Constituția Republicii Federative Germane din 23 mai 1949 cu modificări din 20 octombrie 1997

în formele cunoscute astfel: „Dacă vreunul din funcționari, în exercitarea sarcinii publice ce îi este incredintată, încalca obligațiile ce îi sunt impuse de această sarcină, în ceea ce privește un terț, responsabilitatea incumbă în principiu statului sau organismului în serviciul căruia se găsește. Dacă fapta este comisă cu intenție, sau ca o greșeală gravă dreptul la recurs este rezervat. Pentru acțiunea în daune interese și recurs, nu trebuie excluse căile judiciare“. În art. 19 pct. 4 se prevede: „Oricine este lezat în drepturile sale, de o autoritate publică, poate recurge la căile judiciare. Recursul la jurisdicția ordinară este deschis, dacă o altă jurisdicție nu este competentă. Articolul 65, denumit „Repartizarea responsabilităților“, dispune: „Cancelarul federal fixează liniile directoare ale politicii și își asumă responsabilitatea acestora (s.n.). În aceste limite (s.n.) fiecare ministru federal dirijează departamentul sau într-un mod autonom și sub propria responsabilitate.

În art. 22 din Constituția Belgiei²⁸, se prevede: „Legeă determină care sînt agenții responsabili pentru violarea secretului corespondentei incredintarea poștei“, iar în art. 24 se arată: „Nu este necesară nici o autorizație prealabilă, pentru a exercita urmărirea contra funcționarilor publici, pentru faptele administrației lor, în afară de cele statuate în ceea ce-i privește pe miniștri“.

Astfel, numai pentru cercetarea și tragerea la răspundere a miniștrilor este necesar avizul sau autorizarea prealabilă, iar ceilalți funcționari publici nu mai beneficiază de un astfel de tratament juridic.

Constituția din Danemarca²⁹, în art. 13, proclamă: „Regele este iresponsabil; persoana sa este inviolabilă și sacră; miniștrii sunt responsabili de conduita lor în fața guvernului. Responsabilitatea este reglementată prin lege“, iar în art. 14 se arată că „fiecare ministru care a contrasemnat, este responsabil de acea decizie“.

Din primul articol al Constituției spaniole³⁰ le desprinde principiul solidarității sociale, al apărării sociale, precum și faptul că, toate puterile statului, inclusiv în domeniul responsabilității, emană de la popor „în raport de necesitățile sociale obiective“. „Spania se constituie într-un stat de drept social și democratic, care apără ca valori superioare de ordin juridic libertatea, justiția, egalitatea și pluralismul politic“. Iar în art. 3 se dispune: „Constituția garantează principiile legalității, ierarhiei și publicității normelor, neretroactivității dispozițiilor, implicând sancțiuni care nu favorizează, ori care restrâng drepturile individuale, securitatea juridică, responsabilitatea puterilor publice și interdicția tuturor acțiunilor arbitrare din partea lor (s.n.)“. De asemenea, în art. 56, punctul 3 se prevede: „Persoana regelui este inviolabilă și nu este supusă responsabilității“, iar în art. 106 pct. 2 se dispune: „particularii, numai în termenele stabilite de lege vor avea dreptul de a fi indemnizați pentru toate pagubele cauzate bunurilor și drepturilor lor, în afara cazurilor de forță majoră, de fiecare dată când pagubele vor fi consecința funcționării serviciilor publice“. Interesante sunt și dis-

28 Constituția Belgiei din 17 februarie 1994

29 Constituția Danemarcei din 5 iunie 1953

30 Constituția Spaniei din 27 decembrie 1978

pozițiile art. 117: „Justiția emană de la popor și este administrată în numele regelui prin judecători și magistrați care constituie puterea judiciară și sunt independenți, inamovibili, responsabili și supuși exclusiv legii“, precum și ale art. 121 care dispune: „Pagubele cauzate prin erori judiciare, precum și cele care rezultă din funcționarea anormală a administrării justiției, dau dreptul la o indemnizație în sarcina Statului conform legii“.

În Constituția franceză³¹, chiar prin art. 2 Franța este declarată o Republică indivizibilă, laică, „democratică și socială“, iar în art. 21 se arată: „Primul ministru dirijează acțiunile guvernului. El este responsabil (s.n.) pentru apărarea națională“. Încă din Declarația Drepturilor Omului și Cetățeanului din 1789, rezultă că drepturile acestora se nasc odată cu indivizii și numai odată cu ei. „Oamenii se nasc și mor liberi și egali în drepturi“, „Garanția drepturilor omului și cetățeanului necesită o forță publică“. Iar în art. 15 se prevede: „dreptul societății de a cere socoteala tuturor agenților publici de administrația lor“.

Potrivit art. 17 Constituția Japoniei³² orice persoană care a suferit o vătămare, prin actul ilegal al unui funcționar public, are dreptul să reclame reparația acesteia de la Stat sau de la organismele publice, după cum se stabilește prin lege. Iar în art. 16 din aceeași Constituție, se arată că fiecare om are dreptul la petiționare în mod pașnic cu privire la repararea daunelor, la destituirea funcționarilor publici etc.

Rezulta cu prisosință că fundamentul responsabilității administrative, penale, constituționale, civile și în general al responsabilității juridice a autorităților publice și funcționarilor acestora, îi constituie legea supremă — Constituția și legile care își au izvorul în aceasta și care consacră principiile umanismului, solidarității și apărării sociale, ale echității și dreptății, egalității în drepturi, libertății de voință, concordanței între drepturi și obligații, precum și între putere și responsabilitate.

De asemenea, reținem că responsabilitatea juridică nu poate produce efecte juridice fără reglementarea răspunderii juridice și înfăptuirea acesteia în temeiul unui act sau fapt juridic concret.

Referitor la formele responsabilității juridice.

După cum se știe, formă și structura răspunderii juridice este determinată de natură raportului juridic și deci a normei juridice care reglementează actul sau faptul juridic. Or, după cum am văzut, prin norma de drept este reglementată responsabilitatea juridică. Astfel, în funcție de tipul de principii și norme juridice ce o reglementează, responsabilitatea este cunoscută sub două forme distincte: a. responsabilitatea de drept public; b. responsabilitatea de drept privat.

De menționat, că în domeniul dreptului privat ori public, responsabilitatea juridică păstrându-și caracterul uneia dintre aceste ramuri fundamentale ale dreptului, îmbracă forme diferite. Astfel, o altă împărțire a responsabilității juridice se poate face în funcție de modul concret de reglementare a acesteia, care este specific fiecărei

31 Constituția Franței din 3 iunie 1958

32 Constituția Japoniei din 3 mai 1947

ramuri de drept după cum urmează: responsabilitate constituțională, responsabilitatea civilă, responsabilitate penală, responsabilitate administrativă, responsabilitate specifică dreptului muncii etc.

După subiectul responsabilității, aceasta poate fi colectivă sau individuală. Responsabilitatea individuală poate îmbracă forma responsabilității cetățeanului, responsabilității funcționarului, responsabilității funcționarului public, responsabilitatea unor categorii speciale de funcționari (medic, notar, polițist etc).

În concluzie, față de cele expuse, credem că se impune o folosire precisă a conceptelor de responsabilitate și răspundere, atât în dreptul pozitiv, în practica judiciară, cât și în doctrina juridică. Or înfăptuirea conceptelor constituționale de „garantare-ocrotire“ este strâns legată de modul de reglementare a responsabilității, răspunderii și constrângerii juridice, precum și de modul de înfăptuire a acestora.

DREPTURILE ȘI LIBERTĂȚILE OMULUI ÎN URSS ÎN PERIOADA DICTATURII STALINISTE: DE JURE ȘI DE FACTO

Dumitru C. GRAMA, doctor, conferențiar universitar

HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS IN THE USSR IN THE PERIOD OF STALINIST DICTATORSHIP: DE JURE AND DE FACTO

In the present study there are examined the regulations concerning official legal rights and freedoms of Soviet citizens according with the provisions of the Constitution of the Russian SFSR of 1918, USSR Constitution of 1936, the Constitution of the Moldavian SSR from 1941, other Soviet laws and modalities of their everyday life. The author, in the investigation of historical documents and published works of preceding researchers, managed to clear many bestial violations of rights and freedoms of tens of millions of innocent people in the USSR by deportations, convictions to the hard years of imprisonment, death sentences, including hundreds of thousands of loyal supporters of the Soviet regime, demonstrating declarative character, "formal rights and freedoms of Soviet citizens during Stalin's rule.

Keywords: fundamental rights, dictatorship, Soviet Union, Constitution

În studiul prezent sunt examinate atât reglementările juridice oficiale ale drepturilor și libertăților cetățenilor sovietici prin dispozițiile Constituției RSFS Ruse din 1918, Constituției URSS din 1936, Constituției RSS Moldovenești din 1941, ale altor acte normative sovietice, cât și modalitățile de realizare ale lor în viața de toate zilele. Autorul, în baza investigării documentelor istorice și a lucrărilor publicate ale cercetătorilor premergători, a reușit să elucideze multiple cazuri de violare bestială a drepturilor și libertăților a zeci de milioane de oameni nevinovați din URSS prin deportări, condamnări la ani grei de detenție, condamnări la moarte, inclusiv a sute de mii de susținători fideli ai regimului sovietic, demonstrând astfel caracterul declarativ-formal al drepturilor și libertăților cetățenilor sovietici în anii de guvernare a lui I.V. Stalin.

Cuvinte-cheie: drepturi fundamentale, dictatură, URSS

În URSS, pe parcurs de circa șapte decenii, inclusiv în RSS Moldovenească timp de cinci decenii au fost editate sute de cărți și zeci de mii de articole, în care se afirma, cu un aplomb deosebit că doar în societatea sovietică cetățenii dispun de cele mai democratice drepturi și libertăți. În ultimii douăzeci de ani o parte dintre savanții juriști, istorici, politologi etc. din RM, la fel și unii din alte republici postsovietice au elucidat multiple aspecte de violare flagrantă a drepturilor și libertăților locuitorilor

din fosta URSS, îndeosebi în perioada de guvernare a dictatorului I. V. Stalin. dar până în prezent în literatura de drept din republica noastră nu a fost acordată atenția necesară examinării comparative a reglementării drepturilor și libertăților cetățenilor prin normele juridice ale actelor legislative sovietice și a modalităților de realizare a lor în viața de toate zilele până în 1953.

Prin studiul de față urmărim scopul ca în baza documentelor PCUS, a dispozițiilor Constituției RSFSR din 1918, Constituției URSS din 1924, Constituției URSS din 1936, Constituției RSS Moldovenești din 1941 și ale altor acte normative sovietice să caracterizăm, pe cât ne permite spațiul prezentei lucrări, reglementarea de jure a drepturilor și libertăților cetățenilor sovietici și limitarea enormă de facto a acestora prin intimidările și violările permanente de către demnitarii de partid și de stat, îndeosebi de către colaboratorii (angajații) organelor represive sovietice.

După preluarea puterii în Rusia, prin lovitura de stat din 25 octombrie (7 noiembrie) 1917, partidul muncitoresc social-democrat (bolșevic) din Rusia [în continuare — PMSD (b) R], predecesorul partidului comunist (bolșevic) din Rusia [în continuare — PC (b) R] sub conducerea lui V. I. Lenin, a lichidat sistemul organelor de stat și drept ale imperiului țarist, substituindu-l cu dictatura proletariatului, realmente dictatura nomenclaturii partidului comunist, exercitată oficial prin intermediul unui sistem nou de instituții de stat — cel al sovietelor de deputați ai muncitorilor, soldaților și țăranilor.

Chiar din primele zile ale activității sale regimul sovietic de guvernare, totalitar, prin introducerea dictaturii proletariatului a urmărit scopul de a contrapune unele categorii de populație împotriva altora, pentru ca astfel să faciliteze persecutarea acelor locuitori care nu susțineau instaurarea puterii sovietice și să-i lichideze pe cale armată pe adepții forțelor politice ce militau împotriva exercitării puterii de stat în Rusia de către partidul comunist (bolșevic).

În pofida faptului că în anii dictaturii proletariatului în Rusia Sovietică (din 1922 și în URSS) au fost violate, după cum vom constata în rândurile de mai jos, în proporții enorme drepturile și libertățile populației, totuși muncitorilor și țăranilor li s-a inoculat cu insistență de către partidul comunist că doar prin substituirea instituțiilor de stat și drept burgheze cu cele ale dictaturii proletariatului se pot crea condiții necesare pentru asigurarea oamenilor muncii cu cele mai largi drepturi și libertăți. În cel de al doilea program al PC (b) din Rusia, adoptat la Congresul al VIII-lea în martie 1919, se afirma că în timp ce „democrația burgheză se mărginează la o extindere formală a drepturilor și libertăților politice, ca dreptul întrunirilor, al asociațiilor, al presei, în măsură egală asupra tuturor cetățenilor“, democrația proletară nu doar proclama drepturile și libertățile, ci „le acorda în fapt mai întâi de toate și cel mai mult tocmai acelor clase ale populației, care au fost asuprite de capitalism, adică proletariatului și țăranimii“¹.

Într-adevăr, Constituția URSS din 1936 prin dispozițiile ei a stipulat drepturile și libertățile menționate: dreptul la muncă (art. 118), dreptul la odihnă (art. 119),

1 Крестомацие ла история ПКУС ын 2 волуме. Вол. 2. Кишинэу: Картя Молдовеняскэ, 1966, p. 18.

dreptul la asigurare materială la bătrânețe, precum și în caz de boală și de pierdere a capacității de muncă (art. 120), dreptul la învățătură (art. 121), egalitatea în drepturi a femeii cu ale bărbatului (art. 122), egalitatea în drepturi a cetățenilor, fără deosebire de naționalitate și rasa lor, în toate domeniile vieții (art. 123), libertatea conștiinței (art. 124), libertățile cuvântului, a presei, întrunirilor și a mitingurilor, a manifestațiilor și demonstrațiilor de stradă (art. 125), dreptul de a se asocia în organizații obștești (art. 126), inviolabilitatea persoanei (art. 127), inviolabilitatea domiciliului și secretul corespondenței (art. 128)². Constituțiile republicilor unionale, adoptate în 1937, inclusiv Constituția RSS Moldovenești din 1941, au reprodus clauzele Constituției URSS din 1936 referitoare la drepturile și libertățile cetățenilor.

De rând cu stipularea drepturilor și a libertăților enumerate, articolele menționate ale Constituției URSS din 1936 prevedeau și anumite garanții menite să asigure realizarea drepturilor și libertăților proclamate. De exemplu, pe lângă garantarea inviolabilității persoanei, art. 127 stabilea că nimeni nu putea fi arestat decât în baza unei hotărâri judecătorești sau cu autorizația procurorului³.

Timp de mai multe decenii autorii sovietici în zeci de manuale și monografii, în sute de articole afirmau că drepturile și libertățile acordate cetățenilor în URSS nu aveau un caracter formal, ca în țările capitaliste, ci unul real. Ei considerau că statul sovietic avea grijă permanentă nu doar să proclame un cerc cât mai larg posibil de drepturi și libertăți, dar să asigure realmente îndeplinirea lor în vița de zi cu zi.

Ia. Vâșinski (în 1935 — 1939 — Procuror general al URSS, în 1939 — 1944 — adjunct al Președintelui Consiliului Comisarilor Poporului [în continuare — CCP] din URSS), caracterizând în 1940 Constituția URSS din 1936, afirma eronat, în opinia noastră, că niciuna dintre constituțiile elaborate anterior în epocile cele mai revoluționare, nu puteau fi comparate cu Constituția nouă sovietică ce reprezenta triumful societății socialiste și determina bazele organizării de stat create de trucidatorii societății socialiste⁴. Cu un aplomb deosebit el scria: „Și numai în Constituția Stalinistă, în Constituția țării socialiste este respectată identitatea deplină a dispozițiilor normelor constituționale cu realitatea, există semnul egalității între „de jure“ și „de facto“, între drept și fapt, între ceea ce este în realitate și ceea ce este înregistrat și în aspect legislativ întărit în Constituție”⁵.

Dar oare regimul sovietic totalitar permitea în realitate cetățenilor proprii să-și exercite fără careva restricții drepturile și libertățile proclamate oficial în constituțiile sovietice și în diverse acte normative în conformitate cu aspirațiile care s-ar fi deosebit de cele programate de elita politică a partidului comunist?

Documentele istorice și memoriile a mai multor locuitori care au viețuit în statul sovietic demonstrează că PC (b) din Rusia din primele zile ale instaurării dictaturii proletariatului a promovat deschis politica de limitare în drepturi și de represare a

2 Vezi: Советские конституции. Справочник. Москва: Госполитиздат, 1963, p. 263 — 267.

3 Ibidem, p. 266.

4 Вышинский А.Я. Великий день сталинской конституции. Москва: Политиздат при ЦК ВКП (б), 1940, p. 3.

5 Ibidem, p. 18.

unor categorii întregi de locuitori, cum erau bunăoară proprietarii de fabrici și de uzine, de bănci, de moșii etc. Constituția RSFSR Ruse din 10 iulie 1918 prin art. 3 nemijlocit stipula reprimarea cruntă a exploatatorilor în scopul instaurării societății socialiste în Rusia și a victoriei socialismului în toate țările de pe mapamond. În același context, art. 23 al Legii Fundamentale menționate stipula că, reieșind din interesele clasei muncitoare, RSFSR priva unele categorii de persoane de drepturile, ce puteau fi utilizate în detrimentul revoluției socialiste. Astfel, prin dispoziția art. 65 al Constituției RSFSR din 1918 erau oficial lipsiți de drepturile electorale (dreptul de a alege și de a fi aleși) următoarele categorii de cetățeni:

- persoanele care în activitatea de producere utilizau munca înăimită;
- persoanele ce trăiau din venituri provenite din procente de capital, de la întreprinderi, din venituri care nu proveneau din muncă;
- negustorii, intermediarii comercianților;
- călugării, preoții și alți slujitori ai confesiunilor religioase;
- funcționarii și agenții fostei poliții țariste, corpului special de jandarmi și ai secțiilor de pază, membrii dinastiei imperiale a Romanovilor etc.⁶.

Vis-à-vis de locuitorii care își apărau proprietățile legitime, drepturile și libertățile cetățenești și nu acceptau sau opuneau rezistență instaurării puterii sovietice, conducerea partidului comunist din Rusia a utilizat represii drastice, inclusiv terorizarea populației și decimarea fizică a oponenților. De exemplu, prin circulara secretă din 11 august 1918, trimisă de V. I. Lenin, președintele Consiliului Comisarilor Poporului [în continuare — CCP] din Rusia, se ordona comuniștilor din Penza ca să spânzure în văzul populației nu mai puțin de 100 de culaci, bogătași, exploatatori notorii pentru ca la sute de verste în jur poporul să afle, să vadă și să se înfioare⁷.

În baza decretului „Despre teroarea roșie“, adoptat la 5 septembrie 1918 de CCP, subdiviziunile Comisiei Extraordinare din Rusia și alte structuri represive ale regimului sovietic dictatorial au declanșat teroarea de masă împotriva tuturor acelor locuitori, care nu acceptaseră instaurarea dictaturii proletarietului, realmente a dictaturii partidului comunist⁸. Pentru a exemplifica comportamentul drastic cu populația ce friza bunul-simț, menționăm circulara secretă a CC al PC (b) din 24 ianuarie 1919, dispozițiile căreia împuterniceau instituțiile sovietice represive să ducă o luptă acerbă cu căzăcimea înstărită până la exterminarea ei definitivă și să terorizeze fără milă restul căzăcimii prin interzicerea dreptului de a dispune de amuniția tradițională de secole, rechiziționarea „surplusurilor“ de cereale și alte produse alimentare, reducerea masivă a suprafețelor de proprietăți funciare și redistribuirea terenurilor confiscate de la cazaci populației transferate din alte gubernii⁹.

6 Vezi: Советские конституции. Справочник / Под. общ. ред. чл. корр. АН СССР П.С. Ромашкина. Москва: Госполитиздат, 1963, p. 129, 136, 148 — 149.

7 Arud: Сердюк Раиса. Вождь или палач? În: Российская газета, 1997, 30 octombrie, p. 2.

8 Vezi: История государства и права СССР. Часть II. (Советский период) / Под. ред. проф. Г.С. Калинина и доц. Г.В. Швецова. Москва: Юрид. лит., 1981, p. 119.

9 Vezi: Хрестоматия по истории СССР, 1917 — 1945: Учеб. пособие для пед. ин-тов по

Potrivit investigațiilor istoricilor, din cauza terorii roșii în Rusia Sovietică au suferit sute de mii de oameni. Comisia de cercetare a crimelor bolșevice, constituită de generalul A.I. Denikin, comandantul suprem al armatei albgardiste de sud în războiul civil din 1918 — 1920, a stabilit că până în toamna anului 1919 au fost omorâți 1.767.018 locuitori¹⁰. Profesorul rus I.A. Kurganov menționează că jertfe ale „terorii roșii“ au fost 1.720.000 de oameni, inclusiv: 160.000 de profesori, academicieni, scriitori, pictori, studenți, învățători; 170.000 de funcționari, ofițeri, fabricanți, negustori; 50.000 de jandarmi, polițiști; 40.000 de fețe bisericești; 1.300.000 de țărani și muncitori¹¹. Alte sute de mii de oameni au fost jertfe ale „terorii albe“, pusă la cale de către serviciile represive ale armatelor albgardiste ale amiralului A.V. Kolceak, generalului A.I. Denikin și altor generali și ofițeri țariști.

Limitarea drepturilor și libertăților cetățenilor, presiunile de masă, terorizarea deschisă și exterminarea numeroasă a cetățenilor i-a impus pe circa 1,5-2 milioane de locuitori din Rusia, în scopul salvării demnității și vieții personale, să se refugieze în alte state¹².

Nerespectarea și violarea drepturilor și libertăților omului a fost specifică regimului sovietic totalitar nu doar în perioada războiului civil din Rusia (1918—1920), dar și în toți anii existenței dictaturii partidului comunist. În pofida faptului că dispozițiile Constituției RSFSR din 10 iulie 1918 acordau oficial truiditorilor libertatea conștiinței, inclusiv posibilitatea propagării concepțiilor religioase sau ale celor ateiste (art.3); libertatea exprimării viziunilor proprii, editării ziarelor, broșurilor, cărților și răspândirea lor liberă în țară (art.14); libertatea întrunirilor, adunărilor, mitingurilor și demonstrațiilor (art.15); libertatea de a constitui organizații și asociații proprii (art.16)¹³, realmente, în condițiile regimului totalitar, locuitorii de facto aveau doar posibilitatea de a propaga concepțiile ateiste, de a ponegi confesiunile religioase, de a prezenta în culori roze activitatea conducerii partidului comunist și a defăima opoziții acesteia.

Constatăm, prin urmare, că dispozițiile art. 13—16 ale Constituției RSFSR aveau un caracter declarativ-formal și au fost introduse în scopul de a induce în eroare opinia publică și de a atrage populația, îndeosebi muncitorii și țărani, de partea PC (b) în lupta pentru puterea de stat cu restul partidelor politice din Rusia.

O dată cu victoria obținută în războiul civil, cu lichidarea celorlalte partide politice și cu fortificarea dictaturii proprii, elita comunistă n-a mai avut interes până în 1936 în legifirarea constituțională a careva drepturi și libertăți ale cetățenilor, deoarece nu

спец. „История„ / Сост. С.И. Дегтев и др.; Под. ред. Э.М. Щагина. Москва: Просвещение, 1991, p. 122 — 123.

10 Apud: Țăranu Mariana, V. Lenin fără machiaj: teroarea intelectualității sovietice. Chișinău: Grafema Libris, 2007, p. 50.

11 Ibidem.

12 Vezi: История государства и права СССР. Часть II, p. 157.

13 Vezi: Советские конституции. Справочник / Под. общ. ред. чл. корр. АН СССР П.С. Ромашкина. Москва: Госполитиздат, 1963, p. 133 — 134.

dorea să existe un suport juridic ce putea fi utilizat de oponenți în lupta împotriva regimului dictatorial sovietic. Astfel, putem explica faptul că articolele Constituției URSS din 1924 nu stipulau drepturi și libertăți concrete pentru cetățenii sovietici.

Această situație nu era ceva întâmplător. Doar orișice regim dictatorial în procesul de guvernare, de regulă, se bazează pe forță, represii, violențe și numai când îi este convenabil se ghidează și de prescripțiile actelor legislative. Examinând esența dictaturii proletariului, V.I. Lenin scria: „Noțiunea științifică a dictaturii proletariului înseamnă nu altceva decât o putere de stat nelimitată de nimic, de nicio lege, absolut de niciun fel de reguli, putere, care se sprijină nemijlocit pe violență”¹⁴.

Deși principiile de guvernare a statelor, recomandate de către fondatorii concepției „dictaturii proletariului”, erau în contradicție flagrantă cu cele general-umane ale științei dreptului din țările democratice, totuși elita comunistă din RSFSR, iar ulterior și din URSS, le-a promovat timp îndelungat în diverse publicații, îndeosebi în manualele, monografiile și articolele referitoare la teoria statului și dreptului, istoria statului și dreptului, procedura penală etc.; la adoptarea unor acte legislative, normele cărora preconizau atât limitarea drepturilor și libertăților cetățenilor, cât și reprimarea drastică a locuitorilor cu opinii distincte față de cele ale conducerii partidului comunist; la efectuarea multiplelor procese judecătorești arbitrare, bazate pe probe de autocalomniere, obținute de la inculpați prin aplicarea torturii, prin impunerea martorilor să depună declarații false, dar favorabile intereselor organelor represive sovietice etc.

A. Ia. Vășinski, apologetul și promotorul activ al principiilor dictaturii proletariului, scria că în statul proletar orișice acțiune — indiferent că este „legitimă” sau „extraordinară” — are în calitate de sursă dictatura proletariului. El accentua că dacă ar fi altfel, legalitatea revoluționară inevitabil ar fi în contradicție cu dictatura proletariului în calitate de putere ce nu trebuie să fie „limitată de niciun fel de legi, absolut nestrâmtorată de niciun fel de reguli, ca puterea să se bazeze nemijlocit pe violență”¹⁵. Autorul cărții „Legalitatea revoluționară la etapa contemporană” considera în 1933 că „doar filistinii, derutați de scolastica juridică burgheză în condițiile mișcării revoluționare pot să apeleze la legile vechi și să insiste a „coordona” această mișcare cu cutare și cutare paragrafe și articole ale legilor”¹⁶. A. Ia. Vășinski milita ca legile ce nu erau în concordanță cu situația revoluționară să fie „date la o parte”¹⁷, adică să nu fie respectate. Și asemenea cazuri de nerespectare și de violare ale prescripțiilor legislației în vigoare de către organele sovietice represive se ridică la cifra de milioane. A. Ia. Vășinski personal menționa că deschiaburirea urmată de confiscarea de la culaci a mijloacelor de producție și a proprietății, arestarea și deportarea lor de la

14 Ленин В.И. Опере комплете. Вол. 41, р. 432.

15 Вышинский А.Я. Революционная законность на современном этапе. К XVI годовщине Октябрьской революции. Москва: Госиздат „Советское законодательство“, 1933, р. 51–52.

16 Ibidem, p. 57 — 58.

17 Ibidem, p. 58.

locul de trai, inițial nu era stipulată de nicio lege și se efectua fără adoptarea de către instanțele judecătorești a deciziilor respective¹⁸.

Regimul totalitar sovietic, de rând cu diverse acte normative ce limitau drepturile și libertățile cetățenilor, a promulgat și decrete, dispozițiile cărora permiteau structurilor organelor represive să pună în pericol în mod abuziv sănătatea și însăși viața milioanele de oameni.

An de an populația satelor era impusă să predea statului cereale la prețuri mai mici față de sinecostul producerii lor, fapt constatat oficial în decembrie 1927 prin Rezoluția Congresului al XV-lea al PC (b) din toată Uniunea¹⁹.

I. V. Stalin, secretarul general al partidului comunist, în cuvântarea sa la plenara CC al PC (b) din 9 iulie 1928, a recunoscut că țărănimea plătea statului nu numai impozite directe și indirecte, dar mai era impusă, pe de o parte, să cumpere de la stat mărfurile industriale la supraprețuri, iar pe de altă parte i se plătea mai puțin comparativ cu prețurile reale, pentru producția agricolă achiziționată de stat. Această jăcmăneală a țărânimii era prezentată de către dictator în calitate de impozit suplimentar pus de statul dictaturii proletariatului pe spatele populației de la sate în scopul facilitării dezvoltării industriei URSS²⁰.

Conducerea partidului comunist în permanență a promovat nu doar impunerea țăranilor să predea „benevol” grânele, dar și politica rechiziționării forțate a cerealelor de la producători. Scopul urmărit de regimul comunist totalitar, recunoscut și de I. V. Stalin la plenara din aprilie 1929 a CC al PC (b), consta în deposedarea culacilor prin forță de cereale, realmente, în mod similar erau tratați și țăranii mijlocași, pentru ca statul sovietic, în situațiile de criză alimentară, să nu importe grâne din alte țări, păstrând valuta disponibilă pentru necesitățile dezvoltării industriale a URSS²¹.

Lichidarea culăcimii în calitate de pătură socială n-a schimbat atitudinea de jaf a dictaturii comuniste față de țăranii, transformați în colhoznici după 1929. În cuvântarea „Despre munca la sate” I. V. Stalin a supus unei critici vehemente structurile conducerii de partid și de stat care permisese colhozurilor din subordinea lor să-și creeze fondurile cerealiere pentru alimentare, furaj, semințe și de rezervă până la livrarea către stat a volumelor de grâne planificate, obligându-le pe acestea ca în viitor să asigure îndeplinirea de către colhozuri a planurilor de predare a grânelor la stat, iar abia apoi să se îngrijească de sine, adică de necesitățile alimentării țăranilor care crescuseră grânele²². Realizând directivele impuse de conducerea partidului comunist referitor la predarea de către colhozuri a grânelor organizațiilor de colectare prevăzute de planul de stat în condițiile roadelor mici, determinate de seceta mistuitoare din 1932, acest lucru a cauzat insuficiența enormă de cereale în majoritatea

18 Ibidem.

19 Vezi: Крестомацие ла история ПКУС. Вол. 2, р. 91.

20 Vezi: Лацис Отто. Перелом. În: Суровая драма народа. Учёные и публицисты о природе сталинизма. Москва: Политиздат, 1989, р. 94.

21 Аруд: Вышинский А.Я. Указ. соч., р. 50.

22 Vezi: Лацис Отто. Указ. соч., р. 108.

localităților sătești din Ucraina, Kazahstan, Caucazul de Nord, Povolgia Inferioară, RASS Moldovenească și foametea în masă a populației din 1932—1933, în timpul căreia au decedat mai multe milioane de locuitori.

Deosebit de inumane față de viața cetățenilor sovietici, în opinia noastră, au fost dispozițiile Legii din 7 august 1932 „Despre ocrotirea patrimoniului întreprinderilor de stat, asociațiilor cooperatist-colhoznice și consolidarea proprietății obștești (socialiste)“, care, în condițiile foametei menționate mai sus, stabileau pedepse deosebit de drastice — de la 5 la 10 ani și mai mult — de privațiune de libertate și chiar pedeapsa capitală prin împușcare — pentru sustragerea de bunuri materiale din proprietatea de stat sau din cea cooperatist-colhoznică²³.

Documentele istorice și mărturiile supraviețuitorilor demonstrează că în anii foametei de atunci în multiple cazuri sustragerile constituiau cantități mici de cereale luate de locuitorii înfometați pentru salvarea vieților proprii și a membrilor familiilor lor. Chiar și apologetul înveterat al regimului comunist totalitar, A. Ia. Vâșinski constata existența condamnărilor drastice ale oamenilor doar pentru că luaseră cantități mici de spice. Drept exemplu el a prezentat cazurile condamnărilor în Caucazul de Nord la 10 ani de privațiune de libertate a cetățenilor Krivenko de 66 ani și Rudenko de 60 de ani, care au sustras câte 2 kg. de spice. A. Vâșinski a reflectat și un caz (unic, în opinia noastră, în istoria justiției mondiale) de condamnare la 10 ani de privațiune de libertate a unui tânăr, căruia, în baza decretului din 7 august 1932, i s-a incriminat că ar fi tulburat liniștea unui porc ce aparținea colhozului, în timp ce acel tânăr sta de vorbă cu fetele noaptea nu departe de ferma de porcine și ar fi adus astfel prejudicii proprietății gospodăriei colective²⁴.

Un rol deosebit de sinistru în viața populației URSS l-a avut hotărârea din 1 decembrie 1934 „Despre ordinea examinării proceselor referitoare la pregătirea și săvârșirea actelor teroriste“, dispozițiile căreia prevedeau efectuarea anchetei preventive și examinarea judiciară a proceselor menționate în regim excepțional, suprimarea dreptului inculpaților la recurs sau grațiere, executarea operativă a sentințelor de condamnare la moarte, atragerea la răspundere a rudelor și a altor persoane apropiate inculpaților²⁵.

Abordând modalitatea elaborării și adoptării documentului vizat, N. S Hrușciiov în raportul „Cu privire la cultul personalității și a consecințelor lui“, prezentat Congresului al XX-lea al PCUS la 24 februarie 1956, informaseră delegații că în seara zilei de 1 decembrie 1934 la propunerea lui I. V. Stalin, secretarul general al PC (b) din toată Uniunea (fără examinarea și aprobarea de către ceilalți membri ai Biroului

23 Vezi: История государства и права СССР. Часть II, p. 261 — 262; Вышинский А.Я. Указ. соч., p. 83 — 87; Кузнецов И.Н. История государства и права России (Курс лекций). Минск: Амалфея, 1999, p. 295.

24 Vezi: Вышинский А.Я. Указ. соч., p. 102 — 104.

25 Vezi: История государства и права СССР. Часть II, p. 263; Кузнецов И.Н. Указ. Соч., p. 301; Хрущёв Н.С. Доклад на XX съезде КПСС 25 февраля 1956 г. „О культе личности и его последствиях,“. În: Хрестоматия по истории СССР, 1917 — 1945, p. 446.

Politic al PC (b), ci doar prin intermediul chestionării lor a treia zi), proiectul hotărârii a fost semnat doar de către A. S. Enukidze, secretarul Prezidiului Comitetului Executiv Central (în continuare — CEC) al URSS²⁶.

Deși proiectul hotărârii de la 1 decembrie 1934 a fost semnat de către A. S. Enukidze, secretarul Prezidiului CEC al URSS, totuși, potrivit investigațiilor istoricilor ruși V. V. Kudreavțev și L. A. Karlov, documentul a avut un caracter neconstituțional, deoarece n-a fost examinat și aprobat la sesiunea CEC al URSS²⁷. Considerăm justă această opinie, fiindcă în conformitate cu dispoziția art. 22 al Constituției URSS din 1924, în vigoare la acel moment, proiectele de legi obțineau puterea de lege numai după examinarea și aprobarea lor de către ambele camere ale CEC al URSS: Sovietul Uniunii și Sovietul Naționalităților²⁸. În pofida caracterului neconstituțional, hotărârea de la 1 decembrie 1934 i-a servit timp de circa 22 de ani regimului sovietic totalitar în calitate de suport la represarea diabolică a milioane de cetățeni sovietici, a sute de refugiați politici sosiți în URSS din țările lumii, a mii de locuitori din statele lagărului socialist până la abrogarea ei prin decretul Prezidiului Sovietului Suprem al URSS din 19 aprilie 1956²⁹.

Un alt act neconstituțional, dispozițiile căruia au prejudiciat enorm sănătatea a milioane de oameni, a fost directiva CC al PC (b) din toată Uniunea din 1937 ce a permis oficial subdiviziunilor Comisariatului Poporului Afacerilor Interne (în continuare — CPAI) al URSS să aplice uzul de forță, adică tortura, în procesul anchetării „dușmanilor poporului”³⁰. I. V. Stalin, aflând că unii secretari ai comitetelor republicane și regionale ale partidului comunist în timpul verificării activității colaboratorilor subdiviziunilor CPAI calificau utilizarea uzului de forță față de cei anchetați drept acțiuni criminale, în instrucțiunea din 10 ianuarie 1939, expediată structurilor partidului comunist, menționa că uzul de forță era efectuat în conformitate cu dispozițiile directivei CC al PC (b) din 1937 și indica secretarilor comitetelor de partid ca pe viitor să nu intimideze sub niciun fel colaboratorii subdiviziunilor CPAI, deoarece CC al PC (b) considera că uzul de forță trebuia obligatoriu utilizat ca metodă în procesul anchetării „dușmanilor poporului”³¹.

26 Хрущёв Н.С. Указ. соч., р. 446.

27 Vezi: Кудрявцев В.В., Карлова Л.А. Общественная жизнь в СССР во второй половине 1920-х — 1930-х гг. În: Хрестоматия по истории СССР, 1917 — 1945, р. 466.

28 Vezi: Советские конституции. Справочник / Под. общ. ред. чл. корр. АН СССР П.С. Ромашкина. Москва: Госполитиздат, 1963, р. 192.

29 Vezi: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 19 февраля 1956 г. „Об отмене Постановления Президиума ЦИК СССР от 1 декабря 1934 г. „О порядке ведения дел о подготовке или совершении террористических актов”, În: Сборник законов СССР и указов Президиума Верховного Совета СССР. В 2-х томах. Том 2. 1938—1967. Москва: Изд-во „Известия Советов депутатов трудящихся СССР“, 1968, р. 572.

30 Vezi: Известия ЦК КПСС. 1989, nr. 3, р. 145; Иванов Владислав. „В соответствии с указанием ЦК ВКП (б)...”, În: Российская газета, 1996, 19 aprilie, р. 31; Смыкалин А.С. Гулаг как важный фактор экономического развития СССР в 30-е годы. În: Государство и право, 2007, nr. 1, р. 98.

31 Ibidem.

Represiunile de masă au fost efectuate de către regimul sovietic dictatorial atât prin intermediul instituțiilor judecătorești oficiale, cât și pe scară deosebit de largă de către cele extrajudiciare, neprevăzute de dispozițiile constituțiilor URSS, inclusiv: Consiliul excepțional (compus din 3 demnitari — Comisarul poporului pentru afacerile interne, Adjunctul comisarului și Șeful direcției principale a miliției), intrat în istorie și sub denumirea de „troika specială“, subdiviziunile căruia activau la nivel unional, republican și regional; Comisia specială — alcătuită din Comisarul Poporului Afacerilor Interne al URSS și Procurorul URSS, denumită în popor „dvoika“³².

Până în prezent nu există informații sigure privitoare la numărul total al celor reperați în anii regimului sovietic totalitar. Potrivit estimărilor istoricului D. A. Volkogonov, doar în anii 1937 — 1938 au fost reperați 4,5 — 5 milioane de oameni, dintre care circa un milion au fost condamnați la moarte. R. A. Medvedev considera că în perioada menționată fuseseră reperați 5 — 7 milioane de oameni. I. Bestujev-Lada scria că în 1953, când a decedat I. V. Stalin, în lagărele de concentrare se aflau mai mult de 12 milioane de persoane, exceptând alte milioane care deja își ispășiseră pedeapsa sau decedaseră³³. O. Șatunovski, membră a comisiei create de Prezidiul CC al PCUS în 1960 pentru investigarea materialelor cazului omorării lui S. M. Kirov, fost membru al Biroului Politic al PC (b), și a celorlalte procese judiciare politice din anii '30 ai secolului XX, afirma că de la 1 ianuarie 1935 până la 22 iunie 1941 în URSS fuseseră arestați 19 milioane 840 mii de „dușmani ai poporului“, dintre care circa 7 milioane au fost împușcați, iar restul decedaseră în lagărele de detenție³⁴. M. S. Gorbaciov, secretarul general al PCUS, de asemenea scria că 19 milioane de oameni fuseseră victime ale lagărelor de detenție în URSS³⁵. Potrivit informațiilor publicate de A. N. Șciukin, din cauza terorii de masă efectuate în anii de guvernare a lui I. V. Stalin, în URSS și-au pierdut viața mai mult de 30 de milioane de oameni nevinovați³⁶.

În realitate milioanele de reperați nu erau dușmani ai poporului, ci doar persoane care, prin gândirea și activitatea lor, nu manifestau o supunere oarbă față de politica conducerii partidului comunist. Chiar și mulți dintre acei ce au susținut activ instaurarea puterii sovietice în Rusia, au apărut-o în anii războiului civil din 1918 — 1920, iar ulterior au depus toate eforturile la edificarea regimului comunist totalitar, au fost supuși unor represalii crunte. Astfel, dintre cei 22 de membri ai Consiliului Militar Revoluționar al Rusiei Sovietice, care au condus operațiunile de apărare a dictaturii proletariatului, 14 membri în anii '30 ai sec. al XX-lea au fost declarați „dușmani ai poporului“ și condamnați la moarte, inclusiv asemenea comandanți distinși ai Armatei Roșii ca: I. I. Vațetis, V. K. Bliuher, A. I. Egorov, A. I. Kork, M. N. Tuhacevski, I. P. Ubovici, I. F. Fedko, I. E. Iakir ș. a.³⁷.

32 Vezi: Кузнецов И.Н. Указ. соч., p. 300 — 301.

33 Vezi: Суровая драма народа ..., p. 280, 298.

34 Vezi: Шатуновская О. Фальсификация. În: Аргументы и факты, 1990, nr. 22, p. 6 — 7.

35 Gorbaciov M. Memorii / Traducere de Radu Pontbriant. București: Nemira, 1994, p. 283.

36 Vezi: Шукин А.Н. Самые знаменитые люди России. Том II (Н — Я). Москва: Вече, 2001, p. 241—242.

37 Vezi: Волобуев Олег, Кулешов Сергей. История по сталински. În: Суровая драма народа.

Au fost repressați și mulți membri ai organelor supreme de conducere ale partidului comunist (bolșevic). Istoricii O. Volobuiev și S. Kuleșov menționează că din cei 21 de membri ai CC al partidului bolșevic constituit în 1917, mai târziu 11 fuseseră declarați „dușmani ai poporului“ și repressați³⁸. Potrivit datelor comunicate delegaților celui de al XX-lea Congres al PCUS din 1956 de către N. S. Hrușciiov, prim-secretar al PCUS, în raportul „Despre cultul personalității și consecințele lui“, din numărul total de 1966 de delegați la Congresul al XVII-lea al PC(b) din 1934 au fost arestați și învinuiți în activități contrarevoluționare — 1108 persoane, ceea ce constituia mai mult de 56% din numărul total al delegaților³⁹. Potrivit informațiilor furnizate jurnalistului Vladislav Ivanov de către Boris Bajenov, unul dintre foștii secretari ai lui I. V. Stalin, toți cei 1108 delegați arestați au fost declarați „dușmani ai poporului“ și împușcați⁴⁰.

N. S. Hrușciiov în raportul menționat a constatat și faptul că din 139 de membri și candidați în membri ai CC al PC (b), aleși la Congresul al XVII-lea, au fost arestați și împușcați 98 de oameni, adică 70%⁴¹. La rândul său, O. Șatunovski, fostă membru al Comitetului controlului de partid de pe lângă CC al PCUS în anii '60 ai secolului al XX-lea, în materialele transmise în 1990 redacției hebdomadarului „Argumenti i facti“ informa cititorii că dintre cei 63 de membri ai Comisiei de numărare a voturilor delegaților la Congresul al XVII-lea pentru alegerea membrilor CC al PC (b), 60 au fost împușcați, pentru ca populația să nu afle că 292 de delegați au votat împotriva alegerii lui I. V. Stalin în calitate de membru în CC al PC (b) din toată Uniunea⁴². Prin urmare, nu întâmplător Congresul al XVII-lea al PC (b) este caracterizat de unii istorici drept Congres al celor repressați și împușcați.

N-au evitat represuniile drastice nici unii dintre autorii care au elaborat actele legislative sovietice. Bunăoară, din cei 30 de membri ai comisiei ce au elaborat proiectul Constituției URSS din 1936 (numită cu mult aplomb de către academicianul A. Ia. Vâșinski și de alți adepți ai dictatorului — Constituție Stalinistă) — 16 au fost împușcați în anii 1937—1940⁴³, adică mai mult de jumătate din numărul total al membrilor Comisiei Constituționale (53,3%).

Deși și în restul statelor lumii în secolul XX au existat multiple violări ale drepturilor și libertăților oamenilor, totuși represuniile efectuate de regimul sovietic totalitar atinseseră proporții mult mai mari comparativ cu cele din oricare stat civilizată din perioada respectivă. Monstruozitatea lor s-a manifestat prin aceea că, de rând cu

Учёные и публицисты о природе сталинизма. Москва: Политиздат, 1989, p. 323.

38 Ibidem.

39 Хрущёв Н.С. Указ. соч., p. 445.

40 Vezi: Иванов Владислав. Капкан для партийных соратников. În: Российская газета, 1995, 22 апреля, p. 15.

41 Хрущев Н. С. Указ соч., p. 445.

42 Vezi: Шатуновская О. Указ соч., p. 6.

43 Vezi: Зотов Виктор. Национальный вопрос: деформации прошлого. În: Суровая драма народа..., p. 268.

adversarii puterii sovietice, erau repressați și de multe ori lichidați fizic milioane de oameni nevinovați. Dramatismul și paradoxul evenimentelor s-a reflectat îndeosebi prin faptul că au fost repressați și împușcați de către organele represive ale URSS sute de mii de militanți devotați ai puterii sovietice. Despre aceasta ne convingem examinând doar câteva din multiplele cazuri de condamnare la moarte a unor așa-zisi „dușmani ai poporului“:

N. I. Buharin (1888—1938), membru al AȘ a URSS din 1928, membru al CC al PC(b) în 1917—1934, membru al Biroului Politic al CC al PC (b) în 1924—1929, membru al CEC din Rusia și membru al CEC din URSS, redactor al ziarului „Pravda“ în 1918—1929, redactor al ziarului „Izvestia“ în 1934—1938, membru al Comisiei Constituționale și unul dintre autorii principali ai proiectului Constituției URSS din 1936. A fost judecat ca „dușman al poporului“ și împușcat în 1938. Ulterior a fost reabilitat post-mortem⁴⁴.

A. N. Larina în baza dispozițiilor decretului din 1 decembrie 1934, examinat anterior în studiul nostru, pentru că era soția lui N. I. Buharin, a fost repressată și a suportat timp de 18 ani umilințele și atrocitățile din 5 lagăre de detenție⁴⁵.

G. E. Zinoviev (1883—1936). La Congresul VI al PMSD din Rusia din vara anului 1917, a fost ales membru al CC al partidului. Din 1921 până în 1926 a fost membru în Biroul Politic al CC al PC (b) din Rusia, prezentând rapoartele de dare de seamă ale CC al PC (b) la congresele XII (1923) și XIII (1924). Pentru expunerea unor viziuni și concepții proprii ce se deosebeau de cele ale lui I. V. Stalin privitor la dezvoltarea social-politică a URSS, a fost exclus din partidul comunist. În 1934 a fost arestat și condamnat la 10 ani de detenție prin procesul plăsmuit de securitatea sovietică a așa-numitului „Centru moscovit“, iar în 1936, după ce a fost impus să se autocalomnieze, „recunoscând“ că ar fi „trădat cauza socialismului“, a fost condamnat la moarte de Judecătoria Supremă a URSS în cadrul procesului asupra membrilor așa-numitului „Centru antisovietic unit troțkist- zinovievist“⁴⁶. Sentința a fost pronunțată la 24 august 1936, iar a doua zi, la 25 august 1936, G. E. Zinoviev a fost împușcat împreună cu ceilalți 15 condamnați.⁴⁷ A fost reabilitat în 1988⁴⁸.

L. B. Kamenev (1883—1936). La Congresul VI al PMSDR a fost ales membru al CC al partidului. În 1918—1926 a fost președinte al Sovietului de deputați al muncitorilor și soldaților din Moscova, iar în 1923—1926 a exercitat și funcția de adjunct al președintelui CCP al URSS. La propunerea lui L. B. Kamenev, în aprilie 1922, I. V. Stalin a fost ales în calitate de Secretar general al PC (b) din Rusia. În

44 Vezi: Шукин А. Н. Самые знаменитые люди России. Т. 1. (А-М). Москва: Вече, 2001, р. 147-149; Малая энциклопедия персоналий: 2000 великих людей/ Сост. А.К. Золотко, С.А. Кондратюк. Москва: ООО «Изд-во АСТ» ; Харьков: «Торсинг», 2001, р. 68-69.

45 Vezi: Шукин А.Н. Указ. соч., р. 149.

46 Ibidem, р. 349-350.

47 Vezi: Вышинский А.Я. Судебные речи. 4-е изд. Москва: Госуд. Изд-во «Юрид. Лит.», 1955, р. 423-424.

48 Vezi: Шукин А. Н. Указ. соч., р. 350.

1922—1925 împreună cu G. E. Zinoviev și I. V. Stalin erau considerați conducătorii principali ai PC (b). La Congresul XIV al PC (b) din decembrie 1925, L. B. Kamenev a criticat deschis activitatea lui I. V. Stalin. În consecință a fost demis din componența Biroului Politic al CC al PC (b), iar în 1927 a fost exclus din rândurile partidului comunist. În 1934 a fost arestat și judecat la 15 ani de detenție, fiind învinuit că ar fi făcut parte din așa-numitul „Centru moscovit“. Termenul de detenție a fost majorat cu 10 ani în 1935, iar în 1936, după ce a fost impus să se autocalomnieze, „recunoscând“ că ar fi fost implicat în comiterea unor acte de terorism, sabotaj și spionaj, a fost condamnat la moarte de Judecătoria Supremă a URSS în cadrul procesului asupra membrilor așa-numitului „Centru antisovietic unit troțkist- zinovievist“⁴⁹. Sentința a fost pronunțată la 24 august 1936, iar a doua zi, la 25 august 1936, L. B. Kamenev a fost împușcat la fel ca și ceilalți 15 „dușmani ai poporului“⁵⁰. A fost reabilitat în 1988. De asemenea au fost represate și toate rudele lui L. B. Kamenev⁵¹.

L. D. Troțki (1879—1940). Membru al CC al PMSDR, unul dintre organizatorii importanți ai loviturii de stat din 25 octombrie (7 noiembrie) 1917. În 1918—1925 a fost președinte al Consiliului revoluționar militar al RSFS Ruse și ulterior al URSS, participând activ la crearea Armatei Roșii. Prin concepțiile și activitatea politică era adversarul principal al lui I. V. Stalin în lupta pentru putere în cadrul PC (b) și al URSS. La Conferința a XIII a PC (b) din ianuarie 1924 activitatea lui și a adepților săi a fost caracterizată și condamnată ca „deviere mic-burgheză în partid“. La Congresul al XV al PC(b) din decembrie 1927 Troțki a fost exclus din partidul comunist și expulzat în ianuarie 1928 în or. Alma-Ata din RASS Kazahă, iar în 1929 — peste hotarele URSS. Din ordinul lui I. V. Stalin a fost asasinat în 1940 în Mexica de către comunistul spaniol Ramon Mercader, căruia pentru „îndeplinirea cu succes“ a misiunii date i s-a conferit titlul de Erou al Uniunii Sovietice⁵².

A. I. Râkov (1881—1938). Membru al CC al PC (b). Din 1923 până în 1930 — președinte al CCP al URSS. În baza unor plâsmuiri nefondate a fost învinuit de participare în activitatea așa-numitului „Bloc troțkist de dreapta“, inexistent în realitate, fiind condamnat de Judecătoria Supremă a URSS împreună cu alți 17 inculpați la pedeapsa capitală prin împușcare. Sentința a fost pronunțată la 13 martie 1938 și executată la 15 martie a aceluiași an⁵³. A fost reabilitat de Judecătoria Supremă a URSS în 1988.

A. S. Enukidze (1877—1937). Membru al PMSD din Rusia din 1898. Din octombrie 1918 — membru și secretar al Prezidiului CEC din RSFS Rusă, iar din decembrie 1922 până în 1935 — membru și secretar al Prezidiului CEC al URSS. A fost delegat la congresele VI, VIII, IX, XVII ale partidului comunist. La congresul XVII al PC (b) a fost ales membru al CC al partidului comunist. A fost decorat cu

49 Ibidem, p. 380-381.

50 Vezi: Вышинский А.Я. Указ. соч., p. 423-424.

51 Vezi: Щукин А.Н. Указ. соч., p. 381.

52 Vezi: Щукин А.Н. Указ. соч., Т. II (Н-Я). Москва: Вече, 2001, p. 294-296.

53 Vezi: Вышинский А.Я. Указ. соч., p. 489-563.

ordinele *Lenin și Drapelul Roșu de Muncă*. La 1 decembrie 1934 în calitate de secretar al CEC al URSS a semnat proiectul hotărârii propus de I. V. Stalin „Despre ordinea examinării proceselor referitoare la pregătirea și săvârșirea actelor teroriste“, în baza căruia, după cum am menționat anterior, au fost reperați sute de mii de așa-numiți „dușmani ai poporului“. A fost împușcat în 1937, la fel ca și alți 15 membri din cei 30 ai Comisiei ce au elaborat proiectul Constituției URSS, adoptat în 1936⁵⁴. A fost reabilitat post-mortem.

V. C. Bliuher (1890—1938). Membru al partidului comunist din 1916. Militar sovietic și activist al PC (b). A fost unul dintre cei mai talentați comandanți ai Armatei Roșii în anii războiului civil (1918—1920). În anii 1921—1922 a exercitat funcția de ministru al apărării al Republicii Populare din Extremul Orient al Rusiei, iar în 1929—1938 — cea de comandant al Armatei speciale din Extremul Orient al URSS. La Congresul al XVII-lea al PC (b) din 1934 a fost ales candidat în membri ai CC al PC (b). A fost membru al CEC din Rusia în 1921—1924 și membru al CEC al URSS în 1930—1938. La 12 decembrie 1937 a fost ales deputat în Sovietul Suprem al URSS⁵⁵. Constituția URSS din 1936, la fel ca și altor cetățeni sovietici, prin art. 127 oficial și juridic îi garanta mareșalului URSS inviolabilitatea persoanei, întrucât dispoziția articolului stipula: „Nimeni nu poate fi arestat decât în baza unei hotărâri judecătorești sau cu autorizația procurorului“⁵⁶. Art. 128 garanta de asemenea inviolabilitatea domiciliului și secretul corespondenței cetățenilor, inclusiv a lui V. C. Bliuher⁵⁷. Suplimentar, el, în calitate de deputat al Sovietului Suprem al URSS, în conformitate cu art. 52, dispunea de imunitate parlamentară, deoarece nu putea fi „tras la răspundere judecătorească sau arestat fără încuviințarea Sovietului Suprem al URSS, iar în perioada dintre sesiunile Sovietului Suprem al URSS — fără încuviințarea Prezidiului Sovietului Suprem al URSS“⁵⁸.

De facto, ca și în alte milioane de cazuri, normele constituționale menționate în perioada de guvernare a regimului sovietic totalitar, îndeosebi în anii aflării la putere a dictatorului I. V. Stalin, nu erau respectate de organele represive ale URSS. Potrivit mărturiilor publicate de către Glafira Bliuher, soția mareșalului, V. C. Bliuher a fost arestat în mod brutal la 27 octombrie 1938, fără respectarea rigorilor constituționale și a demnității eroului războiului civil și a celei de deputat al Sovietului Suprem al URSS. În timpul anchetei penale, fiind supus unor torturi și schingiuri bestiale (i-a fost scos chiar și un ochi), a încetat din viață ca un martir la 9 noiembrie 1938, fără a oferi anchetatorilor declarații de autoacuzare sau de calomniere a camarazilor săi⁵⁹.

54 Vezi: БСЭ. 3-е изд. Т. 9. Москва: Советская энциклопедия, 1972, p. 87-88; Зотов Виктор. Указ. соч., p. 268.

55 Vezi: БСЭ. 3-е изд. Т. 3. Москва: Советская энциклопедия, 1970, p. 434-435.

56 Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик 1936 г. Москва: Изд-во « Известия Советов депутатов трудящихся СССР», 1974, p. 28.

57 Ibidem.

58 Ibidem, p. 13.

59 Vezi: Блюхер Глафира. С Василием Константиновичем Блюхером- шесть лет. În: Во-

La fel ca și în cazurile de represare ale altor milioane de persoane, declarate fără temei „dușmani ai poporului“, au fost arestați și condamnați la ani grei de privațiune de libertate, Glafira Bliuher și fratele mareșalului — Pavel Constantinovici Bliuher⁶⁰.

Documentele publicate și materialele de arhiva demonstrează că erau lichidați fizic nu doar acei care prin autoritatea lor prezentau un oarecare pericol pentru regimul dictatorial al I.V. Stalin, cum au fost cazurile unor asemenea lideri ai PC (b) ca S. M. Kirov,⁶¹ G. E. Zinoviev, L. V. Kamenev, N. I. Buharin, A. I. Râkov, L. D. Troțki etc. și susținătorii acestora, dar și toți acei cetățeni care aveau sau au putut eventual avea viziuni nițel diferite vis-à-vis de cele ale conducerii partidului comunist. De asemenea au fost represați și condamnați la ani grei de privațiune de libertate (în mediu până la 20 de ani) și milioane de locuitori care nu manifestaseră devotament excesiv față de politica conducerii PC (b). Mulți dintre aceștia, din cauza condițiilor precare de viață în lagărele de detenție, a alimentării insuficiente, necalorice, a subnutriției și a muncilor istovitoare la care erau impuși, au decedat până la expirarea termenilor la care au fost condamnați.

A. S. Smâkalin, doctor în științe juridice (dr. hab. în drept) scrie că prin utilizarea muncii ieftine, practic neremunerate a deținuților în anii dictaturii lui I. V. Stalin, în URSS au fost construite mii de obiective industriale, canale, căi ferate, șosele etc. Savantul rus menționează că pentru eficientizarea exploatării muncii deținuților în cadrul CPAI al URSS fuseseră constituită o structură specială de conducere ГУЛАГ (Главное управление лагерями — Direcția principală a lagărelor), care la începutul anului 1940 dirija activitatea a 3 lagăre, 425 de colonii de corecție prin muncă și 50 de colonii pentru minori, unde erau deținuți 1.659.992 de oameni (majoritatea absolută fiind nevinovați, deoarece realmente nu comiseseră nicio crimă), prin munca gratuită a cărora statul sovietic obținea un venit anual de circa 2.659 de milioane de ruble⁶².

Represiunile regimului sovietic totalitar în anii de guvernare ale lui I. V Stalin n-au ocolit nici pe membrii multor popoare neruse incluse cu forța în cadrul URSS. În pofida faptului că oficial, în dependență de numărul populației și de suprafața teritoriului locuit, popoarelor subjugate în trecut de țarismul rus în aspect constituțional li s-au acordat statute juridice de republici unionale, de republici autonome, de regiuni autonome, districte naționale, totuși neoficial, pe diverse căi, a fost revigorat, începând cu anii '30 ai secolului XX, procesul de deznaționalizare și de rusificare a băștinașilor — pe de o parte, și de persecutare a cadrelor de conducere de origine

енно- исторический журнал, 1990, №1, p. 79-83.

60 Ibidem, p. 83.

61 Potrivit informațiilor din raportul lui N. S. Hrușciiov la Congresul al XX-lea din 1956, uciderea lui S.M. Kirov la 1 decembrie 1934 a fost organizată la comanda lui I.V. Stalin. — Vezi: Хрущев Н. С. Указ соч., p. 446.

62 Vezi: Смыкалин А.С. ГУЛАГ как важный фактор экономического развития СССР в 30-е годы. În: Государство и право, 2007, №1, p. 92-102.

autohtonă din instituțiile de partid și din organele de stat, care, prin activitatea lor, promovau activ necesitatea renașterii conștiinței naționale și a dezvoltării culturii etnice — pe de altă parte.

Promovarea ideilor renașterii naționale de către membrii etniilor autohtone erau calificate drept activități naționaliste, antisovietice. Procurorul URSS A. Ia. Vășinski în rechizitoriul pronunțat în 1938 la procesul împotriva membrilor așa-numitului „Bloc troțkist de dreapta“ în baza depozițiilor de autoacuzare a celor arestați și de calomniere a altor persoane, obținute de la inculpați prin intermediul uzului de forță, i-a învinuit nefondat pe G. F. Grinko, C. G. Rakovski (din RSS Ucraineană), V. F. Șarangovici (RSS Bielorusă) A. Ikramov (RSS Uzbekă), F. Hodjaev (RSS Uzbekă) și pe alți demnitari de stat și de partid în subminarea sub conducerea lui N. I. Buharin și a lui L. D. Troțki, a puterii sovietice și de tendință de dezmembrare a URSS, prezentându-i, fără careva probe concludente, drept „dușmani ai poporului“⁶³. De asemenea G.F. Grinko, V. F. Șarangovici, A. Ikramov și F. Hodjaev au fost învinuiți de naționalism, de susținere a mișcărilor naționaliste ale „borotbiștilor“ (luptătorilor) pentru libertate din Ucraina și Belorusia, ale adeptilor organizațiilor „*Milli Istikleal*“ și „*Milli Ittihad*“ din Asia Mijlocie și etichetați ca „trădători“ ai puterii sovietice⁶⁴.

Un asemenea proces extraordinar de important în aspect politic și juridic, în cadrul căruia urma să fie decisă soarta a zeci de oameni, realmente nevinovați, a fost examinat de Judecătoria Supremă a URSS, în conformitate cu dispozițiile hotărârii neconstituționale a CEC al URSS din 1 decembrie 1934 doar preț de 11 zile (de la 2 până la 13 martie 1938). La 13 martie 1938 Judecătoria Supremă a URSS prin hotărârea adoptată i-a condamnat la moarte prin împușcare pe G. F. Grinko, V. F. Șarangovici, A. Ikramov și F. Hodjaev, iar pe C. G. Rakovski la privațiune de libertate pe 20 ani. Cei condamnați la moarte au fost împușcați la 15 martie 1938⁶⁵. Ulterior au fost reabilitați post-mortem.

Au fost reperași și alți demnitari de stat și activiști de partid din republicile URSS. Pentru a evita torturile la care putea fi supus de către măcelarii organelor de anchetă ale CPAI a URSS, deoarece era învinuit în susținerea mișcării naționaliste din Ucraina, a fost nevoit să se sinucidă în 1933 N. A. Skrâpnik, personalitate marcantă, cu funcții importante în organele de conducere ale RSS Ucrainene și ale URSS, inclusiv: președinte al CCP din RSS Ucraineană din 1918, membru al CEC al URSS din 1922, iar din 1927 — președinte al Sovietului Naționalităților al CEC al URSS, savant notoriu (academician al AȘ din RSS Bielorusă din 1928, academician al AȘ din RSS Ucraineană din 1929)⁶⁶.

În 1939 a fost represat V. Ia. Ciubari (1891—1939), care exercitaseră funcții importante de stat și de partid în conducerea Ucrainei și a URSS: membru al Biro-

63 Vezi: Вышинский А.Я. Указ. соч., p. 485-489, 522-536.

64 Ibidem, p. 534-535.

65 Ibidem, p. 489, 562-563.

66 Vezi: БСЭ. 3-е изд. Т. 23. Москва: Изд-во „Советская энциклопедия“, 1975, p.530; Зотов Виктор. Указ. соч., p. 266.

ului Politic al CC al PC (b) U, președinte al CCP al URSS în 1934—1938, membru al comisiei de elaborare a proiectului Constituției URSS, aprobat în 1936, deputat în Sovietul Suprem din decembrie 1937. A fost condamnat nefondat la moarte și împușcat la 26 februarie 1939.

Regimul sovietic totalitar a încălcat nu doar drepturile și libertățile membrilor unor pături sociale sau ale unor grupuri numeroase de locuitori, etichetați ca „dușmani ai poporului”, dar chiar în ansamblu și pe membrii unor grupuri naționale și etnii distincte. În 1937 au fost în mod forțat deposedați de casele și gospodăriile auxiliare și deportați în Kazahstan și în Asia Mijlocie toți coreenii din Extremul Orient al URSS și kurzii din Transcaucazia. Prin decretul Prezidiului Sovietului Suprem al URSS din 28 august 1941⁶⁷, în baza unor invective nefondate privitor la așa-numita colaborare a nemților care locuiau în URSS cu structurile de spionaj ale Germaniei fasciste, 1.208.227 de nemți din Povolgia și din alte zone ale părții europene a URSS au fost impuși să se strămute în regiunile de la est de Ural⁶⁸, iar prin decretul Prezidiului Sovietului Suprem al URSS din 7 septembrie 1941 a fost lichidată și statalitatea națională a acestora — RASS a nemților din Povolgia⁶⁹.

La fel, din cauza invectivelor nefondate vis-à-vis de colaborarea cu armatele germane în timpul luptelor din anii celui de al Doilea Război Mondial, au fost deportați la sfârșitul anului 1943-începutul anului 1944 în Siberia, Kazahstan și Asia Mijlocie membrii unor asemenea etnii autohtone din Caucazul de Nord, ca balkarii, kalmâcii, ingușii, cecenii, iar în 1945 tătarii și membrii unor grupuri naționale din Crimeea. Ei au fost transportați la locurile predestinate exilului sub escorta unităților speciale ale CPAI al URSS în vagoane de marfă, neadaptate pentru necesitățile elementare de viață. Din cauza supraaglomerării deportaților în vagoane, a insuficienței de hrană și apă, a condițiilor antisănătore în care au fost impuși să călătorească pe parcursul a mai multor zile, un număr impunător neidentificat până în prezent, a decedat în drum, neajungând la locurile de destinație. Cei rămași în viață au fost nevoiți să trăiască în surghiun, impuși să lucreze la munci deosebit de grele, sub supravegherea bestială a structurilor CPAI al URSS, fără a fi asigurați barem cu alimentarea necesară, recomandată de normele stabilite de știința medicală⁷⁰. La 1 octombrie 1945 în regiunile de la est de Ural, în localitățile administrate de Secția localităților speciale ale CPAI al URSS se aflau 2.230.500 de persoane strămutate special, inclusiv 687.300 de nemți — cetățeni sovietici, 606.800 de foști culaci, 405.900 de ceceni și inguși, 195.200 de

67 Vezi: Сборник законов и указов Президиума Верховного Совета СССР. 1938-1967. В 2 томах. Том I. Москва: Издательство „Известия советов депутатов трудящихся СССР», 1968, p. 164.

68 Vezi: Белковец Л.П. Правовые аспекты национальной политики СССР в годы Великой Отечественной войны и в первое послевоенное десятилетие. În: Государство и право, 2006, №5, p. 106; Кузнецов И.Н. Указ. соч., p. 488.

69 Сборник законов и указов Президиума Верховного Совета СССР 1938-1967. Том I, p. 164.

70 Vezi: Смыкалин А.С. Указ. соч., p.99-101.

tătari, greci și bulgari din Crimeea, 88.000 de hemșili, turci și kurzi, 80.300 de kalmâci, 60.100 de karaciai, 33.100 de balkari ⁷¹.

După Congresul al XX-lea al PCUS din 1956, în ședințele căruia au fost scoase în vileag o parte însemnată a fărâdelegilor comise de organele sovietice represive în anii de guvernare a dictatorului I. V. Stalin, a fost demonstrată și nelegitimitatea deportării popoarelor din Caucazul de Nord, Povolgia și Crimeea. Prin decretul Prezidiului Sovietului Suprem al URSS din 9 ianuarie 1957 au fost reabilitați cecenii, ingușii, balkarii, kalmâcii, karaceaii și au fost restabilite autonomiile lor național-teritoriale.

În pofida faptului că prin decretul Prezidiului Sovietului Suprem al URSS din 29 august 1964 și din 5 septembrie 1967 s-a constatat de asemenea nelegitimitatea decretelor de deportare a nemților din Povolgia din 28 august 1941 și a tătarilor din Crimeea din 1945, totuși nici nemților nu li s-a permis să revină la casele și gospodăriile lor din Povolgia, și nici tătarilor nu li s-a permis reîntoarcerea la baștina istorico-etnică din Crimeea⁷².

Represiunile și deportările efectuate de regimul sovietic totalitar nu i-a ocolit nici pe românii moldoveni din teritoriile istorico-etnice de la est de Prut. În conformitate cu datele publicate de Comisia pentru studierea și aprecierea regimului comunist totalitar din Republica Moldova, în perioada de la 10 august 1937 — noiembrie 1938 instituția judecătorească neconstituțională, în cadrul examinării a 105 procese, a condamnat în RASS Moldovenească 4.762 de persoane, inclusiv 3.497 de oameni la moarte prin împușcare, iar 1.252 au fost condamnați la 5, 8 și respectiv 10 ani de detenție în așa-zisele „lagăre de corecție”⁷³. Printre cei condamnați la moarte au fost demnitari de stat, activiști de vază ai PC (b), reprezentanți ai intelectualității din RASS Moldovenească, inclusiv I. Badeev, M. Baluh, A. Rihman, H. Bogopolski, N. Cabac, P. Chior, A. Dâmbul, K. Galițki, N. Golub, Gr. Starâi, A. Stroeve, S. Săteanu etc.⁷⁴. Doctorul în istorie Elena Negru constată faptul că în perioada menționată „represiunile împotriva dușmanilor poporului” s-au soldat cu lichidarea aproape în totalitate a conducerii de partid de rang raional și central din RASSM. Către toamna anului 1937 toți cei 14 președinți ai comitetelor raionale erau arestați, iar din cei 9 membri ai biroului comitetului moldovenesc regional al PC (b) din Ucraina, doar unul își mai exercita funcția⁷⁵.

71 Vezi: Баев Р.Р. Отдел спецпоселений НКВД/МВД СССР (1941-1959 гг.). История и правовое положение. În: Закон и право, 2007, №1, p. 119; Сабанчиев Х. М. А. Правовое положение и социальный статус балкарцев на спецпоселении. În: Государство и право, 2005, №12, p. 89-96.

72 Сборник законов и указов Президиума Верховного Совета СССР. 1938-1967. Том I, p. 164-167.

73 Moldovenii sub teroarea bolșevică: Sinteze elaborate în baza materialelor Comisiei pentru studierea și aprecierea regimului comunist totalitar din Republica Moldova. Chișinău: Serebia, 2010, p. 13.

74 Ibidem, p. 17.

75 Negru Elena. Politica etnoculturală în RASS Moldovenească (1924-1940). Chișinău: Prut internațional, 2003, p. 124.

După anexarea Basarabiei și Bucovinei de Nord de către URSS la 28 iunie 1940, represuniile s-au extins și asupra populației din teritoriile răpite de sovietici de la România. Potrivit investigațiilor istoricului Elena Șișcanu, din 28 iunie până în 4 iulie 1940, chiar din primele zile ale ocupării Basarabiei și Bucovinei de Nord, numai în județele Cernăuți, Bălți, Chișinău și Cetatea Albă fuseseră arestați 1.122 de oameni, sub pretextul că până la anexare, în cadrul României, exercitaseră funcții de polițiști, de ofițeri ai armatei, de agenți ai siguranței ⁷⁶, adică activități specifice și necesare organizării de stat a oricărei țări din lume. Prim urmare, arestările menționate erau acțiuni nelegitime ce contraveneau principiilor jurisprudenței, deoarece persoanele respective fuseseră represate pentru activitățile exercitate în cadrul României și nu comiseseră acțiuni sancționate de dispozițiile Codului penal al RSS Ucrainene din 1927, normele căruia au fost în vigoare pe teritoriul RASSM, iar ulterior și pe întreg teritoriul RSSM până în 1961, când a fost adoptat Codul penal al RSSM.

În noaptea de 12 spre 13 iunie 1941, prin încălcarea flagrantă a dispozițiilor art. 127 și 128 ale Constituției URSS din 1936 și ale art. 100 și 101 ale Constituției RSS Moldovenești din 1941, care garantau inviolabilitatea domiciliului acestora, fără adoptarea unor hotărâri ale instituțiilor judecătorești constituționale, cum era prevăzut de art. 127 al Constituției URSS din 1936 și art. 100 al Constituției RSS Moldovenești din 1941, au fost arestate în Basarabia și în Bucovina de Nord 5.479 de persoane, escortate în lagărele de detenție, iar 24.360 de persoane au fost deportate forțat în regiunile din Siberia, Kazahstan, Ural și Asia Mijlocie, în vagoane de marfă, neadaptate condițiilor elementare de viață. Abia după sosirea în localitățile destinate deportării, locuitorii Basarabiei și ai Bucovinei de Nord au fost judecați de către „troicile speciale“, adică de instanțe neconstituționale⁷⁷.

Cetățenii din RSS Moldovenească au fost supuși unui nou val de deportări, de astă dată și mai masiv, de către organele sovietice represive în noaptea de 5 spre 6 iulie 1949. Atunci, în baza deciziilor instanțelor administrative, fără adoptarea hotărârilor respective de către instanțele judecătorești oficiale, după cum prevedeau normele constituționale menționate anterior, au fost deposedați de casele și gospodăriile proprii și strămutați forțat în regiunile de la est de Ural 35.786 de oameni, dintre care 9.864 de bărbați, 14.033 de femei și 11.889 de copii⁷⁸.

Cu toate că populația URSS era terorizată excesiv din cauza represiunilor drastice, totuși în anii '30 ai sec. XX au existat personalități care au avut curajul să scoată în evidență abuzurile și fărâdelegile regimului sovietic totalitar. Astfel, fostul candidat în membri ai CC al PC (b) din toată Uniunea M. N. Riutin în adresarea-manifest „Către toți membrii PC (b) din toată Uniunea“ din iunie 1932, caracterizând regimul politic al dictatorului I. V. Stalin, constata: „Asupra țării întregi a fost pusă o botniță enormă, unde lipsa de drepturi, arbitrarul și violența sunt pericolele care atârnă permanent

76 Șișcanu Elena. Regimul totalitar bolșevic în RASS Moldovenească (1940-1952). Chișinău: Civitas, 1997, p. 58.

77 Moldovenii sub teroarea bolșevică..., p. 40-41; Șișcanu Elena. Op. cit., p. 61-62.

78 Moldovenii sub teroarea bolșevică..., p. 46; Șișcanu Elena. Op. cit., p. 72.

asupra fiecărui muncitor și țăran⁷⁹. I. N. Pavlov (1849—1936), eminent fiziolog și psiholog rus, laureat al premiului Nobel (1904), reflectând asupra statutului juridic real al cetățenilor sovietici, în scrisoarea adresată Consiliului Comisarilor Poporului din URSS din 21 decembrie 1934, menționa: „Noi am trăit și trăim sub un regim de teroare și violență permanentă <...>, ca și locuitorii din despoțiile antice ale Asiei⁸⁰”.

F. F. Raskolnikov, ambasadorul URSS în Bulgaria, în „Scrisoarea deschisă către Stalin“ din 17 august 1939 făcea o caracteristică elocventă așa-ziselor drepturi și libertăți ale cetățenilor sovietici din anii '30 ai sec. XX: „Nimeni în Uniunea Sovietică nu se simte în siguranță. Cel drept și cel vinovat, eroul revoluției din octombrie și dușmanul ei, bolșevicul cu stagiul și cel fără de partid, țăranul colhoznic și ambasadorul, intelectualul și mareșalul Uniunii Sovietice — toți în măsură egală sunt supuși loviturilor de bici ale dumitale, totul se rotește în vârtoarea sângeroasă diabolică⁸¹”.

Din materialul expus în studiul nostru rezultă formularea următoarelor **concluzii**:

Acapararea puterii în Rusia de către PMSD (b), prin lovitura de stat din 25 octombrie (7 noiembrie) 1917, a scindat societatea în două tabere beligerante.

Prin instaurarea dictaturii proletariatului, realmente a nomenclurii partidului comunist, o parte considerabilă a populației (cea mai înzestrată cu spiritul de întreprinzători și cea mai cultă) a fost lipsită de drepturile și libertățile firești, ceea ce a determinat declanșarea războiului civil în Rusia.

În pofida stipulațiilor normelor juridice din Constituția RSFSR din 1918, ale Constituției URSS din 1936, Constituției RSS Moldovenești din 1941 și din alte acte normative sovietice, regimul sovietic dictatorial în anii de guvernare a lui I. V. Stalin nu doar a limitat și violat drepturile și libertățile a zeci de milioane de cetățeni sovietici, inclusiv a sute de mii de locuitori ai republicii noastre, dar a și condamnat la moarte milioane de oameni nevinovați, printre care sute de mii de militanți fideli cauzei partidului comunist.

Nici un regim politic din statele democratice ale lumii nu a supus represiunilor un număr atât de mare de locuitori, ca regimul de guvernare condus de I. V. Stalin.

Considerăm juste deducțiile savantului rus I. N. Pavlov, diplomatului sovietic F. F. Raskolnikov și ale altor personalități marcante ale timpului, care au menționat că nimeni în URSS nu se simțea în siguranță, deoarece trăiau sub un regim de teroare și violență permanentă.

Astfel, conchidem că drepturile și libertățile cetățenilor sovietici, stipulate în programele PCUS și în actele legislative sovietice, *de facto* au avut doar un caracter declarativ-formal, urmărind scopuri propagandistice cu iz intern și extern.

79 Рютин М.Н. Ко всем членам ВКП (б). În: Хрестоматия по истории СССР. 1917-1945. Москва: Просвещение, 1991, p. 454.

80 Из письма И.П. Павлова в Совет Народных Комиссаров СССР от 21 декабря 1934 г. În: Хрестоматия по истории СССР. 1917—1945. Москва: Просвещение, 1991, p. 459.

81 Из „Открытого письма Сталину“ полномочного представителя СССР в Болгарии Ф.Ф. Раскольникова от 17 августа 1939 г. În: Хрестоматия по истории СССР. 1917—1945. Москва: Просвещение, 1991, p. 271-272.

TERRITORY DISTRIBUTION AS MEANS OF PREVENTING SECESSION

Andrei CURĂRARU, post-graduate student, lecturer of Law

Reviewer: Serghei ȚURCAN, Ph.D., associate professor

The way in which to accommodate the interests of a group with those of an entire nation has confounded constitutionalists, constitution-makers, minority rights advocates and also international lawyers for a long time. National government is not necessarily the best or the only level of government where the accommodation of group interests can take place. At the national level, group interests may become overridden by the needs and concerns of the majority, while the capacity at local government level to respond to the needs of the group may be limited, especially in terms of the powers required to bring about the accommodation between the group and the national entity.

Keywords: territorial division, unitary state, federal state, regions, administrative-territorial division, wilaya, primary municipalities, landstingkommuns, regions.

DISTRIBUȚIA TERITORIALĂ CA MIJLOC DE PREVENIRE A SECESIUNII

Modalitățile prin care să împaci interesele unui grup etnic cu cele ale poporului (întregii națiuni) au preocupat constituționaliștii, creatorii de constituții, apărătorii drepturilor minorităților, precum și specialiștii de drept internațional pentru o perioadă lungă de timp. Guvernele naționale nu sunt de fiecare dată cel mai bun nivel de realizare a intereselor grupurilor naționale, și cu siguranță nu singurul. La nivel național, interesele de grup pot fi surclasate de necesitățile majorității, în timp ce capacitatea guvernării locale de a răspunde la necesitățile grupului, pot fi limitate în primul rând datorită sistemului de distribuire a atribuțiilor în stat.

Cuvinte-cheie: diviziune teritorială, stat unitar, stat federativ, regiuni, divizare administrativ-teritorială, regiuni

Territorial division of the unitary state

For the survival in the struggle with other nations due to a large extent and the internal development of any country. Sine qua non of survival is territorial integrity.

Most constitutions specifically stipulate the unity and indivisibility of the State (Article 5 of the Italian Constitution 1948¹, Article 1 of the French Constitution of

1 Constitution of the Italian Republic, adopted on 22 December 1947, published in Gazzetta Ufficiale No. 298 on 27 December 1947, http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf

1958² amended by the Law of 1995, Article 1 of the Constitution of Algeria in 1976³, Article 9 of the Constitution of Iran in 1979⁴), or their unity and territorial integrity (Preamble of the Constitution Act of Canada in 1867⁵, Preamble and Article 4 of the Constitution of the Russian Federation, 1993)⁶.

Relations in a unitary state between its constituent parts (regions) or between the state and part of it can consider the example of several countries.

The territorial aspect of domestic regulatory acts in a unitary state are in the form of the first space law and the functioning of the state space in this state. This is clearly confirmed by the legal norms of unitary states, through the merger of evolving historically sovereign subjects of international relations. These include, for example, the act of connecting the UK with Scotland (1707)⁷.

On territorial space it comes repeatedly. In particular, the regulation of the matters of succession in the United Kingdom (“the two kingdoms of England and Scotland on the first day of May, seventeen hundred seven, and forever thereafter be combined into one kingdom under the name Great Britain ...” (art.I) and the “throne of the United Kingdom of Great Britain and the Dominions goes after the death of Queen Anne, in the absence of her offspring, to the Princess Sophia ...” (art.II)). This is complemented by the determination of the order of space and of the laws, “laws related to regulating trade, duties and excise taxes of those who by virtue of this agreement shall apply in Scotland, should be in Scotland, from and after the connection, the same as in England...”, but equal “laws relating to public rights, politics and civil administration, can be installed the same throughout the United Kingdom ...” (Article XVIII); “all the laws and statutes of the kingdom in the extent to which they contradict or are inconsistent with the terms of the articles or the condition of any of them, since the connection and after it is terminated, become ineffective ...” (art.XXV). Even the establishment of the Protestant religion and Presbyterian church government is “within the realm of Scotland” (Preamble, art.II, Section II of the Act)⁸.

2 Constitution of France, adopted on 4 October 1958, http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000_.html

3 The Constitution of the People’s Democratic Republic of Algeria, adopted on 19 Nov 1976, http://www.servat.unibe.ch/icl/ag00000_.html

4 The Constitution of the Islamic Republic of Iran, adopted on October 24, 1979, <http://www.iranonline.com/iran/iran-info/government/constitution.html>

5 The Constitution Act, 1867, (THE BRITISH NORTH AMERICA ACT, 1867) adopted on 29th March, 1867, www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca_1867.html

6 Конституция Российской Федерации. — М.: Юрид.лит., 1993. — 96 с.

7 The Acts of Union were two Parliamentary Acts — the Union with Scotland Act passed in 1706 by the Parliament of England, and the Union with England Act passed in 1707 by the Parliament of Scotland — which put into effect the terms of the Treaty of Union that had been agreed on 22 July 1706, following negotiation between commissioners representing the parliaments of the two countries.

8 The Treaty of Union of the Kingdom of England (including Wales) and the Kingdom of Scotland, agreed on 22 July 1706, in effect on 1 May 1707, <http://www.cranntara.org.uk/treaty.htm>

In Algeria, the administrative-territorial division of the municipality includes as a primary level of territorial organization and the public as wilaya territorial team, endowed with juridical personality and financial autonomy, and as administrative state. Wilayas are created by law. Its name and the administrative center established by decree. Any abolition of wilaya is subject to the same conditions (Article 2 of the Constitution). Between 48 wilayas distributed all communes. The territory is divided into each wilaya Dair. Dair is an administrative district, territorial boundaries of which are established, modified or abolished by law (art.166 Constitution as amended. Law № 81 — 02 of 14 February 1981)⁹.

Mongolia (area 1.566 sq. km) is administratively divided into 21 aimag. Only the state capital is divided into districts¹⁰.

If the Italian Constitution establishes the territorial state in the special section V (“Regions, provinces and communes”), then, for example, the constitution of another unitary state — the Islamic Republic of Iran — refers to a variety of administrative and territorial levels of government only when it speaks of the settlement, county, city, regional or provincial councils (art.100), education and competence of the Supreme Council of Provinces, consisting of members of provincial councils (art.101-102), and the duty of the governors of provinces, cities, counties and other local governors appointed by the government to comply with a Council decision adopted within their competence (art.103)¹¹.

Relationships within a unitary state on the territorial division may be different depending on the presence or absence of administrative autonomy in it. Ethnic factor influencing the formation of a national system of territorial units, led to the fact that even in a unitary China at 94% of the actual Chinese population (hanzhen) area of the state is divided into 22 provinces, 5 autonomous regions, and 3 cities under central authority¹².

Bearing in mind the territorial aspect, the Code of Laws of the Russian Empire (Article 48) states that the laws in force or a unified empire in their total force, or with local changes in some parts. The space now changes the location where they were allowed, and their relation to the common law defined in special laws, institutions and regulations¹³.

9 The Constitution of the People’s Democratic Republic of Algeria, adopted on 19 Nov 1976, http://www.servat.unibe.ch/icl/ag00000_.html

10 The Constitution of Mongolia, adopted on 13 Jan 1992, http://www.servat.unibe.ch/icl/mg00000_.html

11 Constitution of the Italian Republic, adopted on 22 December 1947, published in *Gazzetta Ufficiale* No. 298 on 27 December 1947, http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf

12 Background Note: China, <http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/18902.htm>

13 (*Svod Zakonov Rossiskoi Imperii*), a collection of existing legislation, organized by subject. Between editions of the code, yearbooks and summary volumes covering several years were published, indicating which articles had been abrogated or amended. After 1857 the code was never reprinted in toto; only individual volumes, called incomplete editions, were pub-

Implementation of the internal functions of a unitary state

In determining the role of territorial factors in the implementation of the internal functions of the state must, as always, first define the concepts and approaches. It is expressed in the functions are known, the social purpose of any state.

The internal functions of the state formed a concrete historical. Describing ancient Asia, Marx pointed out three branches of administration (state functions), “the Finance Ministry or the Office for robbing its own people, the military department or agency to despoiled of other nations, and, finally, the department of public works ... elementary need to conserve and share water ... in the East — where civilization was too low and where the size of the territory is too vast ... — Imperiously demanded the intervention of the centralizing power of Government. Hence the economic function, which had to comply with all Asian governments, namely the function of public works.”¹⁴

Regardless of whether we consider the functions of the state as a subject-political characteristics of its traditional activities or as the main activities of the state, to change them as changes affect the economic and political conditions domestically and international situation.

The internal functions of the state determined by the nature of the society in domestic demand and the state territory.

The internal features of any state are:

- Protection of the existing state system, including the suppression of social and class resistance or protest;
- Organizational-economic, including the regulation of economic relations;
- Financial, including the issuance of currency;
- Taxation;
- Providing social guarantees to the public;
- Protection of public order;
- The preservation and enrichment of culture;
- Promoting scientific and technological progress;
- Information security company;
- Education of the younger generation.

lished. The incomplete edition of 1892 contained an additional, 16th volume on the judicial statutes. The code included neither the military and naval laws, nor the laws concerning the empire's non-Russian borderlands (several special departmental and local codes were in force here), nor some of the laws on the government body that handled the affairs of the imperial court, on foreign affairs, and on the Orthodox faith. The code's various editions were unwieldy and were issued infrequently and in small quantities. In the late 19th century, therefore, unofficial editions of the code began to appear. The best came out in four volumes in St. Petersburg in 1913. After the fall of the autocracy in 1917, some legislative material in the code was reworked; however, the bulk of the articles remained unchanged and in force until the October Revolution of 1917.

14 Marx, Karl. Selected writings. 2nd ed. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2000.

Some state functions can be performed by all public authorities in the aggregate, the other — individual links in the state mechanism. But while any of the functions distributed throughout the state, sometimes significantly refracted through the particular legal regime of the individual parts of the territory. Lenin rightly observed that “the essence of Soviet power, as well as the very essence of the transition from capitalist society to socialist, is that political problems occupy a subordinate position in relation to economic problems.” Unfortunately, in practice by the Bolsheviks class facilities and the Russian traditions of spirituality in the first place was the ideology zavedshaya in crisis and the economic and political system of socialism.

No less important is the fact that, on whatever aspect of the settlement of territorial problems nor dealt with the implementation of the internal functions of a unitary state, there is joint competence — these issues fully within the competence of the central government. The rights of the individual parts of the territory of the state and its authorities are limited to mainly the decision of local affairs.

The procedure of redistribution of territory in a unitary state

Category of “territory” in the constitutions of unitary states either do not designed or developed very weakly. For example, the notion of territory is not used in the text of the Constitution of Sweden. This is despite the fact that section 7 of chapter “Fundamentals of the political system” form of government adopted by the Riksdag February 27, 1974, it was recorded that a State has the primary municipalities and landstingkommuns. For the primary communes classified as a rule, cities and villages, landstingkommuns are (with few exceptions) the territory of counties (provinces), but in the text of the constitution is not fixed and it is. Only in paragraph 1 of Chapter 1 of Public Law 1977/179, it was explained: “The state is divided into communes and landstingkommuns. Each of the county is one landstingkommunu, unless otherwise stated. Special orders are accepted on unions and communities about the changes communal division and division by landstingkommuns. “ But in this law the concept of “territory” is not used.¹⁵

Unlike Sweden, the internal regime of the territory is thoroughly detailed the legislation in France and francophone countries. Moreover, if in accordance with Article 1 of the Constitution of the Republic of France of 1958 and the peoples of the Republic of overseas territories, which took an act of self-determination of this constitution, shall establish a community based on equality and solidarity of the peoples within its composition, it is Article 2 Constitution confirms that France is an indivisible, secular, democratic and social Republic. With the abolition of the Community provisions on the Constitutional Act of 4 August 1995 and the first paragraph of Article 2 of the transition to the place of Article 1 of this situation began

¹⁵ The Constitution of Sweden: The 1974 Instrument of Government (Swedish: Regeringsformen), adopted on February 27, 1974, http://www.riksdagen.se/templates/R_Page_6307.aspx

to sound even more convex. Being concerned about protecting the integrity of the State (Article 16), the constitution enshrines the status of territorial communities (see Section XII), which include the Overseas Territories, regulates issues related to the existence of the Community (Section XIII).¹⁶

Imitating the French, the Algerian constitution in 1976 strengthened the communes and wilaya as territorial communities (Article 36). Municipal Code 1967 and Code of wilaya in 1969, taking into account more recent revisions and additions have laid the national mechanism for regulation of internal redistribution of territory. Changes in the territorial boundaries of municipalities, which consist in part of the municipal office to join its territory to another municipality, made on the basis of the law. Moreover, if a municipality or part of its territory attached to another municipality, the latter passed the totality of the rights and obligations of the Merging of the commune. It is noteworthy that, if separated, one or more parts of the territory of one or several communes, each of which restores the rights and assumes the lying on its obligations (Article 3, 5, 6 Municipal Code).

Even more remarkable, that the problems of establishing the order of application of Articles and resolution of disputes between municipalities over the boundaries of the law within the competence of the Minister of Interior (Article 8 of the Municipal Code).

In these cases intercommunitarian agencies are requested to implement this in the territorial boundaries, the most favorable for such an institution facing the challenges (Article 15)¹⁷.

The relationship between the wilaya as administrative areas of the state clearly defined in the Code. Thus, changes in the territorial limits of wilaya, held at the part of its territory to join the other wilaya, refer to the field governed by law and shall be made after obtaining the opinion of concerned people's assemblies (Article 4 of the Code wilaya). If the territorial changes made on the basis of Article 4 of the Code wilaya, imply adherence to the wilaya territory, where more than one-tenth of its population, not later than three months after being issued a decree on holding partial elections. If the territorial changes do not involve adherence to the wilaya territory, where more than one-tenth of its population, the decree establishes new conditions for representation of the area before the next general election in the national assembly wilaya.

The entire volume of the powers belong to the central government, which emphasizes the provision of the Minister of Internal Affairs and the Minister of Finance the possibility of a joint resolution to establish the rights and obligations of interested villa if wilaya formed by the merger of two or more parts of the wilaya, or another partition wilaya (Article 6 of the Code).

16 Constitution of France, adopted on 4 October 1958, http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000_.html

17 The Constitution of the People's Democratic Republic of Algeria, adopted on 19 Nov 1976, http://www.servat.unibe.ch/icl/ag00000_.html

Many countries have rules under which any territorial change must go through parliamentary procedure. Including the increment area. After an increase in territory with all its positivity can also carry negative consequences: the need for financial investments, changes in national and demographic composition, social conflict, the flow of migrants, etc.

Experience shows that the relative insignificance of the increment area may avoid a parliamentary procedure for global change — need for a referendum, etc.

Territorial division of the federal state

From the time of political and military alliances such as a triumvirate of Caesar, Lepidus, Crassus and Caesar, Antony, Octavian, later the French Fronde, and other associations of the period of feudal fragmentation were borned military-feudal confederation. Supplemented with personal experience of dynastic unity (Henry of England and France, King Jagiello of Poland and Lithuania, the Habsburgs in Austria-Hungary) and matching thrones, they have led to the Reformation and the bourgeois revolutions in the formation of confederal and federal government entities (states or association of Netherlands Swiss cantons), the birth of the United States of America.¹⁸

By the beginning of the XXI century. in the world there are about 20 federal states. This is Australia, the Republic of Austria, Argentina, Brazil Federal Republic, Federal Republic of Germany, the Republic of India, Russian Federation, the United States, Canada, Mexico, Republic of Venezuela, the Islamic Federal Republic of Comoros, Belgium, Malaysia, the Federal Republic of Nigeria United Arab Emirates, the Islamic Republic of Pakistan, Federal Republic of Yugoslavia, the Swiss Confederation. The situation in the Republic of Bosnia remains uncertain. To an even greater extent, it can be said about Georgia, Republic of Moldova and Afghanistan.¹⁹

The federal form of government does not prejudice the uniformity of forms of government, thus the majority of federations are republics. Belgium and Malaysia are constitutional monarchies, each resting on its historical traditions. Federal organization in Belgium due to the need to combine the interests of the two communities — the Flemish and the Walloons (official languages — French, Dutch and German). The territory of Malaysia consists of nine sultanates territories and four governorates, and the head of state (King) is elected for 5 years, rotated among the rulers of the states — the sultans. Constitutional monarchy is formally presented also in Australia. The Head of State in her Queen of England is represented by the Governor-General.²⁰

The state of the United Arab Emirates, which preceded the creation of exis-

18 Edling, Max. A revolution in favor of government : origins of the U.S. Constitution and the making of the American state. New York: Oxford University Press, 2003.

19 Federation: From Wikipedia, the free encyclopedia <http://en.wikipedia.org/wiki/Federation>

20 Goh Pei Siong, Daniel. Race and multiculturalism in Malaysia and Singapore. London ;New York: Routledge, 2009.

tence before 1971 in the territory of a British protectorate, Trucial Oman, just like Malaysia is a federation of emirates, Abu Dhabi, Dubai, Ajman, Ras al-Khaimah, Sharjah, Umm Al Quwain and Al -Fujairah. The supreme authority — the Supreme Council, consisting of the rulers of the emirates, who elect from among its members for five years — and now that is remarkable — not the monarch, and President of the UAE.

Stable state confederation were not present until the appearance in 1996, the Community of Russia and Belarus (June 1997 — The Union of Belarus and Russia), except for multilateral political, military, political, economic, etc. alliances and blocs such as North Atlantic Treaty Organization (NATO), the League of Arab States, Organization of American States, Organization of African Unity, European Union, the Organization of the Petroleum Exporting Countries (OPEC), Organization for Economic Cooperation and Development, the Commonwealth of Independent States (Switzerland has long outgrown this form its existence).

The territorial structure of federal states is determined mainly by way of their traditional formation. If, for example, in Russia, as before in the Soviet Union, the territorial unit is archaic, fragmented and unsystematic in most federations, it is unified. In Europe, the three federations — in 1922, the Union of Soviet Socialist Republics in 1945 — the Socialist Federal Republic of Yugoslavia and from 1969 — Czechoslovak Socialist Republic (1990 — Czech and Slovak Federal Republic) — were based on the principle of national and state that inherits now respectively the Russian Federation (formally in 1991, actually it is of national and state in Soviet Russia (then the RSFSR) and increased device of the USSR) and the Federal Republic of Yugoslavia (since 1992).

The major federations around the world are Russia, USA, Brazil, Canada, Australia and India. In modern Russia, there are 89 regions, among which are the republics, territories, regions, autonomous prefectures and one autonomous oblaart. In the United States — 51 subjects (states and one federal district), India — 32 states and union territories in Brazil — 27 subjects of the federation (federal, state, territory and one federal district), as, for example, in Canada — 10 provinces and 2 territories.

Notable was the case, the unit of the Austro-Hungarian Empire, pronounced public education, combines the features of a unitary monarchy and multi-ethnic federation. State and territorial structure of Austro-Hungary was made up of crown lands, belongs to one of the two parts of the empire: to Cisletania, includes its own Austrian lands and managed by the Reichsrat, or Transletanya, which included the land of the Hungarian crown. By the early twentieth century of crown lands was 17.

Cisletanya (total area of 299.984,25 square km):

- 1) archduchy Upper Austria (above Enns) — 11.982,28 sq km;
- 2) archduchy Lower Austria (lower Ems) — 19.768,42 sq km;
- 3) the Duchy of Salzburg — 7.154,54 sq km;
- 4) The Duchy of Styria (Shteyermark) — 22.354,75 sq km;
- 5) The Duchy of Carinthia — 10.327,63 sq km;

- 6) The Duchy of Carniola — 10,032 sq km;
- 7) Coastal Region (Trieste, Hertz, Gradisca, Istria) — 7.966,93 sq km;
- 8) County of Tyrol Vorarlberg — 29.292,8 square kilometers;
- 9) The Kingdom of Bohemia — 51.942,12 sq km;
- 10) Margraviate Moravia — 22.223,85 sq km;
- 11) the Duchy of Silesia — 5.147,3 sq. km;
- 12) The Kingdom of Galicia and Lodomiriya — 78.507,89 sq km;
- 13) the Duchy of Bukovina — 10.451,56 sq km;
- 14) the Kingdom of Dalmatia — 12.813,54 sq km

Translytaniya (total area of 322.285,3 sq km):

- 1) Hungary (including Transylvania and Semigradiyu) — 279.749,7 sq km;
- 2) Fiume — 19.6 sq km;
- 3) Croatia and Slavonia — 42,516 sq km

Around individual Austro-Hungarian lands and developed in the twentieth century nation-states of Central and Southern Europe²¹.

Subjects and modern federations usually vary the size of their territories, population density, status. If Brazil and the United States on a subject of the federation on average respectively 5.1 million and 4.7 million inhabitants, for example, in the Russian Federation — 1.9 million people, while living in Moscow more than 9 million . residents, for example, in the Evenki with a density of 1 person per 35 square meters. km — 24 thousand people.

The Russian federal state is formed in the state-legal sense of three parts. The primary elements of the federal structure are the individual subjects of the federation, the species that are listed in Part 1 of Article 5 of the Constitution. The second element serves community federation — in fact the Russian Federation as a state. And the third element is the system of federal government, which is not limited to functioning on the top floor of the state structure, and penetrates their bodies of all public authorities.

Thus, the President of the Russian Federation until 1994, was an independent institution of the executive branch, now headed by de facto single system of executive authorities of the Russian Federation to the system which includes the presidents of the republics within the Russian Federation, heads of administrations of regions and provinces. If the Federation Council of Federal Assembly expresses its interests and regional differences primarily subjects of the federation as a relatively isolated entity, embodies the tendency of federalism, the State Duma, in contrast, appears as a single entity throughout the federation, which, by definition, must express the interests of the state, tend to Unitarianism. Such a tripartite system of federal government gives the federal structure of greater strength.²²

21 Gáspár, Zsuzsa. *The Austro-Hungarian dual monarchy 1867-1918*. London: New Holland, 2008.

22 Абдулатипов Р.Г. и др. *Федерализм в истории России* : В 2 т. /Абдулатипов Р.Г. и др. Болтенкова Л.Ф., Яров Ю.Ф. — М.: Республика, 1992. — 796 с.

Implementation of the internal functions of the federal state

The internal state functions, including functions to protect the existing state system, the organizational-economic, financial, public safety, conservation and cultural enrichment, promote scientific and technological progress, undergo a substantial transformation federal state.

The presence of the federal structure makes more complex than is fixed by applicable law, the scheme of allocation of executive powers:

1. Actually the federal administration;
2. Management on behalf of the Federation;
3. Managing shared objectives of land Federation (regions);
4. Execution of federal law of the land (regions);
5. Execution of the land law of the land (regions).

For each state Compound major issue, which clearly demonstrates the nature of state-legal relations, is the division of powers between the federal government and government entities. It not only allows you to talk about this or that state-legal status of the state, but also determines the nature and effectiveness of the authorities. In this respect the rights of VB Shepherds, who considers federalism one possible manifestation of the essence of the modern nation-state.

The scheme of separation of powers is this: The Constitution defines the scope of federal authority and scope, which empowered the federal and provincial, and outside which the subjects possess full state authority. Through special agreements competence federal and may be redistributed, which gives the system flexibility.

The authorities, therefore, can only be carried out within the authority established by the central authorities, and then only under a single authority of the state. Neither sovereignty nor the autonomy of the higher organs of state, part of which he is the kind of education does not have and have not, then there can not be characterized by the concept of sovereignty. A similar approach is acceptable to Western-style federal states, where state sovereignty — a member of the federation does not reflect the popular and national sovereignty, embodied in the federation as a whole. In contrast, only a delegated authority from agencies can be inter-regional associations. Hence also the problem of shared competence in the implementation of a federal state with respect to the territory of its internal functions.

In Russia in spite of the controversial legal approach, carrying the strong imprint of his time rejected the plan, “autonomy” (“The sovereign republic within another sovereign state, which also is also a member of a Compound of interstate association”), a purely political purposes lead to the need for the use and management of such relations. Although the use of formal-legal approach based on the thesis “state within a state can not be”, and should not be straightforward.

The task of spatial structure in Russia, therefore, has two components: the implementation of a new federal structure rather than the actual pre-existing unitary, on the one hand, and justification of an acceptable variant of transition to the new

structure, taking into account the declared sovereignty — on the other. A special problem is getting sound on stage, following the adoption of the Constitution, when the theoretical scheme is verified in practice²³.

After 1993 were increasingly heard voices on the formation of the federation of the “new type”, the novelty of which consists in filling the design of “sovereignty sovereignty” over a broad content. According to Academician OT Bogomolov, this “new kind of federation, which gives its subjects an opportunity both to enjoy many rights and independent state, and the benefits that flow from membership of a great federative power.” The construction contains destructive elements, because the so-called federation “new type” has more in common with a confederation than a federation in the conventional sense.

The process of formation of the Russian Federation in the context of content rights and powers of the federation, secure stability of the federal government and in shaping themselves subjects of the federation is still far from complete. The key in the evaluation process of forming a real federal structure of government of the country is a constitutional provision that the subjects of the Russian Federation “are” part of Russia (Part 1 of Art. 65 of the Constitution), but not merged into a federation.

23 Червонюк В.И. Конституционное право России. М.: Термика, Инфра-М, 2004. — 432 с.

CONSTITUTIONAL REGULATIONS — JURIDICALS FUNDAMENTAL CRITERIONS OF ECONOMIC AND CIVIL NORMS

Valeriu BAEȘU, post-graduate student, lecturer of Law

Reviewer: Serghei ȚURCAN, Ph.D., associate professor

Constitutional foundation of economic rights is essentially an abstract that describes the juridical criteria of civil standard, custom criteria by each state system in part by the constitution, in a context in which to establish these criteria in turn depend on the juridical system of collection legal system as static, dynamic or structured by a combination of those two principles static and dynamic. Thus, reveal fully the constitutional foundation of economic rights of man, we operate with concepts such as definition of the legal system right static-dynamic principle of self-production of law, normative hierarchy, defining the law by apartinence to the legal system, rules, validity etc.

Keywords: constitution, legal norms, regulations, civil law, economic rights

REGLEMENTĂRI CONSTITUȚIONALE — CRITERII JURIDICE FUNDAMENTALE ALE NORMELOR ECONOMICE ȘI CIVILE

Fundamentul constituțional al drepturilor economice este în esență o noțiune abstractă care descrie criteriile juridicității normei civile, criteriile particularizate de către fiecare sistem statal în parte de către constituția sa, într-un context în care stabilirea acestor criterii de juridicitate depind la rândul ei de perceperea sistemului juridic ca sistem static, dinamic sau fiind structurat de o combinație a acelor două principii statice și dinamice. Așadar, întru evidențierea fundamentului constituțional al drepturilor economice ale omului, vom opera cu așa noțiuni ca definiția dreptului ca sistem juridic statico-dinamic, principiul auto-producerii dreptului, ierarhia normativă, definirea normei juridice prin apartinența sa la sistemul juridic, validitatea normelor etc.

Cuvinte-cheie: Constituție, norme de drept, reglementare, drept civil, drepturi economice

Legal doctrine generally attempts to systematize defined as an attribute of the rule of juridicals to be the rule of law, in jusnaturalism and positivism, the perspective from which the validity representing only one possible explanation of the devel juridical father positivist theories, according norm which can not be defined only by belonging to the legal system. Systemic character of law so directs all legal science concern on the definition of legal phenomenon, seen as natural phenomenon characterized by the principles of normative hierarchy self-producing and perception supported by the state as the only source of normativeness. The foundation of law is

the law itself, the validity of a rule in the system, defined as meaning an act of will not be set higher than its norm, and ultimately assumed an essential.

Constitutional theory, developed since the second half of the nineteenth century, its intrinsic logic implies an idea of law as a complement to the principle of the Constitution — the foundation of the legal system and its rule in a legal framework as it began at that time to define the general theory of law, the right approach to system failures is determined by visions focused on time as a tool for identification of the juridical, ever present need of shaping a definition of law justifying the separation tradition. Norberto Bobbio in 1960 emphasized that general legal issues have been addressed more traditionally in terms of legal norm likened to the whole, than that of a rule seen as part of the whole. It concludes that the foreseen traditional, according to the same author metaphor, the tree in the forest place, is not possible definition of acceptable law, not being able to distinguish in this describes between legal norms and other rules. This definition of juridical becomes possible only if it adopts the viewpoint of legal order, because only a theory of policy, legal phenomenon finds an adequate explanation¹.

It is considered so systematic right reason is given as a fact, spontaneous organization of law as a system distinguished from law as a result of rational systematization through deliberate action. Thus, although it is not supported unanimously that there is a distinction between legal and conceptual system, the use of increasingly frequent legal system the term general theory of law rights is likely to designate a certain view of the law within the meaning of an attempt to overcome the vision of legal order as a mere collection of rules. Use synonymous terms of legal and system runs as possible only from this perspective, it is part of the definition proposed by Hans Kelsen law as a result of attempts to measure the legal established is a legal system, all rules whose validity can be reported in a single fundamental norm form a system of norms, normative order'.

In an attempt to define the law as legal system, legal theory proposed by Hans Kelsen otherwise is inevitably the point of departure, regardless of the view that leans on this issue, Kelsen has the merit of first who distinguished between legal norm and the problems attached to the specific study addressing the legal system as a whole, and to be treated the latter as an autonomous part of the right to manage theory².

For Kelsen law is a structure in which all rules can be reported to one basic rule, the problems of unity and validity of legal norms are related, as long as the system drive shows how the system assigns validity rules. These constants of each legal system thus depends in turn on the existence and fundamental norm physiognomy, according to which one can distinguish between static and dynamic systems, as

1 N. Bobbio. *Teoria generale del diritto*. Editura: G. Giappichelli, Torino, 1993. <http://www.ulassai.org/biblioteca/ricerca%20nel%20catalogo.htm>, p. 68

2 H. Kelsen. *Teoria pură a dreptului*. Editura: Humanitas, Bucuresti, 2000.

long as it is the material that generates reports or formal award of validity between juridical system.

Static systems are those in which relations between rules are similar relationships between sentences of a deductive system: an order of static rules are valid because of their content, based on their validity as a standard whose content can be synthesized (...). So, for example, rules which do not have to lie, to deceive, we must keep the word given is derived from a rule requiring truth. Different rules of this system are involved in fundamental rule, each particular time can be inferred from it by inference.

Unlike static systems, dynamic systems tures the relations between rules are formal in the sense that the fundamental rule does not contain anything other than the imposition of a status quo to produce rules that empower an authority that lays down rules, which means same or a rule that establishes general rules for how products and individual order based on this fundamental rule³.

A rule is thus part of a dynamic system that is not a content, but because it is produced according to a procedure of a particular system of authority, both of which are determined by the fundamental norm.

In terms of this distinction between legal systems, legal systems are, according to Kelsen, dynamical systems, the rules that we call the legal system belongs to the type of dynamic system. A legal norm is valid when issued in compliance the procedure described in the basic norm of the system, whatever its content at the time of her being, to be determined later by the authority empowered to issue the content of such standards has no effect on their validity on their juridicals.

Qualification as a dynamic system of exclusive laws, however, is questionable, if deemed Norberto Bobbio with that element of the system is beyond the unity of its elements, consistency. Thus, given the definition of dynamic system as a system that builds unity formal criteria for establishing the validity of norms, the authority vested right to produce may issue any rule, because according to Kelsen any content is right, the authority may establish and contrary to the rules issued by another authority in the system: in a dynamic system once the conditions have been found to create the validity of a rule can not be disputed, although its contents would be contrary to the prescribed norm top in this context it can be concluded that within the dynamic two contradictory rules are perfectly legitimate(...) and even if the judge rules is not enough content to refer to their authorities were created, should be invoked criteria materials can be qualified as a legal order system which admits its existence in incompatible rules⁴.

Coherence, a feature without which the legal system can not exist as such, requires moving from one point to the dualism that sees the dynamic-static distinguish two different realities by a vision in which this dualism is perform the perspectives

3 H. Kelsen. Op. cit., p. 29

4 N. Bobbio. Op. cit., p. 76

on the same legal system, the formal criteria for the award of juridical are complemented by the material.

In fact even in the basic construction standard not assign an absolute freedom in fixing the authorities vested with powers normative standards, Kelsen showing that when we are in the presence of a meaningless piece of legislation, even if it was established as the basic norm, we are not dealing with a valid legal norm, for basic norm does not give any objective meaning of a rule act of objectively valid, but an act that makes sense and objective sense that people must behave in a certain way. Kelsen admits the fact that the principle of static and dynamic can be managed in a single system of rules where the basic rule empowers the principle dynamic alleged that establishes rules and authority if he or authority it establishes not only established rules by delegating authority producing other rules, but rules that require certain behavior of the subject and that subject to the rule — that the particular in general — can be deduced by logical operations other rules.

Concluding we firmly state that are not so static and dynamic concepts that refer to types of systems but are views on the same legal system, this required a certain vision of the criteria against which is set juridical norms, and hence the validity of the expression of this property.

It is understood the systemic approach so characteristic elements of the right are those of relations between legal rules, their isolated reality space representing normative element of the new approach to generating legal phenomenon. Relations between the rules that determine the structure indispensable unity plucking any legal system there, as long as legal order can not speak unless you consider something as a unit. And what gives the unit a set of rules is how this whole legal system is having established the criteria according to which its rules can be integrated, acquiring attributes form: given that it is a normative system, legal system unit from the fact that each legal system adjusts its own production: only one time the system can regulate the conditions under which there is a new rule.

Auto-generation of law is a fundamental principle of Kelsen's positivism on Sollenau distinction between Sein and, between what is and what should be. Consequences of this dualism, which is attached Kelsen first „critique of pure reason,, and neo-Kantian philosopher then Hermann Cohen, the whole structure and makes it possible to develop kelsen theory management of a true science of law modeled on natural science.

Legal standard definition based on the distinction between the different functions they can perform language: on the one hand communicate information describing reality, and on the other, trying to influence the behavior of others and forced to do something. There are so descriptive statements, which is often what is prescriptive statements that indicate that something has to be. Legal rules are part of the second category of statements that show that something must be, that a particular conduct must take place, they occupy a small space of the broader category represented by prescriptive rules⁵.

5 H. Kelsen. Op. cit., p. 121

Act whose meaning is that something is ordered or prescribed, is an act of will, the cornerstone of the legal phenomenon to Kelsen, and all those who belong to positivis-law, this very human act that can receive a significant legal cautions. If the right is a system of rules that regulate human behavior, the norm is the significance of human acts intentionally directed towards the behavior of others, then order prescriptive rules expressed by the expression of individual wills is to conduct another individual. It can be concluded so that the rule is the meaning of a sentence declaring that something must be, that a particular conduct must occur standard meaning is ultimately an act of will. Have made the distinction between norm and act of will which established the norm is a *sollenau* and act of will, whose significance is a *speckled*.

Further distinguishes between objective and subjective meaning of such an act of will, *sollenau* is subjective meaning any act of will which aims to achieve a certain behavior from the other. But not every such act has and objectively the significance. Thus, a legal norm *sollenau* is only if he and objectively the significance of *sollenau*. The objective significance of the individual dictates the need to comply with subjective meaning of the act that will not clear from the positive real act of will is ; act of will is a *speckled* can not produce rule of law. The significance of the act of will clear objective and can emerge only from the norm. Assigning meaning objectives such distinguished legal norm space prescriptive regulations, criteria established in other words.

In this respect Kelsen shows that it is impossible any attempt to move from particular observations to general scientific law, because no one can deny that claim that something is — that describes a positive assertion — is essentially different from the proposition that something must be — an assertion that describes the time, just as no one can deny that the fact that it can be concluded that something must be. There is between rules and propositions that describe reality any logical connection, not possible transition from world to world events and compound the legal rules, located in *sollenau*⁶.

The existence of legal norms belonging to the world as a *sollenau* can not be factual, but of a special nature specific mode of existence is the validity of the rules, different from the existence of world events and the foundation of the validity of a rule is always a time, and never a fact. Juridical is defined by a recursive manner in that there can be no legal norm only if there is another rule that allows to identify them as such. Any time the system is valid for another time this quality attributes. We call this as self-generating principle of law.

Such a regulatory scheme initiates a chain uninterrupted time that the fundamental norm whose validity can not be inferred from a high standard. Search the foundation of a rule is therefore not a regressus ad infinitum but ends with the fundamental rule, which ensures the validity and unity between legal system. This objective correlates of the Constitution and thus the starting point of producing

6 Ibidem, p. 129

positive law. The consequence of this law is self-generating hierarchy of legal norms according to production report, report that determines the criteria for membership of the rule system⁷.

Hierarchy of norms is clear from the way in which the principle is attributed auto-generation rights standards. A rule, with other rules are in a higher ratio of time-time low, if the validity of validity depends on the other. The hierarchy is thus the foundation of normative legal order in the sense that determines its structure in terms of form it takes relations between rules. Sistematicity hierarchical structure arises from the sense of spontaneous and not in systematic form the legal system, as long as no one ever organizes high-level meeting to decide the concrete structure of normative hierarchy: „what essentially characterizes the system is hierarchical organization, which is why it is not expressly provided in the hierarchical organization of positive law legal system.

Sistematical from systematic legal system as deliberate ordering rational action, causing the appreciation of hierarchy of norms as stated in the very nature of law. Formed right, after the system is not voluntary action of the legislature or other regulatory authorities, but before and beyond any action of this kind. Normative hierarchy characterized as a natural law, as hierarchical constitute most likely the dominant mode of organization, and designation of the juridical expression in the West.

As part of a self-organizing system, the rules of a legal order is not at all on the same horizontal plane, the existence of a rule is determined by a higher standard as far as the latter determines the former procedure that is created. Normative hierarchy is introduced so as they take the relationship between rules as a result of the validity of the award process which began to be found in the fundamental norm of the system.

Thus, when looking for the foundation of the validity of a rule does not lead to reality, but at another time in which the first was derived basic norm is the pro employing the procedure of creating the entire legal system. The main objective of essential is to establish the validity of a rule is a legal order, it distinguishes between what is and what is not legal, as the principle of unity of legal order and the foundation of its validity. Norm foundation a legal system is nothing but both mental rule according to which rules should be created that legal order. It is a fictitious time (...), meaning of a fictional act of will, which serves as a starting point of a procedure for creating the rules.

Fundamental norm can not therefore be produced according to certain procedures established by another time as long as it is what justifies all the rules forming system, is a condition of self-generate coherence principle and the right to exclude any authority as its foundation . Esenciales norm is therefore assumed, without this assumption no human act can not be interpreted as a legal act.

The main function is essential to establish this Constitution which will occupy the top level of the hierarchy of norms as a set of rules governing the creation of

7 Ibidem, p. 132

other general and abstract rules. Normative hierarchy structure is thus all the laws in each legal system such a constitution be recovered material in terms of a set of rules governing how the production rules. Constitution becomes the basis for the validity of the entire legal system, which ensures the rule, determining conditions for the adoption of other general and abstract rules.

The inability to define the norm through it themselves, outside of simply reporting on the nature generates a change of perspective in the sense that no law is defined as a set of legal rules, but the legal norm is defined in terms of membership to the law. Norm can not be defined only by inserting it into a normative system, establishing its juridicals needing a criterion for membership of the legal system, self-generating principle of law. A legal rule is a rule inserted in a legal system: rules that are actually part of a legal order are themselves legal.

Approach as the system moves the question of criteria juridical system from normal to question what is understood by the legal normlaw being replaced by what is meant by judicial order. It should be noted that when the legal edifice is built in the Empire State Constitution, the rule of law determines sistematical identify the state with its legal order: state determines the juridical criteria only, and only he can be the source and guarantee the right. Positivist paradigm represented so the state monopoly in defining the juridical acceptance, focusing on the perception of official right in his state is right in what it says it is (...) state because the State Midas turns into gold Legal everything it touches⁸.

If it is agreed so that is what the state says juridical it is, and that the legal system is more than the sum of its parts by simply awarding procedures juridical their affiliation to the legal system is acceptable without contradiction logic state represented by defining a legal rules just by belonging to the category of legal norms.

The problem is thus a matter juridical standards of the legal system appearance state, for each rules should be established a relationship of belonging to the legal validity called 'the law is normative form or category of rules that derives its validity from that any element of this category was produced by the procedure laid down in the Constitution. Attention is thus on this attribute of cloud my guarantor of its juridical and the process by which a rule belongs to a legal system, must be identified conditions state that a legal system that connects the existence of rules of legal rules, conditions that constitute the notion of fundamental constitutional content.

The validity of self-production systems is how specific the existence of standards, and expresses the relationship between two rules under which one of them is the foundation of the validity of the other, in meeting the criteria required by the juridical system in question. In short validity expresses a relation of belonging to the legal system of rule under which it acquires the status of legal norms.

8 Draghici S. Fundamentele constitutionale ale dreptului civil. Editura: C.H.Beck, Bucuresti, 2010, p. 16

The fact that a rule is the foundation of the validity of another means that it establishes the requirements or conditions according to which this second time is regarded as the legal system and therefore normal. Thus the main problem is that of juridical know what are the requirements that a rule is authorized by the legal system in question to make the conditions of validity.

Concrete structure validity of the report varies depending on the conditions that every legal system linking the emergence of new rules, depending on the conception of the Constitution⁹ notifications, the presence or absence of a formal constitution in the system and then, in practice, the cloud provisions and general rules contained in this abstract. Thus, under the dynamic vision of the law, legal system established procedure and authorities will be able to produce rule of law: a rule is valid if it was adopted by the body and the procedure provided for every gories high standard normative which it belongs. The dynamic nature of normative hierarchy so that an essential means there is nothing else than the power to enable an authority to create rules thread, it is the starting point in creating a positive rule of law and not material, containing determined. It is assumed norm, which makes possible the collection of rules determined that the legal system. In terms of normative theory, the Constitution is not therefore a particular legal status, the validity of defining the value of mandatory rules and depending on the place they occupy in the hierarchy and not their content.

According to this view, membership rules of the legal system depends on compliance with formal conditions: if a rule is produced by the body authorized under the procedure described by the standard top, then this rule is part of the legal system, within the scope of validity of special

Defining the legal system as a system emerged from a combination of dynamic and static principle, as a requirement of consistency of laws, but determines the distinction between content and relativization juridical procedure setting standards, the validity of the procedure for issuing only respect but also correlation table background between the rules.

Thus the fundamental norm of a legal system can transform those aspects that do not define the validity of the specific form of dynamic systems under which depends on chearistry establish legal norms. Should therefore distinguish between systems where „time top award governing the validity of norms without providing consequences for cases where other requirements are not met, they having no cloud value (...), between systems in which all requirements concerning lower standard in terms of validity are transformed¹⁰.

Required to report the contents of a rule necessarily conform to normal content higher production should be the rule requiring the existence of such compliance

9 Constitutia Republicii Moldova adoptata la 29 iulie 1994. Publicata in Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 1 din 18.08.94, art. 7

10 Draghici S. Op. cit., 2010, p. 20

system: nothing prevents a consistent time to another, just as nothing requires this fact, except where required by rule of production. All requirements not related to the adoption procedure to be required when adopting a law to be included in the conditions of validity. The right to self-regulate the extent to which determine a standard procedure for creating a different standard and to a certain extent and content, the Constitution, whose function is to determine the conditions of validity of the law, can become so all the time requirements of the law and lower the validity conditions.

The structure also makes static and dynamic so that the validity of law, condition of juridical, consider not only respect the procedure for adopting the rule, but also correspondence between the fund as a result of transformation rules to all rules relating to lower requirements in terms validity.

In the theory of law that the Constitution is the source of system resources for the purposes of the foundation right standards of validity, distinguished by its position as the sources of rights. From the theoretical point of view, the problem is therefore not the right sources at the same time a matter of fundamentals right, the fundamental question of the right belonging to a register that can not access only through a reflexive approach to the reason of being the right way is it, about what gives it validity or what makes possible its legitimacy. Theories fundamentals right justify why they should obey the law, shows that motivations for binding legal requirements, are mandatory, you have the position varies depending on which analysis results. Thus, if self-productive systems for foundation problems is a question of validity of the law, this validity tuning to be understood only as one possible perspective over form.

From this perspective, specific element of positivism, which has characterized this trend throughout its history, is understanding the law as a set of rules created, which is the point where it separates from the clear jusnaturalism manner, as a supporter of the origins in divine revelation or in kind. Positivist law is the result of a will, a conscious human activity, according to procedures that are becoming established rules, as we have seen, the core of the theory of law. Within this framework, the foundation of law is rights itself, a consequence of accepting the right of self-production, foundation sending the fundamental norm that ensures the validity of the legal system, thus avoiding extra references to legal courts as God or nature society .

The Constitution is therefore the foundation of civil law that regulates the production of those normative categories that come up civil law rules. If any category of the normative system derives its validity from the Constitution as the source of sources of law, fundamental constitutional means that all conditions arising from the legal system of a certain order of legal rules bound existence. The notion of constitutional foundation is therefore a concept that reflects the existing juridical conception of a particular state legal system.

CUSTOM AS A SOURCE OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA

Natalia OSOIANU, PhD, senior lecturer

This article is dedicated to custom (usage, usual practice) as a source of international private law of Republic of Moldova. An overview of Moldavian legislation is provided, as well as a brief characteristic of International commercial terms and Principles of international commercial contracts (UNIDROIT Principles). It is indicated that one of the main problems of Moldavian international private law in this sphere is the lack of officially published legal and judicial practice, which complicates the process of further application of usages and customs and the process of conflicts of law resolution.

Keywords: usage, custom, usual and customary business practice, INCOTERMS-2010, UNIDROIT Principles

CUTUMA CA IZVOR AL DREPTULUI INTERNAȚIONAL PRIVAT AL REPUBLICII MOLDOVA

Articolul este dedicat cutumei (uzanței, practicii comerciale obișnuite) în calitate de izvor de drept internațional privat al Republicii Moldova. Se propune o privire generală asupra legislației Republicii Moldova și o sinteză a uzanțelor care se conțin în publicația Curții Internaționale de Comerț INCOTERMS-2010 și în Principiile contractelor comerciale internaționale elaborate de institutul UNIDROIT (Principiile UNIDROIT). Autorul menționează în special că una din principalele probleme ale dreptului internațional privat al Republicii Moldova în domeniul izvoarelor de drept o constituie lipsa publicațiilor oficiale cu privire la practica aplicării uzanțelor comerciale internaționale de către comercianți și de către instanțele judiciare, ceea ce creează dificultăți în procesul de soluționare a conflictelor de legi.

Cuvinte-cheie: uzanță, cutumă, practică comercială obișnuită, INCOTERMS-2010, Principiile UNIDROIT

In accordance with article 4 part 1 of the Civil Code of Republic of Moldova, **custom** is a norm of behaviour, not stipulated in the legislation, but generally accepted and applied within a long period of time in a certain sphere of civil relations. Article 1576 part 1 of the Civil Code of Republic of Moldova stipulates that the law applicable to civil relations with a foreign element can be established on the basis of international customs, recognized by Republic of Moldova. In Moldavian legislation there are also mentioned, firstly, **usual and customary business practices**, which can regulate contractual relations with foreign elements (article 1610 part 6 of the Civil Code of RM) and can be taken in consideration when a dispute is solved by means of

an arbitration, together with Moldavian and foreign legal acts (e.g., article 27 part 2 of the Law concerning arbitration¹). Secondly, there are **customs of merchant shipping** (e.g. article 11 of the Code of merchant shipping of the Republic of Moldova²).

So, a custom is a complementary source of Moldavian civil and international private law. A conclusion can be made out of norms of Civil Code and Code of merchant shipping of the Republic of Moldova, that custom as a source of international law can be applied in case if there are entrepreneurial, contractual or related legal relations (transport relationship, insurance relationship and etc.). We agree with the opinion of prof. N.Y. Erpileva that “by their share and importance customs give way to national legislation and international conventions, but in a whole range of situations they are irreplaceable as regulators of legal relations”³.

There are the following traditional elements out of which an international custom is comprised, as prof. L.P. Anufrieva states: “a continuance of existence of a certain rule of behaviour, a consistent practice of its observance by several subjects of international law, a tacit recognition of this rule as a mandatory norm by the states”⁴. This is a definition of custom specific for the international public law, but it is as well suitable for the international private law, at least generally.

There are, as prof. N.I. Marisheva indicates, several types of customs, including those which are considered sources of international public law and international private law, and customs which refer solely to the domain of international private law. The latter include usual and customary business practices and merchant customs, including customs of merchant shipping⁵. Prof. V.A. Kanashevskii mentions three categories of customs: national customs, international customs and international merchant customs⁶. G.V. Polkovnikov defines customary business practices as a “rule of behaviour that was formed and largely accepted in a sphere of entrepreneurial activity, not provided by the legislation and possibly not specified by a certain document”⁷. Many other authors refer to article 38 of the Statute of International Court of Justice, which states that international custom is an evidence of a general practice accepted as law.

Prof. G.K. Dmitrieva points out that customary business practices are, properly speaking, not customs, because they don't have any legal force and participants in the contractual legal relations apply them only because of their common will⁸. It is

1 Закон №23 от 22.02.2008, опубликован 20.05.2008 в Monitorul Oficial Nr. 88-89.

2 Закон №599 от 30.09.1999, опубликован 11.01.2001 в Monitorul Oficial Nr. 1-4.

3 Ерпылева Н.Ю. Международное частное право. Учебник. Москва: ТК Велби, Проспект, 2006. С. 44.

4 Ануфриева Л.П. Международное частное право. Том 1. Москва: БЕК, 2002. С.159.

5 Марышева Н.И. Международное частное право. Москва: Юристъ, 2004. С.63.

6 Канашевский В.А. Международное частное право. Москва: Международные отношения, 2006. С.62-63.

7 Полковников Г.В. Международное частное право. Словарь-справочник. Москва: РИЦ МДК, 2005. С.130.

8 Международное частное право. Под ред. Г.К. Дмитриевой. Москва: Проспект, 2010. С.88-89.

also important to mention that a custom is sanctioned and mandatory only if it is directly referred to in a law.

Prof. S.N. Lebedev and assistant prof. E.V. Kabatova, generalizing the criteria of customs, which can be found in the Russian doctrine of international private law, enumerate the following qualities of an international commercial custom:

- “A custom has to be permanently respected in a certain sphere of commerce. Permanent observance is one of the most characteristic qualities of a custom, giving a possibility to define whether it exists at all;
- A custom has to be well-known. The criterion of a “broad recognition” gives a possibility to answer the question whether it is possible to apply a custom to the legal relations between the parties to a contract;
- A custom has to satisfy the demands of fairness, reason and bona fides;
- A custom has to be viewed by the international commercial community as a mandatory rule”⁹.

The customs of merchant shipping occupy a special place among usual and customary business practices and other customs of international private law. According to article 21 part 1 of the Code of merchant shipping, the property right over a ship or a part of the ship appears from the moment when the ship is registered in the state register of ships of Republic of Moldova or in the ship’s book of Republic of Moldova. The rules of registering maritime vessels in the Republic of Moldova have been elaborated on the basis of UN Conventions on the Law of the Sea (1982), UN Convention on Conditions for Registration of Ships (1986), Code of merchant shipping of the Republic of Moldova and Law concerning registers Nr. 1320-XIII from 25th of September, 1997.

In accordance with the national legislation (Code of merchant shipping, Tax Code of Republic of Moldova), ships that can be registered in the state register of Republic of Moldova and can claim the right to bear Moldavian flag, are the ships that belong to physical persons and legal entities, resident and non-resident in the Republic of Moldova, and also ships that are in possession of these persons due to contracts of bareboat charter and leasing. Proprietors and freighters that have registered their ships in the ship’s book of Republic of Moldova are released from taxes and custom duties. This measure is aimed to create favourable conditions for the registration of ships under the Moldavian flag, for local and foreign ship-owners equally¹⁰. In accordance with UNCTAD publication “Review of Maritime Transport” (2010), gross tonnage of Moldavian ships amounts to 351 000 GT, and the deadweight tonnage — to 460 000 dwt¹¹.

In the Code of merchant shipping business practices and customs can be found in many articles. In article 11 it is stated that parties to the contracts provided by

9 Международное частное право. Том 1. Общая часть. Отв.ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. Москва: Статут, 2011. С.198-199.

10 <http://blog.dynamicsforge.com/?p=159>

11 http://www.unctad.org/en/docs/rmt2010_en.pdf

the Code are able to include in these contracts the conditions which provide application of foreign legislation and customs of merchant shipping only in situations when it is permitted to derogate from the provisions of the Code. Article 75 part 3 provides a captain's right to bury a deceased person in the sea, in accordance with maritime usage, in case if the ship has to remain in the open sea for a long time. In this situation an act needs to be concluded and a record in the logbook is made. According to article 122 part 2 sub-item (a) it is a duty of maritime agent to perform his activity in compliance with the interests of the ship's proprietor and/or another mandator, and also with the usual practice of maritime agency. It is indicated in article 123 part 2 that if the usual rights of a maritime agent are restricted by the mandator, any legal act performed by the agent with a third party acting with bona fides, has legal force and is mandatory for the principal, if the third party did not know about the restriction.

The following customs and usages can also be found in the Code of merchant shipping: "usual waiting space of the port of shipment" (article 153, part 2), "usual route" and "generally accepted term" (article 163 part 1), "usual way of acceptance" (article 169 part 3), "usual charges, expenses and dangers" (article 177), "usual way" (article 264 part 1).

In article 300 it is stated that the cost of spontaneously inflammable cargo thrown overboard due to starting fire and of cargo that has been transported onboard against the rules and customs of merchant shipping cannot be recognized a part of general average, even if it satisfies the qualities indicated in article 281. Among the custom practices of merchant shipping that can be applied in this case there are the York Antwerp Rules concerning general average (1994), regulating rights of ship and cargo owners proportionally to the cost of ship, cargo and freight¹².

As prof. M.M. Boguslavskii mentions, "usual customary practices accepted in the international business activity are applied by the court in cases if it is conditioned by the contract serving as a basis for the dispute, in cases when a choice of law rule demands a custom to regulate a disputable legal relation, and also in cases when a custom is applied due to the norms of an international convention, regulating the relations between states, to which the parties to a dispute belong"¹³. The last situation can be illustrated with the help of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980), in which Republic of Moldova participates¹⁴. It is stated in the article 9 of this Convention that "the parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves" (part 1) and also that "the parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in

12 <http://www.jus.uio.no/lm/cmi.york.antwerp.rules.1994/doc.html>

13 Богуславский М.М. Международное частное право. 6-е изд. Москва: Норма, Инфра-М, 2011. С. 84.

14 http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned” (part 2)¹⁵.

Among the most frequently used international commercial customs there are International commercial terms INCOTERMS-2010 and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

INCOTERMS have been elaborated by the International Chamber of Commerce (ICC)¹⁶ and published for the first time in 1936, in Paris. They have been reviewed and republished many times (in 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 and 2010) in the form of unofficial codifications. We need to mention that due to the legal nature of a custom the legal force is given not to the publications of ICC, but to the norms which are comprised in these publications.

INCOTERMS 2010 entered into force on the 1st of January 2011.

These terms include 4 groups:

- “E” — obligations of the seller are minimal and restricted by the duty to provide the goods to the buyer, in accordance with the contractual provisions;
- “F” — seller has to send the goods, but he does not pay for the main transportation;
- “C” — seller has to organise and pay for the transportation, but he does not support the risks that are connected with the transportation;
- “D” — the expenses and risks of the seller are maximal, because he is obliged to provide the goods for the buyer in an established place of destination.

In comparison with the INCOTERMS-2000, there have been made certain changes reflecting modern tendencies in the commercial activity, including a need to ensure higher level of protection for the goods in the course of transportation¹⁷. The number of terms was decreased from 13 to 11, but at the same time there have been introduced two new terms (DAP, delivered at place; DAT, delivered at terminal), which can be used as multimodal. Four terms which have been rarely used in the commercial practice (DAF, DES, DEQ and DDU) have been abrogated.

The term DAT (delivered at terminal) replaced DEQ. According to this new term, the goods have to be provided to the buyer without unloading from the transport that arrived at the terminal. DAT, as distinguished from DEQ, can be used for multimodal transport. As the experts indicate, from the logistic point of view the delivery at terminal (DAT) is similar to the delivery at a port.

The term DAP (delivered at place) is a general term, which needs a precise indication of the place of delivery. DAP replaced three terms (DAF, DES and DDU). It stipulates that the goods have to be provided to the customer in a condition ready for unloading or re-loading under the control of customs officials.

The terms FOB (franco on board), CFR (cost and freight) and CIF (cost, insurance and freight) have been changed in what refers to the expenses and risks. In

15 http://www.cisg.ru/content/download/cisg_ru.pdf

16 <http://www.iccwbo.org/>

17 <http://pact.com.ua/incoterms.html>; http://www.tamognia.ru/incoterms_2010/

INCOTERMS-2000 these three terms stipulated the transmission of the risk after the goods have been delivered to the ship, and in INCOTERMS-2010 the risk is transmitted after the full loading on board of the ship.

The question whether the International Commercial Terms should be applied must be solved independently by the parties of a commercial contract, in accordance with the principle of free will — or, as it is called in the international private law, the *lex voluntatis* principle. The legislation of Republic of Moldova must also be obeyed. Our neighbouring country, Ukraine, had a very interesting experience in this sense¹⁸: according to the Decree of the President “On application of International rules of interpretation of commercial terms” Nr. 567/94 from the 4th of October 1994 INCOTERMS have been made mandatory and their application had to be based on the publication in a state newspaper, “The Governmental Courier” (“Урядовий кур’єр”), in Ukrainian language. First of all, this demand had created a legal incertitude, and, secondly, the author’s rights of ICC have been violated. In 2011 another presidential decree (Nr. 589/2011, from the 19th of May 2011) abrogated the decree from 1994.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts are as well a very important example of unofficial codification of international commercial customs. They have been elaborated in 1994 by the International institute of unification of private law (UNIDROIT), which is an intergovernmental organisation. The last revision of these principles was made in 2010.

UNIDROIT Principles, according to the Preamble¹⁹, are meant to set forth general rules for international commercial contracts. They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them. They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like. They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract. They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments. They may be used to interpret or supplement domestic law. They may serve as a model for national and international legislators (as G. Orlova mentions, UNIDROIT Principles served as a model for corresponding chapters of Civil Codes of Russia, Lithuania, Argentina, Tunisia, Quebec and others²⁰).

It is possible to mark out the following provisions of UNIDROIT Principles:

- *Freedom of contract* (article 1.1): the parties are free to enter into a contract and to determine its content;
- *Binding character of contract* (article 1.3): a contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles;

18 http://aliasua.com/novosti_zakonodatelstva4.php

19 <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-russian.pdf>

20 <http://www.kadis.ru/columns/column.php?id=57149>

- *Good faith and fair dealing* (article 1.7): each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade; the parties may not exclude or limit this duty;
- *Duty of confidentiality* (article 2.1.16): Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party;
- *Gross disparity* (article 3.2.7): A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and (b) the nature and purpose of the contract.
- *Rules of interpretation of the contract*: a contract shall be interpreted according to the common intention of the parties; if such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances (article 4.1). There is also the so-called "contra proferentem rule" (article 4.6), saying that if contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred.

It is also stated in the Principles what is the meaning of customs and usual practices for the international commercial contracts. The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves; the parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable (article 1.9 "Usages and practices"). Article 2.1.6 part 3 states that if, by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or of usage, the offeree may indicate assent by performing an act without notice to the offeror, the acceptance is effective when the act is performed. In article 4.3 usages are named among the relevant circumstances which are taken into consideration when it is needed to find out the intention of the parties or to interpret statements or other conduct of the parties. Article 5.1.2 stipulates that implied obligations stem from (a) the nature and purpose of the contract; (b) practices established between the parties and usages; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness. It is also important to mention article 6.1.7, which says that payment may be made in any form used in the ordinary course of business at the place for payment.

G. Orlova, when analysing UNIDROIT Principles, refers to judicial practice of Russia: the case of M. Rosenberg (the decision of Moscow International Commercial

Arbitration Court alongside the Chamber of Commerce and Industry of Russian Federation from 27.07.1999, Nr. 302/1996) where it was proved that the civil defendant did not respect his obligations concerning the delivery of goods and that there have been no circumstances able to release him from civil responsibility²¹. Also there was mentioned a decision of Moscow International Commercial Arbitration Court from 06.09.2002, Nr. 217/2001, according to which the court satisfied the demand to collect the up-front sum for the delivery of goods, because it was proved that the claimant had executed his obligation of paying the up-front money and the defendant did not deliver the goods or return the money voluntarily²². Unfortunately, it is impossible to illustrate the practice of application of UNIDROIT Principles and other international commercial customs and usages by Moldavian courts, because there are no official publications in this sense and no statistics as well. At the same time, it is beyond controversy that such practice exists and there are decisions adopted in this sphere, because INCOTERMS are widely applicable in the Republic of Moldova.

There are also other customs and usages, not commercial by their nature but referring to family relations or succession. They are connected, as prof. M.M. Boguslavskii indicates, with historical, national and religious traditions²³, when commercial practices are formed due to the conduct of the participants in the commercial relations, taking in consideration "their will and intention to follow the unwritten rules produces by the business life"²⁴. The non-commercial customs and usages are applied in certain countries of Africa and Asia.

So, there are the following unsolved problems referring to customs and usages as sources of international private law of Republic of Moldova:

There is no clear and precise classification of usages and customs in the Moldavian legal doctrine;

The judicial practice concerning the application of customs and usages in resolution of commercial disputes is not published officially;

There are no interpretative statements of the Supreme Court of Justice of Republic of Moldova, and thus the process of application of customs and usages in the judicial instances is seriously complicated.

21 <http://www.kadis.ru/newstext.phtml?id=30505>

22 <http://www.kadis.ru/newstext.phtml?id=30506>

23 Богуславский М.М. Международное частное право. 6-е изд. Москва: Норма, Инфра-М, 2011. С. 84.

24 Марышева Н.И. Международное частное право. Москва: Юристъ, 2004. С.65.

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПОНЯТИЯ «УНИФИКАЦИИ ПРАВА» В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ ЭКОНОМИЧЕСКОГО РАЗВИТИЯ

Галина Александровна ПАКЕРМАН, кандидат юридических наук¹

Настоящая статья посвящена теоретическим аспектам унификации права в международном частном праве (МЧП), практике применения современных методов унификации права, в том числе в СНГ. С точки зрения автора настоящей статьи, унификация права не ограничивается только выработкой для двух и более стран общих, единых или единообразных норм и правил регулирования, а тем более для частных торговых отношений. В настоящее время, говоря об унификации норм торгового регулирования, надо иметь в виду не только сферу частноправовых (гражданских) правоотношений, но и публично-правовую сферу регулирования экономических отношений. Практика унификации правового регулирования экономических отношений европейских государств является тому подтверждением. Автор, ориентируясь на современный опыт экономического сотрудничества, предлагает под «унификацией права» понимать не только единообразные нормы, которые создаются в международном договоре или которых должны придерживаться участники рыночных отношений по взаимному согласию, но также и иные средства достижения гармоничного взаимодействия национально-правового регулирования. Данное определение, по мнению автора, отражает общие тенденции в унификации права – стремление не к полному устранению различий в правовом регулировании, а к координации законодательной политики. В работе отмечается, что некоторые исследователи не проводят различий между терминами «унификация права», «сближение законодательства» и «гармонизация». Автор настоящей статьи рассматривает категории «сближение законодательства» и «гармонизация» в качестве методов унификации права. При этом под «сближением законодательства» им понимается включение элементов режима международно-правовой защиты иностранных инвестиций в национальное законодательство. По мнению автора, унификация права – это одно из главных средств создания единого экономического пространства. В свою очередь, создание единого экономического пространства является первой ступенью на пути к интеграции государств. Таким образом, унификация права лежит в основе экономической интеграции государств.
Ключевые слова: унификация права, гармонизация права, сближение законодательства, единое экономическое пространство, экономическая интеграция государств

1 Пакерман Галина Александровна, кандидат юридических наук, арбитр МКАС при ЕАП (Бельгия, г. Брюссель), член Российской ассоциации международного права, член Ассоциации международного морского права

THE DEFINITION OF „UNIFICATION OF LAW“ CONCEPT IN THE MODERN ECONOMIC DEVELOPMENT CONDITIONS

The present article is dedicated to the theoretical aspects of unification of law in the international private law (IPL) and the practice of application of modern unification methods, including the practice of CIS. From the author's point of view, unification is not restricted to the sole elaboration of common, unified or uniform norms and rules of regulation for two or more states, especially in the sphere of private commercial relations. In the meantime, speaking of the unification of commercial regulation, we need to have in mind not only the sphere of private (civil) legal relations, but also the sphere of public legal regulation of economic relationships. The practice of unification of legal regulation of economic relationships in the European states serves as a confirmation for this statement. The author, guided by the modern experience of economic collaboration, proposes to understand the "unification of law" not only as uniform norms that are created by means of an international treaty and that have to be obeyed by the participants in the market relations on the basis of their common will, but also other means of achieving a harmonious interaction in the national legal regulation. This definition, as the author considers, reflects the general tendency in the unification of law, which is an aspiration not to a complete elimination of differences in the legal regulation, but to a coordination of legislative policy. It is mentioned in the article that certain researchers do not make a difference between the terms "unification of law", "adjustment of legislation" and "harmonization". The author considers the concepts of "adjustment of legislation" and "harmonization" as methods of unification. At the same time "adjustment of legislation" is understood as an introduction of elements of international legal protection regime for the foreign investments in the national legislation. The author considers that unification of law is one of the main methods of creating a unified economic space. In its turn, creation of a unified economic space serves as the first step on the path of integration of the states. Thus, the unification lies at the heart of economic integration of the states.

Keywords: *unification of law, harmonization of law, adjustment of legislation, uniform economic space, economic integration of states*

Теоретические проблемы унификации права

Понятие «унификация права» является дискуссионным уже на протяжении многих лет, и до сих пор нет согласованного научно-разработанного его определения². Специалисты, как правило, ограничиваются рассмотрением методов унификации права, ее видов, целей и задач.

Целенаправленное многостороннее сотрудничество в области унификации частного права началось еще в XIX веке. Унификация права затронула в первую очередь коллизионное право, поскольку считалось, что «столкновение законов должно быть регулируемо однообразно»³. Под унификацией права в

2 Само слово «унификация» происходит от латинских слов «unus» («один», «единственный») и «facio» («делать», «производить», «изготавливать») и переводится как «приведение чего-либо к единой форме».

3 Мандельштам А.Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. С. — Петербург, 1900. Т. I. С. 221.

то время понимали единообразные «законодательные» решения правового регулирования. Обращение к унификации международного частного права (МЧП) обеспечивало гармоничное взаимодействие между различными правовыми системами. Единообразный подход к решению коллизионных вопросов должен был придать устойчивость международным отношениям.

В русской литературе конца XIX — начала XX вв. вопрос унификации права поднимали такие ученые, как Д.И. Мейер, Н.П. Иванов, П.Е. Казанский, А.Н. Мандельштам, Ф.Ф. Мартенс, М.И. Брун и др.⁴

В советский период вопросами унификации МЧП занимались А.Н. Макаров, И.С. Перетерский, С.Б. Крылов, Л.А. Лунц, А.Г. Гойхбарг, Н.И. Марышева, О.Н. Садиков, В.М. Корецкий, А.Л. Маковский, С.Н. Лебедев, М.М. Богуславский, О.П. Коровина и др.⁵

В настоящее время проблемы унификации права рассматриваются в работах Н.Г. Вилковой, Н.Г. Дорониной, В.А. Егизарова, В.П. Звекова, А.А. Маковской и др.⁶

4 Например, см.: Мейер Д.И. Чтения о русском гражданском праве. Ученые записки Казанского университета. 1858 -1859 гг.; Казанский П.Е. Учебник международного права. Одесса, 1904; Мандельштам А.Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. С. — Петербург, 1900. Т. I; Мартенс Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Санкт — Петербург. 1887. Т. I; он же. 1900. Т. II.

5 Например, см.: Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 1924; Перетерский И.С. Очерки международного частного права РСФСР. М., 1925; Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1930; Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1940; Кулагин М.И. Избранные труды по акционерному и торговому праву. М., 2004; Грингольц И.А. Унификация и сближение законодательства стран — членов СЭВ в процессе социалистической интеграции (Теоретические проблемы) // Советское Государство и Право. — № 10. — 1975. — С. 84–88; Лунц Л.А. Курс международного частного права: В трех томах. М., 2002; Богуславский М.М. Международное частное право. М., 2004; Коровина О.П. Методы унификации норм в международном частном праве. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 1988; Лебедев С.Н. О природе международного частного права // Советский ежегодник международного права. — 1979. — С. 61–77; Маковский А.Л. Вопросы теории международно-договорной унификации права и состав международного частного права. Материалы Торгово-промышленной палаты СССР. — Вып. 34. М., — 1983. — С. 26–33; Садиков О.Н. Унифицированные нормы в международном частном праве // Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право. М., 1984. С. 38–49.

6 Например, см.: Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2004; Дорониная Н.Г. Унификация и гармонизация права в условиях международной интеграции // Журнал российского права. — 1998. — № 6. — С. 53–67; Егизаров В.А. Унификация гражданского законодательства участников Договора о создании Союзного государства // Право и экономика. — 2000. — № 9. — С. 58–66; Звеков В.П. Международное частное право. М., 2004. С. 121–125; Маковская А.А. Унификация международного частного права в рамках Европейского Экономического Сообщества: Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. М., 1992.

Теоретическим проблемам унификации права ряд работ посвящен в зарубежной литературе⁷.

Многие авторы дают определение унификации права, исходя из начала единообразия норм. Так, Л.А. Лунц определяет унификацию права как единообразие коллизионных или материальных норм в определенной сфере отношений⁸. Наличие различий в материальном гражданском праве отдельных государств является предпосылкой появления коллизионных норм. Коллизионная норма указывает нам на компетентную материально-правовую норму, подлежащую применению в случае возникновения правоотношения с иностранным элементом, т.е. когда создается ситуация, которую называют коллизией или «столкновением» законов. Коллизионные нормы призваны устранить незначительные различия в регулировании отдельными странами тех или иных гражданско-правовых отношений. Однако данные различия в регулировании можно устранить не только в порядке создания коллизионных норм, но и путем «унификации соответствующих «материальных» законов»⁹.

Применение способа унификации материально-правовых норм в области внешнеэкономических отношений, по мнению Л.А. Лунца, означает более тесное сотрудничество между странами и более высокую форму регулирования, нежели регулирование посредством коллизионных отсылок к праву той или иной страны.

М.И. Кулагин, один из авторитетнейших специалистов в области зарубежного гражданского права, под унификацией права понимает единообразное нормативное регулирование тех или иных общественных отношений в различных правовых системах¹⁰. При этом унификация может иметь место как в рамках одного государства, так и в международном масштабе («всемирном», «региональном»).

Унификацию права определяют и как следствие изменений национальных право порядков в виде принятия в отдельных странах одинаковых, текстуально единообразных правовых норм (Г.М. Вельяминов¹¹); и как вырабатываемые единые (единообразные) для всех государств (в частности, государств-участников

7 Например, см.: David R. The Methods of Unification //AJCL. 1968. №1-2; Kemper M., Wiemann H. Die Bedeutung des internationalen Privatrechts in der DDR // Staat und Recht. 1965. №2. S. 210; Van der Laan R. Harmonization versus differentiation. EU environmental policy with respect to stationary sources [Электронный ресурс] // Сайт в сети Интернет: <http://harmonisation.pagenic.nl/pdf>.

8 Лунц Л.А. Курс международного частного права: В трех томах. М., 2002. С. 31–34.

9 Лунц Л.А. Курс международного частного права: В трех томах. М., 2002. С. 31.

10 Кулагин М.И. Избранные труды по акционерному и торговому праву. М., 2004; см. также: <http://civil.consultant.ru>.

11 Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс): Учебник. М., 2004.

ЕС) правовые нормы (А.А. Маковская¹²); и как процесс выработки единых (унифицированных) правовых норм для сходных отношений, независимо от того, в каких правовых формах осуществляется данный процесс (В.А. Егiazаров¹³).

О.П. Коровиной «наиболее верным представляется подход к унификации норм международного частного права как к процессу целенаправленного сотрудничества с целью разработки единообразных норм»¹⁴.

Н.Г. Вилкова под унификацией права международных контрактов понимает создание в праве разных государств единообразных по содержанию норм, предназначенных для регламентирования соответствующей группы правоотношений, которые заменяют положения национального законодательства такими единообразными нормами и тем самым создают единообразное правовое пространство, позволяющее обеспечить единые или сходные правовые условия функционирования хозяйствующих субъектов¹⁵.

О.Н. Садиков дает определение унифицированных норм, под которыми понимает правовые нормы, которые после принятия их заинтересованными государствами заменили бы разнородные положения национального законодательства и устранили тем самым отмеченные трудности¹⁶. Таким образом, унификация права понимается им, как приведение к единообразию. Процесс выработки таких норм он называет унификацией правового регулирования.

О.Н. Садиков предлагает стройную классификацию унифицированных норм.

Первую группу составляют унифицированные материально-правовые нормы, нормы процессуальные и унифицированные коллизионные нормы. Последние, по его мнению, не обеспечивают единства правового регулирования, но создают единые коллизионные критерии и отсылки к определенному иностранному закону. Данная группа сформирована, исходя из предмета регулирования.

12 Вместе с тем А.А. Маковская пишет, что «осуществляемая в рамках ЕЭС правовая унификация, в целом, и материально-правовая унификация, в частности, нацелены в первую очередь не на решение коллизионной проблемы путем установления определенного единообразного режима регулирования тех или иных отношений, а на решение задач, поставленных Договором. Устранение коллизионной проблемы является своего рода вторичным результатом материально-правовой унификации в рамках ЕЭС». (Маковская А.А. Унификация международного частного права в рамках Европейского Экономического Сообщества: Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. М., 1992. С. 12).

13 Егiazаров В.А. Унификация гражданского законодательства участников Договора о создании Союзного государства // Право и экономика. — 2000. — № 9. — С. 58.

14 Коровина О.П. Методы унификации норм в международном частном праве: Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. М., 1988. С. 13.

15 Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2004. — С. 78.

16 Садиков О.Н. Унифицированные нормы в международном частном праве // Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право. М., 1984. С. 38–49.

Вторую группу составляют унифицированные нормы, классификация которых основана, исходя из их географического расположения: унификация универсальная и региональная. Данное деление на универсальную и региональную унификацию является традиционным.

Третья группа сформирована с точки зрения способов юридического оформления, т.е. заключение международных договоров (конвенций), принятие рядом государств примерных (типовых) законов, выработанных специально созданными для этого организациями.

Четвертую группу составляют международные торговые обычаи, которые широко применяются в области торгового мореплавания и международных расчетах и которые в той или иной мере способствуют унификации права, а точнее способствуют единству в решении многих важных практических вопросов.

Различные дискуссии о правовой природе унифицированных норм велись в рамках СЭВ. Под международной унификацией национальных правовых норм подразумевали сложную, многогранную и комплексную проблему, относящуюся к, так называемым, смежным правовым проблемам, которые связаны с различными областями и отраслями права и правовой науки (международным публичным, международным частным и внутригосударственным правом)¹⁷.

Многие исследователи понятию «унификации права» придают значение динамичного движения к единообразному результату и поэтому включают в него нормы разных отраслей права.

На наш взгляд, унификация права не ограничивается только выработкой для двух и более стран общих, единых или единообразных норм и правил регулирования, а тем более для частных торговых отношений. В настоящее время, говоря об унификации норм торгового регулирования, надо иметь в виду не только сферу частноправовых (гражданских) правоотношений, но и публично-правовую сферу регулирования экономических отношений. Практика унификации правового регулирования экономических отношений европейских государств является тому подтверждением.

Представляется, что изначально в понятие «унификация права» закладывалось нечто большее, нежели достижение простого единообразия коллизионных норм.

Так, уже на рубеже XIX—XX вв. Ф.Ф. Мартенс, размышляя над вопросом об основных началах МЧП, пришел к заключению, что при сходстве основных правовых понятий и основных принципов гражданских законов различных стран, применение одного из этих законов к правоотношению, возникшему под действием других законов, не может привести к уничтожению спорного

17 Петросян Р.А. Проблемы международной унификации национальных правовых норм, регулирующих экономическое сотрудничество между хозяйственными организациями стран-членов СЭВ. Автореферат дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1973. С. 5.

права¹⁸. Иными словами, сходство законов различных государств еще не означает унификации права и преодоления коллизийной проблемы. Сходство законов различных стран позволило говорить о «сближении» как одной из форм унификации права.

Ф.Ф. Мартенс идет дальше в своих рассуждениях и утверждает, что если законы отдельных государств не устраняют недоразумений, постоянно возникающих на практике относительно применения начал МЧП, то необходимо общее международное соглашение по этому вопросу. При этом он отмечает, что постепенной унификации МЧП будет способствовать сбалансированное проведение государствами одновременно политики начала суверенитета и идеи международного общения. Данное положение актуально и сегодня, в частности, в отношении унификации правового регулирования иностранных инвестиций, где соприкасаются нормы административно-правового и гражданско-правового регулирования.

Унификация права, по мнению Р. Давида, с большей гибкостью достигается при применении государствами различной техники помимо создания единообразных материальных норм, которые имеют особое значение в регулировании внешнеэкономических сделок¹⁹.

Аналогичной точки зрения придерживается А.Л. Маковский²⁰. Цель международной унификации права он видит в исключаящем коллизии законов регулировании отношений, которые могут подпадать под действие права разных государств. Вместе с тем он выделяет ряд объективных причин, препятствующих унификации права. В частности, различия в содержании однотипных отношений, возникающих во внутреннем и международном обороте; отсутствие во внутреннем обороте таких отношений, которые присутствуют в международном обороте; невозможность принятия международных правил регулирования отношений из-за несовместимости с внутренними экономическими условиями страны.

Таким образом, на наш взгляд, весьма сомнительно и нецелесообразно достижение единообразия в отношениях, подчиненных административно-правовому регулированию. Унификация норм административно-правового регулирования требует устранения торговых барьеров. Поэтому унификацию права в данной области можно рассматривать как процесс, в ходе которого достигается гармоничное взаимодействие правил регулирования различных стран, при этом правила не являются единообразными. Указанное определение унификации права было дано еще в 1965 году немецкими юристами М. Кемпером и Х. Виманом²¹.

18 Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. С–Петербург, 1900. Т. II. С. 304.

19 David R. The Methods of Unification // AJCL. 1968. № 1–2.

20 Маковский А.Л. Унификация морского права и понятие международного частного морского права // Советский ежегодник международного права. — 1979. — С. 228.

21 Kemper M., Wiemann H. Die charakteristischen Merkmale der Aussenhandelslieferverträge im Bereich des RGW // Staat und Recht. 1965. №2. S. 207.

Правда, они противопоставили унифицированные правила творению «нового права», специально рассчитанного на отношения с иностранным элементом, принимаемого государствами совместно и выводимого исключительно из потребностей практики международного оборота.

Такой взгляд был подвергнут необоснованной критике²². Дело в том, что указанное понимание унификации права противоречило сложившемуся представлению об унификации права международной торговли как о важной предпосылке единообразного правового регулирования отношений с иностранным элементом посредством сравнительного изучения и постепенного сближения национальных норм. Представляется, что на сегодняшний день приведенные утверждения критиков опровергаются получившими развитие процессами глобализации рынков.

Исходя из теории унификации права и современного опыта экономического сотрудничества, Н.Г. Дорониной было предложено рассматривать унификацию права в широком и узком значении²³. Под унификацией права в широком смысле она понимает движение к гармоничному взаимодействию различных правовых систем, а в узком смысле — создание единообразных норм гражданского права.

На наш взгляд, в современных условиях унификацию права следует понимать более широко, не ограничиваясь применением единообразных коллизионных и материально-правовых норм, а также подписанием международно-правовых актов, направленных на единообразное правовое регулирование отношений. Унификация права — это одновременно и процесс и результат, достижению которого способствует использование различных методов и способов. При чем использование тех или иных методов и способов, как справедливо замечают С.Н. Лебедев и Н.Г. Вилкова²⁴, зависит от «предмета» унификации. Это означает, что способы унификации права в сфере гражданско-правовых отношений будут отличаться от способов унификации, применяемых в административно-правовой сфере.

Например, летом 1999 года в Минске, на совместной коллегии министерств финансов России и Беларуси, эксперты выработали три направления унификации в налоговой сфере:

22 Сас И. Общие условия поставок. Единый закон о международной торговле // «Рабочее совещание по правовым вопросам международных экономических связей. Будапешт, 16-18 ноября 1971 г.». Будапешт. 1972. С. 40–50.

23 Доронина Н.Г. Унификация и гармонизация права в условиях международной интеграции // Журнал российского права. — 1998. — № 6. — С. 54.

24 Лебедев С.Н. Унификация правового регулирования международных хозяйственных отношений (некоторые общие вопросы) // Юридические аспекты осуществления внешнеэкономических связей: Труды кафедры международного частного и гражданского права МГИМО МИД, М., 1979. С. 15 — 43; Методы унификации права международных контрактов // Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2004. С. 61–92.

- 1) применение в Республике Беларусь и Российской Федерации единого перечня основных налогов, исчисляемых от результатов финансово-хозяйственной деятельности налогоплательщиков;
- 2) применение единых подходов к определению налогооблагаемой базы, которая исчисляется по результатам финансово-хозяйственной деятельности;
- 3) применение согласованных размеров ставок косвенных налогов при взаимной торговле между нашими странами²⁵.

Таким образом, эксперты решили достичь унификации в сфере регулирования налоговых отношений посредством выработки основных направлений, которым должны следовать оба государства. Следует отметить, что данное решение касается унификации налогового права, которое находится за рамками гражданских правоотношений.

С.Н. Лебедев, опираясь на примеры унификации в области хозяйственных отношений, также определяет унификацию как результат и процесс²⁶. При этом под «процессом» он понимает целенаправленное сотрудничество различных государств, включая, в частности, совместную выработку ими в том или ином порядке проектов соответствующих нормативных положений.

Изучая вопрос унификации акционерного права в рамках Общего рынка европейских государств, М.И. Кулагин отметил, что процесс формирования единообразного правового регулирования определенных общественных отношений или же результат этого процесса зачастую именуется в юридической литературе сближением, гармонизацией, согласованием права²⁷.

Соотношение понятий «унификация права», «сближение законодательства», «гармонизация»

Некоторые авторы не проводят различий между терминами «унификация», «сближение» и «гармонизация» права.

Так, А.В. Асосков, рассматривая правовые формы участия юридических лиц в международном обороте, указанные термины использует как «синонимичные». Он считает, что «классификация способов унификации должна быть основана на существенных различиях в правовой природе используемых юридических средств», которые пока не нашли четкого закрепления в международно-правовой практике, поэтому термины «сближение» и «гармонизация» не рассматриваются им в качестве способов унификации²⁸.

25 Белорусская газета. Минск. № 13 (229) апрель. 2000.

26 Лебедев С.Н. Унификация правового регулирования международных хозяйственных отношений (некоторые общие вопросы) // Юридические аспекты осуществления внешнеэкономических связей: Труды кафедры международного частного и гражданского права МГИМО МИД. М., 1979. С. 18.

27 Кулагин М.И. Избранные труды по акционерному и торговому праву. М., 2004.

28 Асосков А.В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М., 2003. С. 238.

В.П. Звеков, анализируя документы, принятые в рамках СНГ, также отождествляет понятия «унификация», «сближение» и «гармонизация»²⁹.

А.Л. Маковский отмечает, что поскольку новые независимые государства «больше всего пеклись о своем суверенитете и независимости», то «слово «унификация» в применении к законодательству стран СНГ встречало полное отрицание» и его заменяли словом «сближение»³⁰. Иными словами, «сближение законодательства» им рассматривается в качестве цели.

Вместе с тем проведенный анализ документов Содружества показывает, что «сближение законодательства» может выступать также в качестве средства унификации права, и в этом смысле употребляется, например, в Договоре о создании Экономического Союза от 24 сентября 1993 г.

Сближение национальных правовых норм в качестве дополнительного средства унификации права рассматривается С.Н. Лебедевым³¹. При этом он уточняет, что данный способ унификации права применяется, когда единообразные материально-правовые нормы, содержащие унифицированные коллизионные нормы, отсылают к национальному праву.

И.А. Грингольц видит отличие унификации права от сближения национального законодательства в том, что последнее предполагает сходство, но не тождество правовых решений³². Сближение законодательства им понимается одновременно как цель и средство. Где в качестве цели сближение законодательства выступает при создании общего правового режима как определенный этап и как средство для достижения единого порядка регулирования соответствующих отношений.

Представляется, что применительно к инвестиционным отношениям сближение законодательства как метод унификации права означает включение элементов режима международно-правовой защиты иностранных инвестиций в национальное законодательство.

Такое же многообразие содержания характерно и для термина «гармонизация». Например, Н.Г. Вилкова считает, что гармонизация может выступать в качестве способа унификации права (например, как основной метод формирования права ЕС) и в качестве цели (например, в документах ЮНСИТРАЛ)³³. Нередко унификацию права отождествляют с гармонизацией³⁴.

29 Звеков В.П. Международное частное право. М., 2004. С. 121–125.

30 Маковский А.Л. Об унификации гражданского законодательства на едином экономическом пространстве (советский и постсоветский опыт) // Журнал ЮРИСТ. — 2006. — № 9(63).

31 Лебедев С.Н. О природе международного частного права // Советский ежегодник международного права. -1979. — С. 61– 77.

32 Грингольц И.А. Унификация и сближение законодательства стран — членов СЭВ в процессе социалистической интеграции (Теоретические проблемы) // Советское государство и право. — № 10. — 1975. — С. 86.

33 Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2004. С. 78.

34 Это было отмечено также Н.Г. Вилковой, которая пишет, что в работах ряда авторов о гармонизации практически речь идет об унификации, что данные термины часто ис-

В правовой науке не выработано единого определения «гармонизации права».

В отечественной литературе дано определение гармонизации законодательства — «это комплексная система деятельности правоведов, включающая: выявление наличности правовой базы каждого государства; проведение сравнительного анализа, выявление различий и противоречий, пробелов; оценку актуальности и преимуществ законодательства каждой из сторон; выработка прогноза относительно реализации конкретных форм создания единой или унифицированной правовой системы ... организация работы по каждому объекту законодательства с учетом определенной формы его адекватности включения в единое правовое пространство»³⁵.

Н.Г. Доронина рассматривает гармонизацию права как «метод унификации права в широком его значении» (а именно: «как движение к гармоничному взаимодействию различных правовых систем»)³⁶, и как «способ достижения такого результата, когда нормы национального законодательства соответствуют общему принципу регулирования»³⁷.

В белорусской литературе данное утверждение было подвергнуто необоснованной критике³⁸. Автор, высказывая мысль о том, что гармонизация не может быть методом унификации права, поскольку «по своему содержанию является более широким понятием, чем унификация», не учел того, что унификацию права можно рассматривать, исходя из ее узкого и широкого толкования. Унификация права в узком смысле в качестве конечной цели ставит формирование конкретной единообразной нормы гражданского права, в области же административного права появление единообразных норм исключается, поскольку затрагиваются властно-распорядительные функции государства. «Нельзя лишить государство возможности осуществлять свою внешнеэкономическую (валютную, таможенную) политику»³⁹. Поэтому, говоря об унификации административно-правовых норм права, следует иметь в виду координацию действий государств по принятию

пользуются как взаимозаменяющие и взаимодополняющие. (Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2004. С. 70).

35 Бачило И.Л. Методика гармонизации законодательства. Материалы конференции. [Электронный ресурс] // <http://www.jurfak.spb.ru/conference/18102000/bachilo-metod.htm>.

36 Доронина Н.Г. Унификация и гармонизация права в условиях международной интеграции // Журнал российского права. — 1998. — № 6. — С. 55, 59.

37 Доронина Н.Г. Гармонизация права и экономическая интеграция стран СНГ. Правовые проблемы вступления в ВТО // Правовое обеспечение межгосударственной интеграции. Сб. статей. — М. — 2005. — С. 162.

38 Кудрявец Ю.Н. Некоторые проблемы реализации норм международных правовых актов во внутреннем праве государств // Белорусский журнал международного права и международных отношений. — 1999. — № 3; также текст статьи см. на сайте Журнала в сети Интернет: <http://evolutio.info>.

39 Доронина Н.Г. Унификация и гармонизация права в условиях международной интеграции // Журнал российского права. — 1998. — № 6. — С. 56.

различных политических решений, согласование общих целей и направлений их деятельности. Иными словами, гармонизация выступает в качестве метода унификации права в его широком понимании.

Некоторые европейские исследователи также рассматривают гармонизацию как средство унификации права, правда, через призму социально-экономических отношений и норм, их регулирующих.

Например, Э. Штайн говорит об устранении различий между нормами национального права через сближение⁴⁰. При этом он подразумевает достижение некоторого уровня единства законодательства, или же своего рода «коридор колебаний», с помощью которого задаются общие параметры принятия нормативно-правовых актов органами государства, т.е. имеется в виду унификация права посредством гармонизации.

Г. Ханссон определяет гармонизацию как «координацию действий при осуществлении экономической политики и мер по снижению различий при их осуществлении»⁴¹.

Роб Ван дер Лан, специалист в области экологического законодательства, определяет гармонизацию права как хорошо обдуманное средство проведения одинаковой политики, применение схожих инструментов регулирования в различных странах⁴². Иными словами, гармонизация права у него выступает в качестве специальной формы координации. Данное им определение сфокусировано на результате, но не на процессе.

Термин «гармонизация» применяется юристами Евросоюза для описания всех процессов создания однородной правовой среды в рамках Европейских интеграционных объединений.

Однако некоторые европейские юристы гармонизацию отождествляют с унификацией и рассматривают в качестве цели. Например, С. Чарновиц определяет гармонизацию как движение разных стран к общим стандартам и регуляторам⁴³.

В качестве различных способов достижения одной цели — «унификации права» — термины «гармонизация» и «сближение», а также «координация» употребляются в Римском договоре 1957 г.⁴⁴. Так, термин «сближение» рассма-

40 Более подробно см.: Stein E. Harmonization of European Company Laws // Law and Contemporary Problems. — 1972. — Vol. 37. No. 2. — Pp. 318–328.

41 Более подробно см.: Hansson G. Harmonization and International Trade. — London and New York: Routledge. — 1990.

42 Van der Laan R. The European Environmental Policy with Respect to Stationary Sources; Harmonisation versus Differentiation. — Groningen. — 2002. — P. 13.

43 Более подробно см.: Charnovitz, S. Environmental Harmonization and Trade Policy // Zaelke, D., Orbuch, P., Housman, R.F. (Eds.). Trade and the Environment; Law, Economics and Policy, Center for International Environmental Law. — 1993. — Pp. 267–286.

44 Применение методов гармонизации, координации и сближения способствуют достижению поставленных в статье 2 Римского договора 1957 г. целей: «содействие повсеместно в Сообществе гармоничному, сбалансированному и устойчивому развитию экономической деятельности, ... высокому уровню конкурентоспособ-

тривается в качестве средства, необходимого для достижения экономического и валютного союза (п. 2 ст. 116).

В отечественной литературе имеется попытка классифицировать указанные термины согласно сферам их применения. По мнению Ю.М. Юмашева, термин «сближение» относится к нормам, непосредственно воздействующим на становление и функционирование «общего рынка» в целом, термин «координация» применяется в отношении права компаний, термин «гармонизация» применяется в отношении прямого или косвенного налогообложения⁴⁵.

Действительно, анализ текста Римского договора показывает, что термин «сближение» в основном употребляется применительно к законодательству, нормам права, а также в контексте с экономической деятельностью государств-членов⁴⁶; термин «координация» применяется, когда говорится о политике государств-членов или о различных национальных рыночных структурах⁴⁷; термин «гармонизация» — в контексте с административным законодательством⁴⁸. Однако данная классификация, в основе которой лежат сферы применения указанных терминов, достаточно условна. Например, А.А. Маковская считает нецелесообразным проводить различия между указанными терминами, основываясь на выделении той или иной области отношений⁴⁹.

Следует отметить, что возникновение понятия «гармонизация права» связано с появлением экономических союзов, с увеличением движения товаров, работ, услуг, капитала, следовательно, с усилением роли административно-правового регулирования тех или иных отношений. При этом подходы к гармонизации как правовому явлению существенно различаются в различных региональных объединениях.

ности и сближению экономических показателей, ... экономическому и социальному сплочению и солидарности государств-членов».

45 Юмашев Ю.М. Правовое регулирование прямых иностранных капиталовложений в ЕЭС. М., 1988. С. 55–57.

46 Например, «сближение национальных законодательств государств-членов в той степени, которая необходима для нормального функционирования общего рынка» (п. 1 ст. 3), «сближения национальных норм гражданского судопроизводства, действующих в государствах-членах» (п. «с» ст. 65); «Общие положения о конкуренции, налогообложении и сближении законов» — заголовок раздела VI. Сближению законов и правовых актов, которые оказывают непосредственное воздействие на создание и функционирование общего рынка, посвящена глава 3 Римского договора.

47 Например, статьи 2, 4 и 34 Римского договора.

48 Например, «гармонизации законодательства о налогах с оборота, акцизных сборах и других формах косвенного налогообложения» (ст. 93), гармонизация законов и подзаконных актов стран-членов в области здравоохранения (ст. 95), мировой торговли (ст. 131), в области таможенного сотрудничества и т.п.

49 Маковская А.А. Унификация международного частного права в рамках Европейского Экономического Сообщества: Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. М., 1992. С. 13–16.

Так, в странах Латинской Америки в основу современного понимания «гармонизации» права легли принципы разграничения законодательной компетенции государств-участников соглашения в области материального гражданского и торгового права, впервые введенные в действие Конвенцией о международном частном праве 1928 г. (Кодексом Бустаманте)⁵⁰. При применении особого метода унификации права — принципа регулирования, который в настоящее время чаще называют методом гармонизации права, главным является не принятие единообразных норм, а формулировка основной цели или принципа правового регулирования.

Таким образом, латиноамериканские юристы изначально под «унификацией права» понимали не только создание единообразных норм права, но и принятие международных норм-принципов регулирования и гармонизацию права на основе этих принципов. Использование норм-принципов позволяло и позволяет в настоящее время проводить унификацию законодательства не только в области частного права, но также и в публично-правовой сфере, что очень важно для унификации правового регулирования иностранных инвестиций. Государство-участник, следуя указанному в соглашении принципу регулирования, самостоятельно определяет содержание нормы правового регулирования и ее место в своей правовой системе, тем самым государство-участник реализует свою законодательную компетенцию на основе закрепленного в международном праве принципа суверенитета.

Фундаментальное развитие понятие «гармонизация» получило в рамках развития Евросоюза. Об этом свидетельствует появление в праве ЕС различных моделей гармонизации.

Так, Роб Ван дер Лан выделяет три подхода гармонизации, применяемые в ЕС: первый подход основан на сочетании норм нескольких правовых систем; второй — на использовании норм отдельной правовой системы; третий — внедрении норм, новых для права государств-членов ЕС, преимущественно посредством директив⁵¹. Директивы он называет «основными правовыми актами гармонизационного строительства», которые позволяют достичь наивысшего уровня гармонизации. В науке европейского права этот феномен получил название «модели полной гармонизации», т.е. когда существует одна

50 Кодекс Бустаманте до сих пор является значительным событием в истории унификации и источником международного частного права. Он представляет собой универсальный свод коллизионных норм, применяемых в регулировании гражданско-правовых отношений, возникающих при осуществлении торговли между лицами различных государств, и является примером успешной унификации. Одной из основных целей Кодекса Бустаманте было создание правовых основ защиты прав иностранцев (физических и юридических лиц), в каком бы из договаривающихся государств они ни находились.

51 Van der Laan R. The European Environmental Policy with Respect to Stationary Sources; Harmonisation versus Differentiation. — Groningen. — 2002.

унифицированная норма, и нет ни одной другой нормы, относящейся к регулированию схожих отношений.

Модель полной гармонизации выявила ряд существенных недостатков, в числе которых достаточно длительное время, необходимое для согласования директив на уровне государств-членов ЕС, а также разноразностная их имплементация в национальное право государств-членов. В этой связи в ЕС был применен так называемый «избирательный подход» в модели полной гармонизации или «избирательная гармонизация». «Избирательная гармонизация» осуществляется главным образом за счет взаимного признания и установления минимальных стандартов. В доктрине европейского права этот подход к гармонизации также известен как метод создания гармонизированных технических стандартов или модель минимальной гармонизации.

Минимальная гармонизация позволяет государствам-членам применять более высокие стандарты на своей территории с тем условием, что такая практика не должна создавать барьеров в отношении импорта товаров и услуг, соответствующих минимальным стандартам. Установление минимальных стандартов, по мнению Р. Ван дер Лана, не препятствует научно-техническому развитию, так как при определении основных направлений гармонизации в таких сферах, как социальная защита, интересы и права потребителей, экологические нормативы, в утвержденные стандарты закладывается возможность их изменения с учетом новых научных открытий.

Появление в праве ЕС различных моделей гармонизации свидетельствует о постоянном развитии этого процесса. Кроме того, толкование нормативных актов гармонизационного характера Судом ЕС позволило выработать основные принципы гармонизации, среди которых выделяют взаимное доверие⁵², контроль страны происхождения товара, единое лицензирование. Данные принципы реализуются преимущественно в сфере функционирования «Общего рынка».

Гармонизация, будучи неотъемлемой частью системы европейского права, стала одним из основных правовых инструментов европейской интеграции.

52 Принцип взаимного доверия основывается на положениях Договора о Европейском Сообществе, получивших расширенное толкование в практике Суда ЕС. Так, в соответствии со статьей 10 *государства-члены должны принимать все необходимые меры для выполнения обязательств, вытекающих из Договора и избегать тех, которые могут препятствовать достижению целей Договора*. Сделав отсылку к этой норме, Суд ЕС подтвердил верховенство права ЕС по отношению к национальному праву и конституировал, что, если меры, предпринимаемые одним государством, идут вразрез с нормами права Сообщества, все остальные государства-члены ЕС не должны совершать подобных шагов.

*Соотношение понятий «унификация права»,
«единое экономическое пространство» и «интеграция»⁵³.*

Понимание унификации права в широком смысле, т.е. как гармоничное взаимодействие правовых систем разных стран, является адекватным применительно к условиям экономической интеграции политически независимых государств. Унификация посредством гармонизации позволяет устранить национальные барьеры на пути взаимного торгового и инвестиционного взаимодействия, установить добросовестную конкуренцию. В дальнейшем, исходя из совместно выработанных экономических, социальных, политических приоритетов, на основе унификации посредством гармонизации налоговых, валютных, таможенных, банковских отношений создается единое экономическое пространство.

Унификацию права как одно из главных средств создания единого экономического пространства, которому предшествует создание «Общего рынка, единого рынка ... европейского союза», рассматривает А.А. Маковская⁵⁴. Этой точки зрения придерживаются В.П. Звекон и Н.Г. Доронина⁵⁵.

Изучая проблемы унификации права стран-членов СЭВ, И.А. Грингольц писал, что процесс экономической интеграции неразрывно связан с усилением роли права, что является следствием сознательного регулирования процесса интеграции на государственном уровне⁵⁶. Внутри каждой страны должны быть созданы наиболее благоприятные правовые условия для развертывания интеграционных процессов. Экономическое сотрудничество требует единой правовой регламентации, которая достигается путем согласования воле государств и выработки правовых норм, составляющих предмет международно-правовых актов.

В основе региональной интеграции лежат естественные процессы усиления взаимозависимости национальных хозяйственных систем и рынков. «Во все исторические эпохи, всегда, когда экономические отношения начинали выходить за рамки одного государства и таким образом приобретали международный

53 Слово «интеграция» происходит от латинских слов «integer» — целый, и «integratio» — восстановление. Толковый словарь трактует «интеграцию» как «объединение в одно целое».

54 Маковская А.А. Унификация международного частного права в рамках Европейского Экономического Сообщества: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1992. С. 2.

55 Звекон В.П. Международное частное право. М., 2004. С. 121 — 125; он же. Международное частное право: Учебник для ВУЗов / Под ред. Н.И. Марышевой. М., 2004. С. 60; Доронина Н.Г. Унификация и гармонизация права в условиях международной интеграции // Журнал российского права. — 1998. — № 6. — С. 53–67.

56 Грингольц И.А. Унификация и сближение законодательства стран — членов СЭВ в процессе социалистической интеграции (Теоретические проблемы) // Советское Государство и Право. — № 10. — 1975. — С. 84–88.

характер, отчетливо проявлялась тенденция к созданию для этих отношений *единообразного правового режима*, невзирая на суверенитет и национальные границы государств⁵⁷.

В юридической практике используется термин «единое правовое пространство», который означает действие международных договоров определенной группы (например, международных договоров, касающихся вопросов торговли, финансов и т.п.) совместно с договорами, направленными на унификацию права. Таким образом, понятие «единое правовое пространство» не следует ограничивать простым созданием единообразных норм. Отсюда и понимание Л.А. Лунцем унификации права как единообразия коллизионных и материальных норм в определенной сфере отношений оказывается неадекватным при создании единого правового пространства. Единое правовое пространство предполагает наличие общего рынка, следовательно, унификацию в гражданско-правовой и административно-правовой сфере. В свою очередь, унификация административно-правового регулирования посредством создания единообразных коллизионных и материально-правовых норм вряд ли сможет обеспечить необходимую гибкость и оперативность регулирования соответствующих отношений, при чем в данном случае затрагивается вопрос о суверенитете, поскольку ущемляется самостоятельность государства в принятии решений.

В связи с этим, ошибочным, на наш взгляд, является мнение, согласно которому унификация понимается одновременно как «создание единого правового пространства, объединение правовых пространств различных государств» и как работа над созданием единообразных норм, применяемых в дальнейшем государствами⁵⁸. Нельзя отождествлять процесс создания единообразных норм и создание единого правового пространства. С нашей точки зрения, создание единого экономического пространства — это первая ступень на пути к интеграции государств, представляющая собой объективный процесс сближения и взаимодействия национальных хозяйств, формирование региональных группировок.

В литературе было высказано мнение о том, что реальная интеграция возможна и даже необходима для государств, имеющих высокоразвитый промышленный потенциал⁵⁹. Экономика таких государств не только конкурирует, но и взаимодополняет друг друга. Специализация и кооперация в технически и технологически сложных производствах объединяет партнеров. Интеграци-

57 Маковский А.Л. Об унификации частного права в Содружестве Независимых Государств // Право и экономика в Европе и Азии. — 1996. — № 1. — С. 6.

58 Толмачева О.Н. Унификация в сфере международного коммерческого арбитража путем разработки типовых законов // Журнал российского права. — 2003. — №5.

59 Шумский Н.Н. Интеграция постсоветских государств: возможности и перспективы развития // Белорусский журнал международного права и международных отношений — 2000. — № 3.

онный процесс в таких условиях идет без «подталкивания» и «принуждения» со стороны правительств. Последним остается только создать для этого благоприятный политико-правовой климат, сблизить национальные законодательства в согласованных сферах совместной деятельности. На наш взгляд, интеграция государств с высоким уровнем промышленного потенциала — это долгий и сложный процесс. Примером тому служит история унификации права такой организации как ЕС, которая является в настоящее время одной из эффективных экономических группировок и насчитывает уже более 50 лет. Так, странам ЕС понадобилось почти 11 лет, чтобы создать таможенный союз (свободное передвижение товаров), 15 лет — для создания Общего рынка, 35 лет — для создания единого экономического пространства (свобода передвижения товаров, услуг, капиталов и лиц), 42 года — для создания валютного союза с единой денежной единицей. При этом действия государств-участников ЕС, нацеленные на интеграционный процесс, как раз и есть своего рода «подталкивания» и «принуждения» с их стороны.

Унификация права лежит в основе экономической интеграции государств, является одним из главных ее средств. В свою очередь, экономическая интеграция предполагает не только единообразие норм гражданского права, но и своего рода единообразие норм административного права. При чем в настоящее время усиливается роль именно административно-правового регулирования. Об этом свидетельствуют общие тенденции в унификации права: основной ее целью ставится не полное устранение различий в правовом регулировании, а координация законодательной политики государств.

Таким образом, ориентируясь на современный опыт экономического сотрудничества, под «унификацией права» следует понимать не только единообразные нормы, которые создаются в международном договоре или которых должны придерживаться участники рыночных отношений по взаимному согласию, но также и иные средства достижения гармоничного взаимодействия национально-правового регулирования.

ТРАНСГРАНИЧНЫЕ ИНВЕСТИЦИОННЫЕ ФОНДЫ — УЧАСТНИКИ ТРАНСГРАНИЧНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ ОТНОШЕНИЙ

Мария Викторовна КАУРАКОВА, аспирант кафедры международного частного права
Московской Государственной Юридической Академии им. О.Е. Кутафина¹

THE TRANS-NATIONAL INVESTMENT FUNDS AS PARTICIPANTS OF TRANS-BORDER INVESTMENT RELATIONS

In the present article a transnational investment fund is understood as a legally competent or incompetent foundation empowered by state, channelling investments, pursuing the objective of maximal investment portfolio diversification according to the geographical criterion, class of active assets, instruments, currency and etc. A free international exchange of capitals leads to the liberalization of international economic activity and removal of barriers on the way of goods, services and works, and also to the securing of international mobility of institutions and persons. Transnational forms of collective investment have a common private method of investment relationships in certain public limits. The international investment funds are subjects of international private law and are subject to the method of conflicts of law resolution, specific to this branch of law.

Keywords: *International investment fund, investment, international cooperation, investment cooperation, international private law, applicable law.*

Для целей настоящей статьи под трансграничными инвестиционными фондами понимаются уполномоченные государством, направляющим инвестиции, правоспособные и неправопособные образования, преследующие цель максимальной диверсификации инвестиционных портфелей по географическому признаку, классам активов, инструментам, валютам и прочему. Свободный трансграничный капиталоборот ведет к либерализации международной экономической деятельности и снятию барьеров на пути движения товаров, работ и услуг, а также обеспечению трансграничной мобильности учреждений и рабочей силы. Трансграничным формам коллективного инвестирования присуще частное построение инвестиционных отношений в четких публичных границах. Они являются субъектами международного частного права и подпадают под свойственный только рассматриваемой отрасли права уникальный коллизионно-правовой метод регулирования отношений.

Ключевые слова: *Трансграничный инвестиционный фонд, инвестиция, межгосударственное сотрудничество, инвестиционное сотрудничество, международное частное право, применимое право*

1 Кауракова Мария Викторовна — старший юрисконсульт отдела по правовому сопровождению сделок финансирования слияний и поглощений, Открытое акционерное общество «Сибирская Угольная Энергетическая компания» (ОАО «СУЭК»)

Развивающиеся трансграничные отношения инвестиционных фондов являются настолько комплексными и многоаспектными, что любое разрабатываемое определение их дефиниции, даже наиболее полное, является всего лишь отражением каких-либо представляющих интерес для автора характеристик и не более.

Для целей настоящей статьи под трансграничными инвестиционными фондами понимаются уполномоченные государством, направляющим инвестиции, правоспособные и не правоспособные образования, преследующие цель максимальной диверсификации инвестиционных портфелей по географическому признаку, классам активов, инструментам, валютам и прочему².

Географический признак для рассматриваемых отношений, по нашему мнению, является определяющим, так как именно на его основе в первую очередь выстраивается все многообразие форм регулирования и реализации инвестиционных предпочтений в финансовой сфере.

Действительно, эффективное развитие инвестиционных отношений является результатом слаженного межгосударственного сотрудничества по линии установления инвестиционного политического климата на локальном, двустороннем и многостороннем (региональном, универсальном) уровнях. Здесь важным является обеспечение предсказуемости отношений во всей своей цепи с момента доступа на рынок до использования результата деятельности иностранного инвестора, включая разрешение трансграничных споров, принятие и исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам в оперативном режиме.

Закрепление на национальном уровне приоритета норм международных договоров, будь то двусторонние инвестиционные соглашения, соглашения об устранении двойного налогообложения, многосторонние региональные и универсальные договоры, устанавливающие основы взаимовыгодного экономического сотрудничества, одним из определяющих условий которого является обеспечение защиты прав иностранных инвесторов через применение эффективных правовых механизмов защиты, также имеет существенное значение для реализации трансграничного инвестиционного сотрудничества.

В то же время непрекращающееся развитие права и правовой системы в целом в целях сближения содержания национальных правовых систем способствует возрастанию роли частного договора в регулировании соответствующих отношений, осложненных иностранным элементом. Естественно, говорить о предпосылках отнесения его к источникам международного частного права преждевременно, но отрицать такую возможность тоже не стоит. Как в свое время указывал римский юрист, «...Всякое право сотворено соглашением, или установлено необходимостью, или закреплено обычаем» (D.1.3.40). Из согла-

2 IFSWF Members' Experiences in the Application of the Santiago Principles <http://www.ifswf.org/pst/stp070711.pdf> (последнее посещение — 18 сентября 2011 г.).

шения в рассматриваемом контексте вытекает как публичное, так и частное право, да и само соглашение в это время рассматривается в качестве совпадения желаний двух или нескольких лиц об одном и том же и их согласии³.

Трансграничная инвестиционная деятельность фондов как одного из основных акторов трансграничной инвестиционной деятельности является разновидностью осуществляемой коллективными образованиями экономической деятельности, за счет наличия в ней иностранного элемента подпадающей под действие международного частного права.

Появление рассматриваемого элемента в цепи частноправовых отношений, реализуемых субъектами трансграничной инвестиционной деятельности, способствует выработке новых подходов, направленных на обеспечение свободы совершения правомерных юридических действий⁴.

В свете настоящего исследования под такой свободой подразумевается независимость и юридическое равенство субъектов трансграничной инвестиционной деятельности, недопустимость вмешательства кого-либо в осуществляемую ими деятельность, автономия воли и свобода договора.

Одним из таких подходов является закрепление принципа трансграничной мобильности учреждений, капитала, рабочей силы, товаров и услуг. В условиях экономической интеграции он наиболее полно проявляется в деятельности глобальных инвестиционных фондов. Через коммерческое присутствие во многих юрисдикциях, осуществляемое за счет открытия постоянных представительств, совершения сделок слияния и поглощения, они обеспечивают аккумуляцию в целях профессионального управления неограниченных по объему портфелей активов, направляемых на реализацию проектов различного пространственного (в том числе и трансграничного), временного и целевого назначения.

Будучи результатом эффективного международно-правового регулирования, свободный трансграничный капиталоборот ведет к либерализации международной экономической деятельности и снятию барьеров на пути движения товаров, работ и услуг, а также обеспечению трансграничной мобильности учреждений и рабочей силы.

Возможность применения универсально-правовых гарантий⁵, закрепленных

3 Римское право для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция»/ М.М. Рассолов, М.А.Горбунов. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2010. С. 34 — 35.

4 Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой/ Под редакцией проф. В.П.Мозолина и проф. М.Н.Малеиной; Вступ. ст.проф. В.М.Лебедева. — М.: Норма, 2006. С. 13.

5 Необходимость закрепления надежного национального правового режима для привлечения иностранных частных и коллективных инвестиций в развивающиеся государства вынудила международное сообщество разработать перечень компенсационных мер, применяемых в случае намеренного или ненамеренного ухудшения условий инвестиционной деятельности, вызываемого установлением ограничений по переводу валюты, применением экспроприации или аналогичных мер, нарушением договор-

Сеульской конвенцией 1985 г.⁶, реализуемая в условиях экономического равноправия субъектов международной инвестиционной деятельности⁷, оказывает положительное влияние на развитие международных инвестиционных отношений.

Классическим примером трансграничных инвестиционных фондов являются суверенные фонды благосостояния (sovereign wealth funds), как их принято называть, или по сути проправительственные образования, обеспечивающие поддержание ослабленных мировым кризисом финансовых рынков за счет перераспределения целевого капитала по территориальному, отраслевому принципу при условии эффективной международной диверсификации активов. В настоящее время публичными образованиями на рассматриваемую категорию фондов возлагаются большие надежды в связи с реализацией целей сбережения, накопления и приумножения суверенного капитала, образованного за счет сверхдоходов от экспорта сырья, налоговых поступлений и прочего в том числе в пользу будущих поколений.

Не менее важная роль отводится венчурным фондам — форме коммерциализации высокотехнологичных научных проектов в целях поддержания реального сектора экономики. Стоит заметить, что каждый из видов инвестиционных фондов имеет свои особенности. В отношении венчурных она проявляется в осуществлении прямых инвестиций, когда капиталовложение сопровождается приобретением права участия в деятельности создаваемого или созданного хозяйствующего субъекта, в пределах и на основе которого реализуется инновационный проект.

Трансграничным формам коллективного инвестирования присуще частное построение инвестиционных отношений в четких публичных границах, то есть, к их отношениям применяется императивно-диспозитивный метод регулирования.

Существующий порядок направлен на поддержание баланса частно-правовых и публично-правовых интересов, чему не в малой мере также способствует достижение различных целей как экономического (эффективное управление трансформируемых в целевой капитал публичных и частных финансов, налоговое планирование), так и социального значения (привлечение к реализации наукоемких инвестиционных проектов иностранных специалистов высокого

ных обязательств, а также в связи с началом военных действий. Право на получение гарантии связывают с тесной правовой связью физических или юридических лиц с государством, членом Конвенции (гражданство, место регистрации, осуществление основной деятельности, владение большей частью капитала).

6 Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, 1985 http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf (последнее посещение — 11 октября 2011 г.).

7 Оно достигается за счет отказа от судебного иммунитета, свойственного суверенным образованиям и ограничивается экономической и частично правовой сферой, не затрагивая политическую.

потенциала, обеспечение занятости населения, обмен опытом для улучшения показателей труда, развитие инфраструктуры).

Несмотря на общую тенденцию глобализации современных финансовых рынков и интенсификации международных связей на базе свободной трансграничной реализации товаров, работ и услуг, свойственная каждому суверенному образованию уникальная правовая культура накладывает свой отпечаток на порядок и условия осуществления деятельности. Залог эффективности последней во многом зависит от выбора оптимального права и юрисдикции, которые в условиях проведения открытой национальной политики в сфере привлечения внешних капиталовложений способствуют установлению стабильных и предсказуемых трансграничных инвестиционных отношений.

Достигнутый уровень развития международных отношений, в которых непубличные лица осуществляют непосредственное активное участие, позволяет приспособить осложненные иностранным элементом отношения определенному праву и юрисдикции, которые, по их мнению обеспечивают наиболее полное представление их интересов в достижении поставленных целей.

В этом случае проявляется основной принцип построения частных отношений — автономия воли, который подразумевает: 1) свободу вступления в договорные отношения, их видоизменение и прекращение; 2) свободу договора, предусматривающую возможность закрепления конкретного перечня прав и обязанностей; 3) недопустимость применения отказа от предусмотренных договором прав; 4) недопущение вмешательства третьих лиц, за исключением случаев, предусмотренных императивными нормами применимого права; 5) возможность распространения отношений на третьих лиц; 6) распоряжение результатом деятельности участниками отношений либо определенными ими лицами; 7) выбор применимого права; 8) выбор наиболее благоприятного для сторон суда и юрисдикции (*forum shopping*); 9) разрешение разногласий в порядке и на условиях, определенных сторонами⁸.

Явно выраженная воля участников в отношении применимого права в условиях конкуренции юрисдикций является предпосылкой его приспособления новым условиям национального и международного развития, способствуя тем самым его эволюции. В этом плане результатом является либо либерализация правового регулирования либо ее противоположный эффект.

Движимые свободным согласием и доброй волей участники трансграничной инвестиционной деятельности подчиняют свои отношения как определенному правопорядку при условии соблюдения императивных норм национального, наднационального и международного частного права, так и общим принципам

8 Рассматриваемый принцип исходит из правового закрепления фундаментальных начал свободы деловой активности в условиях неограниченной конкуренции. Эта свобода выражается в возможности осуществления на свой страх и риск предпринимательской и иной деятельностью, разрешенной государством, не нарушая тем самым прав третьих лиц.

права⁹. В зарубежной доктрине превалирует мнение, что под императивными нормами права прежде всего понимаются фундаментальные принципы права, а в отношении национального источника — конституционные гарантии.

Помимо правопорядка рассматриваемые лица в целях получения наиболее благоприятного приговора избирают конкретный суд и юрисдикцию для разрешения возникающих споров на определенных сторонами началах. В случае отсутствия какой-либо связи с конкретной юрисдикцией, государства применяют формулу *forum non conveniens* для решения вопроса неэффективности, а также в целях устранения противоречия принципам вежливости и абсолютного территориального суверенитета¹⁰.

В отсутствие же явно выраженной или неопределённой воли сторон в отношении применимого права прибегают к наиболее тесно связанному со спорным правоотношением праву (*proper law*). Российский законодатель под последним подразумевает право государства, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора¹¹. Стороной, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора в отношениях, связанных с вовлечением частного и публичного капитала в международный оборот, является финансовый посредник¹², на которого и возлагаются функции по аккумуляции и управлению финансами.

9 Art. 1:101, 1:103 of The Principles of European Contract Law, 1999 http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm

10 The Forum Non Conveniens Doctrine and The Judicial Protection Of Multinational Corporations From Forum Shopping Plaintiffs [http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume19/issue1/Dorward19U.Pa.J.Int'lEcon.L.141\(1998\).pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume19/issue1/Dorward19U.Pa.J.Int'lEcon.L.141(1998).pdf) (последнее посещение — 28 сентября 2011 г.)

11 Ст. 1211 Гражданского кодекса Российской Федерации. Части первая, вторая, третья и четвертая. Текст с изменениями и дополнениями на 19 июля 2011 года. М.: Проспект, КноРус, 2011. — 544 с.

12 Функция финансового посредничества является основной для трансграничных инвестиционных фондов. Она позволяет, к примеру, частным лицам участвовать в трансграничном перетоке капитала за счет передачи под управление личных сбережений, вкладываемых фондами в различные активы в соответствии с принятой инвестиционной стратегией. Однако финансовой стороной характеристика посреднической функции не ограничивается. Так, суверенные инвестиционные фонды благосостояния обеспечивают проведение государственной политики через публичные капиталовложения, осуществляемые частными структурами.

В то же время финансовое и политическое посредничество необходимо отличать от правового. В отношениях с эмитентами и инвесторами трансграничные инвестиционные фонды предстают в качестве лиц, независимо действующих от своего имени и в своих интересах, хотя и обусловленных должной заботой о сохранении и приумножении переданного им под управление имущества, способствуя свободному движению капитала в целях поддержания как локальных финансовых рынков, так и глобальной финансовой системы в целом.

Применимое право определяется также на основе национальности сторон (личный закон физических (*les personalis*) и юридических (*lex societatis*) лиц) — национальное право, либо места совершения акта (*lex loci actus*), нахождения активов, исполнения договора (*lex loci solutionis*), возникновения нарушения — территориальное право, либо выбора частным инвестором, выступающим в качестве потребителя финансовых услуг в трансграничных отношениях инвестиционных фондов, права государства, наиболее защищающего его интересы.

Зарубежная доктрина и практика предлагает следующие три основания определения применимого права в отсутствие явно выраженной воли сторон: происхождение — национальное право, причинность — территориальное право, и необходимость — право государства, благоприятного для потребителя.

Международная практика в пределах Европейского союза при применении личного закона юридических лиц закрепила домициль (зарегистрированный офис, центральная администрация, основное место деятельности), место нахождения — в отношении их обособленных подразделений, а также домициль и место обычного нахождения в отношении физических лиц в качестве основных критериев¹³.

Характер отношений, обусловленный правовой связью с различными правовыми системами посредством коммерческого или иного присутствия в различных юрисдикциях вызывают к необходимости закрепления института множественности учреждения (присутствия, ведения коммерческой деятельности, нахождение имущества). Его выделение является не случайным, так, вторичное учреждение (*secondary establishment*) через обособленное подразделение, агентство или учреждение является основанием для рассмотрения в ЕС дела с участием ответчика — компании, личным законом которой является право третьего государства¹⁴. В нашем же случае реализация инвестиционных стратегий за счет максимальной территориальной диверсификации активов инвестиционного портфеля способствует эффективному *forum shopping*, предоставляющему процессуальные преимущества, и практическую невозможность применения формулы *forum non conveniens* ввиду наличия устойчивой правовой связи с избранными юрисдикциями.

По нашему мнению, в отношениях, связанных с трансграничной деятельностью инвестиционных фондов личный закон является основной коллизионной привязкой при разрешении спора с участием физических лиц как потребителей

13 Art. 2, 5, 60 of Council Regulation (EC) № 44/2001 of 22 December 2000 «On jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in commercial and civil matters» <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:EN:PDF> (последнее посещение — 10 сентября 2011 г.)

14 Study on residual jurisdiction <http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf> (последнее посещение — 28 сентября 2011 г.)

финансовых услуг. В этом выражается смысл теории персонификации права или закрепленного в римском праве принципа «личного действия права», то есть следования права за лицом и обращение к нему в случае рассмотрения дела с участием такого лица, хотя здесь могут быть некоторые отступления, связанные с возможностью выбора применимого права.

Личный закон ответчика является также определяющим в вопросе установления места рассмотрения дела. Так реализуется общепризнанная формула *actor sequitur forum rei* — «истец обращается в суд по месту жительства ответчика». Право государства, входящего в ЕС, составляет *exclusive jurisdiction*, то есть, дело с участием такого ответчика рассматривается в суде ЕС. В свою очередь, право третьей стороны составляет *residual jurisdiction*. В отсутствие единой юрисдикционной основы при рассмотрении дел с участием на стороне ответчика — лиц из государств-членов ЕС и третьих государств осуществляется заимствование национальных юрисдикционных норм, предоставляющих право судам рассматривать иск и отказывать в применении судебных решений, принятых в нарушение установленных правил подсудности.

Что же касается условий определения территориального права, то, к примеру, закон места исполнения договора чаще всего определяется ссылкой на предусмотренные в нем положения или избранное сторонами право. Локализация активов, свидетельствующая об осуществлении коммерческой деятельности в пределах определенного государства, устанавливается и подтверждается выписками из соответствующих реестров, и в ряде юрисдикций является одним из условий применения соответствующего территориального права. Место совершения акта и возникновения нарушения устанавливаются исходя из фактических обстоятельств дела. В последнем случае имеется в виду нарушение, приведшее к возникновению убытков (реальный ущерб и упущенная выгода). В зависимости от юрисдикции значение имеет либо наступление такого события, в нашем случае, нарушения договорных обязательств, либо возникновение негативных последствий такого нарушения.

Чаще всего выбор юрисдикции осуществляется в пользу территориального права, определяющего пределы дозволенного и недозволенного поведения в границах национального образования, в связи с чем стороны при нарушении положений последнего не вправе ссылаться на положения национального закона. Это непосредственно следует из принципа *pacta sunt servanda* — одного из основополагающих принципов гражданского и международного права, закрепляющего необходимость выполнения договорных обязательств, принятых сторонами на основе свободного согласия и доброй воли. Единственным основанием невыполнения договорных обязательств является возникновение непредвиденного обстоятельства.

В рамках последнего из оснований определения применимого права предусматривается закрепление за потребителем, как наименее защищенной стороны

отношений, права выбора оптимальной для него юрисдикции¹⁵. Это вызвано необходимостью вовлечения частных инвесторов в сопряженный с высоким уровнем риска процесс трансграничного перетока капитала.

Подводя итог вышеизложенному, стоит заметить, что трансграничный характер деятельности обеспечивает помимо максимальной диверсификации активов, влияющей на уровень риска и доходность инвестиционного портфеля, развитие устойчивых и предсказуемых отношений, основанных на автономии воли в отношении выбора материального и процессуального права государства или государств, наиболее благоприятных для участников трансграничной инвестиционной деятельности.

Выход на новые рынки с предложением поставки наиболее конкурентных финансовых услуг, лицами, наделенными полномочиями в решении как локальных, так и глобальных финансовых задач, имеющих порой политическое значение, осуществляется в четких правовых границах, очерченных национальным и международным частным и публичным правом.

Результатом действия публичного права в рассматриваемой сфере является закрепление правового режима трансграничной инвестиционной деятельности, наделение субъективными правами, определение пределов осуществления субъективных прав; частного — реализация субъективных прав преимущественно в пределах договорных отношений.

Исходя вышеизложенного, а также целей и условий деятельности, несмотря на высокую сопряженность с институтами и отраслью публичного права в целом, трансграничные инвестиционные фонды являются субъектами международного частного права и подпадают под свойственный только рассматриваемой отрасли права уникальный коллизивно-правовой метод регулирования отношений, осложненных иностранным элементом.

15 Council Regulation (EC) № 44/2001 of 22 December 2000 «On jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in commercial and civil matters» <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:EN:PDF> (последнее посещение — 10 сентября 2011 г.)

MODIFICATION, ABROGATION AND TERMINATION OF THE MARRIAGE CONTRACT

Elena GHEORGHÎĂ, post graduate student, senior lecturer

Modern family law has provided individuals and couples who marry, the ability to determine their property rights and responsibilities during marriage and upon its dissolution by the marriage contract. In the course of family life it may be necessary to change the provisions of the marriage contract. Also, due to objective and subjective reasons, the action of the marriage contract can be terminated.

Keywords: marriage contract, family law, marriage

MODIFICAREA, ABROGAREA ȘI DESFACEREA CONTRACTULUI MATRIMONIAL

Legislația de familie modernă oferă soților și celor, care intenționează să încheie căsătorie, posibilitatea de a determina în mod independent drepturile și obligațiunile sale patrimoniale atât pe parcursul căsătoriei, cât și după desfacerea acesteia, prin încheierea unui contract matrimonial. Pe parcursul căsătoriei ar putea apare necesitatea de a modifica prevederile acestui contract. Mai mult ca atât, contractul matrimonial poate fi desfăcut din motive obiective și subiective.

Cuvinte-cheie: contract matrimonial, dreptul familiei, căsătorie, regim matrimonial

The modern family legislation offered the spouses and the individuals getting married the possibility to determine independently their property rights and obligations during the marriage and after its termination by concluding a marriage contract. When concluding the contract, the spouses or individuals getting married determine themselves the legal regime of ownership, use and disposal of property.

The need to modify the provisions of the marriage contract may occur in family life. The marriage contract may be terminated because of objective and subjective reasons.

The modification of the marriage contract means that, while maintaining its action, the content of one or several provisions of the contract is modified. The marriage contract can be modified as a result of excluding certain items, adding new provisions or correcting the existing ones.

The termination of the marriage contract means the cessation of its action and of the rights and obligations of the parties in the future. In other words, this is a disruption of the legal relation between the parties, who lose the subjective rights and obligations that represent the subject of the contract.

The abrogation of the marriage contract means the premature termination of its action at the initiative of one or two parties. This cessation takes place before the expiry of the contract term.

The modification and abrogation of the marriage contract take place under art. 30 of the Family Code of the Republic of Moldova¹ (hereinafter referred to as the FC of RM) and the complying general rules of contract modification and abrogation as set out in the Civil Code of the Republic of Moldova² (hereinafter referred to as the CC of RM).

Thus, according to art. 30 of FC of RM, the marriage contract can be modified or abrogated at any time by mutual consent of the spouses. The consent for the modification or abrogation of the marriage contract must be given in written form and certified by the notary.

The unilateral refusal to fulfill the provisions of the marriage contract at the request of one of the spouses, i.e. without filing a complaint in the court is not admitted. At the request of one of the spouses, the court can modify or abrogate the marriage contract based on the grounds and as laid down in the CC of RM.

The question arises what legal provisions the court will apply in modifying the marriage contract.

The new Family Code of RM came into effect on 26 April 2001 when the Civil Code of the Soviet Socialist Republic of Moldova³ drafted in 1964 was still in force, which, in the general part, contained only art. 191 “Inadmissibility of unilateral refusal to fulfill the obligations”. According to this article, the unilateral refusal to fulfill the obligations and the unilateral modification of contract provisions were not admitted, except cases stipulated by the law. At that time, the law stipulated these cases applicable to contracts of the special part of the code (e.g. sale agreement, contract on property rent, contract on works, etc.) that could not be applied as an analogy of the law to the marriage contract, because they did not regulate similar relations.

When the new Civil Code of RM came into effect, the situation did not change too much, because the new CC does not contain, in its general part, provisions on the modification of the contract, and chapter VII section II of book one “Abrogation of the contract retroactively or with consequences for the future and withdrawal of the contract” in art. 735 stipulates the abrogation of the contract retroactively only in case of significant non-fulfillment.

This provisions is not supposed to exist, because the doctrine of the civil law stipulates now and stipulated in the past (during the USSR) the possibility to modify or abrogate the contract by the court in case of non-achievement of agreement be-

1 Family Code of the Republic of Moldova no.1316-XIV of 26th October 2000 (Official Journal, 26th April 2001, no. 47-48, part I, art. 210).

2 Civil Code of the Republic of Moldova no. 1107 of 06.06.2002 (Official Journal 22.06.2002 no.82-86 art. No:661).

3 Civil Code of the Moldovan Soviet Socialist Republic of 26.12.1964. Registers of the Supreme Council of the Moldovan Soviet Socialist Republic, 1964, no.36, art. 81.

tween the parties in the situation of significant modification of circumstances the parties based on when drafting the contract. This means that these provisions exist in the civil science but are not enforced by the legislation.

Article 735 of the CC of RM stipulates that one party can abrogate the contract retroactively if the other party admitted a significant non-fulfillment. The following circumstances shall be taken into account to establish the significant non-fulfillment:

- a) the non-fulfillment deprives the creditor to a large extent of what it expected from the contract fulfillment, except the case when the debtor demonstrates that it did not foresee and could not reasonably foresee such a result;
- b) the exact fulfillment of obligations refers to the subject of the contract;
- c) the non-fulfillment is deliberate or occurred as a result of a serious offense;
- d) the non-fulfillment gives the creditor the grounds to consider that it cannot expect the contract to be fulfilled in the future.

The Russian legislator chose another way, by introducing in the Civil Code of the Russian Federation⁴ (hereinafter referred to as the CC of RF) chapter 29 “Modification and abrogation of the contract”, including articles 450 “Grounds for the modification and abrogation of the contract”, art. 451 “Modification and abrogation of the contract in relation to the significant modification of circumstances”, art. 452 “Procedure of modification and abrogation of the contract” and art. 453 “Consequences of modification and abrogation of the contract”.

According to art. 450 of CC of RF, the modification and abrogation of the contract are possible at the consent of the parties, if the Civil Code, other laws or the contract do not stipulate otherwise. At the request of one of the parties, the contract can be modified or abrogated based on the court decision only:

- 1) in case of significant violation of the contract by the other party;
- 2) in other cases stipulated by the Civil Code, other laws or the contract.

The violation of the contract by one of the parties is considered significant if it causes such damage to the other party that the latter is deprived of what it could expect when concluding the agreement.

In case of unilateral refusal to fulfill the contract integrally or partially, when such refusal is admitted by the law or by the parties’ agreement, the contract is considered abrogated or modified in the appropriate way.

Article 451 of CC of RF is applied when the agreement on the modification or abrogation of the marriage contract is not reached by the parties and the circumstances changed to such an extent that the fulfillment of the contract in its initial form will lead to the significant infringement of the interests of one of the spouses.

The significant modification of circumstances the parties based on when concluding the contract serves as grounds for its modification or abrogation, unless

4 Civil Code of the Russian Federation of 30.11.1994. Part 1. No.51-Φ3. Adopted by the State Duma of the Federal Assembly 21.10.1994.

otherwise stipulated by the contract or derived from its essence. The change in the circumstances is considered significant when they changed to such an extent that if the parties could have reasonably foreseen this, the contract would have never been concluded by them or would have been concluded with other conditions.

The contract can be modified in relation to the significant change in circumstances on the basis of the court decision in exceptional cases:

- when the abrogation of the contract contravenes the social interests, or
- when it causes damage to the parties that will surpass by far the expenses required for the fulfillment of the contract in the conditions modified by the court.

If the parties did not reach an agreement on adjusting the contract to the significantly changed circumstances or abrogating it, the contract may be abrogated and amended by the court on the grounds set out in item 4 of this article, at the request of the interested party provided that the following conditions are met at the same time:

- 1) at the moment of concluding the contract, the parties were based on the fact that such a change in circumstances would not take place;
- 2) the change of circumstances is caused by reasons that the interested party could not eliminate after their occurrence with the degree of care and caution that was required of it by the nature of the contract and the provisions of the turnover;
- 3) the fulfillment of the contract without changing its provisions would have violated the ratio of ownership interests of the parties to such an extent and would have implied such damage for the interested party that it would have lost a significant part of what it had the right to expect when concluding the contract;
- 4) it does not derive from the customs of the business turnover or of the nature of the contract that the risk of changing the circumstances is run by the interested party.

In case of abrogation of the contract as a result of significantly changed circumstances, the court, at the request of any of the parties, determines the consequences of contract abrogation, based on the need for fair distribution of expenses among the parties, which were borne by them in relation to the fulfillment of this contract.

The analysis of these provisions draws the conclusion that they are mainly aimed at regulating commercial contracts. In addition, it can be easily seen that the modification or abrogation of the contract in the court is linked to such conditions that it hardly can take place in practice.

Because of its specificity and due to the lasting nature of the marriage contract, it can require changes and termination by the court much more frequently, including in the absence of all the conditions set out by art. 452 of CC of RF. It was envisaged

to include additional provisions in the draft Family Code of RF that would enable the court to modify or terminate the marriage contract in a simplified manner provided that all conditions listed in art.451 of CC of RF⁵ are missing. But this has not taken place.

During the action of the marriage contract, one of the spouses may become unable to work, lose his/her job, the correlation of spouses' incomes may change to such an extent that the provisions of the marriage contract will turn out to be extremely unfavorable for one of the parties. For instance, the spouse who has low levels of income, will be required to support the spouse who has higher levels than him/herself.

Thus, we can see a gap in the Moldovan legislation that needs to be corrected as quicker as possible, by completing the Civil Code with provisions on the modification of contracts and extend the provisions of art. 735 by including the possibility to modify and abrogate the contract in relation to the significant change of circumstances, the parties based on when concluding the contract.

The existing gap in the civil legislation leads to a gap in family legislation. Therefore, filling in the gap in the Civil Code will automatically fill in the gap in the Family Code, because the reference is to the missing provisions of the Civil Code.

According to the general rule, if the marriage contract is not abrogated, it is in force until the termination of the marriage⁶. Item 1, art. 31 of FC of RM shows that the provisions of the marriage contract lose their effect when the marriage is terminated, except the provisions that were foreseen for the period following after termination of the marriage. This is related to the fact that the marriage contract can establish rights and obligations that will exist after the marriage termination, which, first of all, refers to the obligations to support one of the spouses after marriage termination, or the obligation of one of them to offer an asset in property or use of the other spouse. In the remaining part, the rights and obligations of the spouses, deriving from the marriage contract are terminated.

Thus, the obligations of the spouses, stipulated by the marriage contract lose their effect at the moment of official registration of the marriage termination in civil status registration offices or when the court decision on marriage abrogation comes into force.

Although the possibility of terminating the marriage contract during marriage is not foreseen directly by the legislator, it derives from the provisions on marriage contract. This is possible in the following cases:

- at the consent of the parties;
- when the marriage contract is abrogated by the court;
- if the marriage contract was concluded for a fixed period⁷.

5 Antokolskaia M.V. Family law: Manual. – M.: Jurist, 2002, c. 164.

6 If the parties have not concluded the marriage contract for a fixed period.

7 This provision derives from item 5 art. 29 of FC of RM, which says that the fulfillment of rights and obligations set out by the marriage contract (and the entire contract as well) can be limited with specific terms.

When an agreement is reached between the spouses, the marriage contract is abrogated and the spouses' obligations are terminated since the achievement of such an agreement. If the agreement between the parties to abrogate the contract has not been reached, the dispute is solved in the court, and the obligations of the spouses in relation to the marriage contract are terminated when the court decision comes into effect.

Thus, the following conditions may be in effect after contract termination:

- obligations to support one of the spouses;
- obligations regulating the relations of the spouses on property division;
- order of disposing of the property after marriage abrogation.

When the marriage is terminated, the contractual property regime also terminates. The entire property procured since this moment belongs to the spouse who procured it. This provision is explained by the fact that only the spouses have the right to establish for themselves the contractual property regime, while they do not have this right anymore after the divorce.

INCURSIUNI TEORETICE ASUPRA FUNCȚIILOR CONTRACTULUI DE FACTORING

Ion RUSU, lector superior

THEORETIC INSIGHT ABOUT THE FUNCTIONS OF A FACTORING CONTRACT

By conducting investigations on the functions of factoring contract was alleged to relieve all the functions that can generate this type of contracts that have been elucidated through the various doctrinal and reglmentări legal opinions. Since in theory, this topic does not have a single treatment, the objectives of this investigation was intended to individualize the contract in question functions that were drawn from a variety of legal effects they generate these types of contracts, which led us to believe that factoring contract may perform the following functions: the function of trade credit, payment function, the function of guarantee claims management function and exchange function in money which in some cases can be made in contracts the element.

Keywords: factoring, functions, civil, contract

Prin realizarea investigațiilor asupra funcțiilor contractului de factoring s-a pretins de a se scoate în relief toate funcțiile pe care le poate genera această categorie de contracte, care au fost elucidate prin prisma diferitor opinii doctrinare și reglmentări legale. Întrucât în doctrină, acest subiect nu dispune de o tratare unică, printre obiectivele acestei investigații s-a intenționat de a se individualiza funcțiile contractului în cauză care au fost desprinse din varietatea efectelor juridice pe care le generează aceste categorii de contracte, ceea ce ne-a determinat să considerăm că, contractul de factoring poate îndeplini următoarele funcții: funcția de creditare a relațiilor comerciale, funcția de plată, funcția de garantare, funcția de gestionare a creanțelor, precum și funcția de schimb în materie monetară care în unele cazuri poate fi realizată în contractele cu element de extraneitate. La elucidarea acestui subiect s-a încercat de a elimina dificultățile terminologice prin care sunt reflectate unele funcții în opiniile doctrinare și reglementările legale.

Prin conținutul acestei preocupări s-a analizat modul și particularitățile de realiere a fiecărei funcții în parte, elucidându-se reperele legale și doctrinare în baza căror funcțiile contractului în cauză sunt investite cu un caracter sui generis.

Pe lângă aspectul teoretic, în cadrul acestui studiu s-a pus accentul pe unele elemente ale contractului de factoring care prin esența lor dispun de un interes practic ce le-ar permite comercianțelor să-și poate alege corespunzător formele de factoring în funcție de avantajele și dezavantaje pe care le prezintă pentru necesitățile activității comerciale.

Cuvinte-cheie: factoring, funcții, civil, contract,

Precizări și motivații asupra funcțiilor contractului de factoring

Pe lângă avantajele ce-au contribuit la dezvoltarea și utilizarea contractului de factoring în practica comercială și cea bancară un loc deosebit la implementarea acestor categorii de contracte î-i revine funcțiilor pe care le îndeplinesc contractele respective în raport cu alte modalități de creditare a relațiilor comerciale.

Fără a intra în careva detalii de substanță asupra efectelor juridice ale contractului de factoring, lesne se observă că, funcțiile pe care le îndeplinesc contractele în cauză pot fi desprinse din efectele pe care le generează diferite forme de factoring, iar avantajele acestor contracte la rândul lor rezultă din diversitatea funcțiilor.

Spre exemplu, nu putem vorbi despre avantajele aderentului la obținerea unui credit în condiții simplificate în cazul contractului de factoring la scadență, întrucât această varietate de contracte nu îndeplinește funcția de creditare a aderentului, deoarece potrivit efectelor sale contravaloarea creanțelor este achitată aderentului numai la momentul exigibilității creanțelor, iar conform obligațiunilor sale contractuale, factorul notifică debitorii aderentului despre cesiunea creanțelor, administrează creanțele, încasează contravaloarea creanțelor la data scadenței și își asigură riscul contra neplății creanțelor.

Prin urmare, se poate deduce că, volumul funcțiilor pe care le poate îndeplini contractul de factoring în raport cu alte contracte de creditare a relațiilor comerciale a constituit principalele premise de implementare a acestor tehnici juridice în cadrul dreptului intern a diferitor state din ex-sozialiste, care

Contractul de factoring, constituind una dintre modalitățile moderne de creditare a activității comerciale a fost agreat de dreptul intern a diferitor state ex-socialiste datorită funcțiilor sale, care potrivit legislițiilor naționale a diferitor state acestor funcții li s-a atribuit nu caracter opțional legitimat prin noțiunile legale.

Spre exemplu, conținutul art. 1290 din Codul civil al Republicii Moldova, se prevede, că: „Prin contract de factoring, o parte, care este furnizorul de bunuri și servicii (aderent), se obligă să cedeze celeilalte părți, care este o întreprindere de factoring, (factor), ceanțele apărute sau care vor apărea în viitor din contrate de vânzări de bunuri, prestări de servicii și efectuare de lucrări către terți, iar factorul își asumă cel puțin 2 din următoarele obligații: a) finanțarea aderentului, inclusiv prin împrumutri și plăți în avans, b) ținerea contabilității creanțelor, c) asigurarea efectuării procedurilor de somare și încasare a creanțelor, d) asumarea riscului insolvabilității debitorului pentru creanțele preluate (delcredere).¹ Definiția cuprinsă în Codul civil al Republicii Moldova a fost preluată din contextul art. 1 al Convenției UNIDROIT privind contractul de factoring de la Ottawa din 1988, însă prin esența lor ambele reglementări nu cuprind toate funcțiile contractului de factoring, fapt care generează unele îndoieli asupra individualizării celorlate funcții.

1 A se vedea: Monitorul Oficial al Republiii Moldova, nr.82-86/661, din 22.06.02, p. 345-346,

Efectuarea unui studiu asupra funcțiilor contractului de factoring, la prima vedere, pare a avea un caracter pur doctrinar, însă spre regret chiar și acest aspect teoretic în literatura de specialitate nu dispune de studii detaliate prin care s-ar analiza modul de realizare a fiecărei funcții și avantajele acestora, precum și individualizarea particularităților ce pot fi desprinse din conținutul fiecărei funcții în parte.

Este evident, că sub influența unei aglomerații de acte legislative ce sunt impuse de exigențele diferitor reforme social-economice, se răresc pe zi ce trece studiile în materie de drept care de obicei erau îmbibate cu o analiză juridică detaliată după cum o efectuau pe timpuri înaintașii de breaslă, însă această ignoranță doctrinară ne lasă un vacuum analitic în domeniul diferitor instituții ale dreptului comercial, care până în prezent n-au reușit să-și ocupe locul corespunzător în sistemul dreptului național.

Lipsa unor studii analitice asupra funcțiilor contractului de factoring, nu permite de a aprecia finalitățile juridice ale acestui mijloc de creditare utilizat în activitatea comercială, deoarece acest vacuum doctrinar, crează o incertitudine asupra individualizării modului de realizare a efectelor juridice pe care le poate genera fiecare varietate a contractului de factoring, ce prin esența lor constituie suportul metodologic de realizare a diferitor funcții ale acestor categorii de contracte.

Pe lângă importanța teoretică a studiului în cauză, considerăm că analiza funcțiilor contractului de factoring, mai dispune și de un interes practic, deoarece în urma individualizării funcțiilor pe care le pot genera aceste categorii de contracte, ar permite comercianților să-și creeze o imagine mai clară asupra conținutului contractului de factoring și volumul obligațiilor contractuale ce le pot revin conform fiecărei forme de factoring.

Efectuarea unui studiu detaliat asupra funcțiilor contractului de factoring ar mai permite comercianților de a identifica avantajele și dezavantajele pe care dispune contractului de factoring în raport cu alte tehnici de creditare utilizate în practica comercială.

Rezumând asupra formelor pe care le poate îmbrăca contractului de factoring în practica comercială, considerăm că funcțiile acestor categorii de contracte a constituit premisele principale care au contribuit la implimentarea acestei operațiuni juridice în principalele premise ce-au contribuit la apariția și implimentarea acestui mecanism juridic în practica comercială și cea bancară.

Dezbateri doctrinare asupra funcțiilor contractului de factoring

Dincolo de insuficiența studiilor asupra funcțiilor contractului de factoring, mai considerăm că, doctrina până în prezent nu s-a expus unanim asupra acestui subiect, lăsând astfel în umbră unele îndoieli asupra identificării funcțiilor contractului de factoring, iar cât privește aspectul terminologic utilizat în contextul unor reglementări ne crează diferite confuzii asupra valențelor juridice ale funcțiilor contractului de factoring.

Pentru a putea scoate în relief limitele și modul de realizare a funcțiilor contractului de factoring vom încerca să analizăm diferite opinii doctrinare și reglementări legale din legislația națională și cea uniformă pentru a putea individualiza cele mai importante funcții pe care poate să le îndeplinească contractul de factoring.

Potrivit unei opinii², contractul de factoring îndeplinește două funcții principale: a) funcția de instrument de finanțare pe termen scurt, și, b) funcția de instrument de gestiune comercială. Rezumând asupra funcțiilor agreate de autorul citat, n-au cuprins toate funcțiile pe care le poate îndeplini contractul de factoring la practică, lăsând astfel în umbră unele funcții fără de care nu poate fi conceput contractul de factoring și fără de care este imposibil de a realiza funcțiile menționate. În sensul acestei opinii este evident, că este imposibil de realizat funcția de creditare fără a-i plăti aderentului contravaloarea creanțelor cu reținerea diferenței comisionului de factoring.

La fel mai considerăm, că prin realizarea funcției de creditare autorii opiniei citate au lăsat în umbră o altă funcție, nu mai puțin importantă, cum ar fi funcția de garanție care este proprie contractelor de factoring, deoarece este imposibil de a acorda credite fără a realiza careva măsurii de asigurare a rambursării acestora.

În privința funcției de gestiune comercială, considerăm că autorii acestei opinii au depășit limitele funcției de gestionare a creanțelor, deoarece în limita obligațiilor sale contractuale, factorul poate efectua o gestiune administrativă și contabilă asupra creanțelor recepționate, dar nicidecum gestiunea comercială prin care s-ar putea afecta administrarea activității economice a debitorilor.

Conform unei alte opinii³, contractului de factoring i-sunt atribuite următoarele funcții: a) finanțarea, b) gestiunea administrativă și contabilă a creanțelor⁴, c) gestiunea creanțelor⁵, și d) acoperirea creditului⁶.

2 A se vedea: Ion Dogaru, Tudor R. Popescu, Constantin Mocanu Maria Rusu, Principii și instituții în dreptul comerțului internațional, Ed. Scrisul românesc, Craiova, 1980, p. 275, Ion Rucăreanu, Mihai Pascu, Brîndușa Ștefănescu, Emil Gluvacov, Nicolae Turcu-Șeclăman, Dreptul comerțului internațional, București, 1981, p. 231, Romul Petru Vonica, Dreptul contractelor comerciale, Ed. Holding Reporter, București, 1999, p. 448.

3 A se vedea: Gheorghe Crariani, Romulus Adreica, Răzvan Mustea, Antoneta Curteanu, Aurora Manuela Stan, Factoringul în comerțul internațional, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p. 29-31.

4 Gestiunea contabilă va fi realizată de către factor care va prelua conturile „Clienți”, ale vânzătorului și va actualiza aceste conturi cu toate tranzacțiile-facturi, note de credit plăți, *ibidem*, p. 30.

5 La prima vedere funcția de gestiune a creanțelor se aseamănă cu funcția de gestiune administrativă și contabilă a creanțelor, însă autorii acestei au încercat s-o delimiteze de prima funcție susținând că, factorul prin personalul specializat notifică clienții în vederea efectuării plății, *ibidem*, p. 30.

6 Prin acoperirea creditului, autorii opiniei citate, susțin că, aderentul în calitatea sa de vânzător este asigurat prin contractul de factoring că își va recupera în proporție de 100% valoarea datoriei prin intermediul factorului, chiar dacă cumpărătorul nu își îndeplinește obligațiile de plată, *ibidem*, p. 31.

În sensul acestei opinii, considerăm că autorii au elucidat funcțiile contractului de factoring mai mult sub aspect economic, deoarece din punct de vedere a terminologiei juridice unele dintre funcții elucidate au fost dublate prin esența lor, spre exemplu, prin funcția de gestionare administrativă și contabilă a creanțelor, autorul a precizat într-un mod mai detaliat felurile de gestionare, însă prin semnificația sa juridică aceasta se include în funcția de gestionare a creanțelor, care dispune de un caracter mai general și cuprinde toate felurile de gestionare a creanțelor. La fel mai considerăm, că utilizarea termenului „acoperirea creditului“ nu corespunde uzului juridic, deoarece în scopul prevenirii riscului neraburisirii creditului în contractele comerciale și cele bancare, sunt utilizate diferite măsuri de asigurare a executării obligațiilor contractuale care îmbracă calitatea unor garanții personale sau garanții reale.

Pe lângă faptul, că autorii în cauză la elucidarea funcțiilor contractului de factoring au utilizat unii termeni improprii uzului juridic, lesne se observă că s-a lăsat în umbră cea mai importantă funcție a contractului de factoring, cum ar fi, funcția de plată, fără de care ar fi imposibil realizarea celorlate funcții ale contractului în cauză.

În viziunea altui autor⁷ s-a încercat de a se indentifica funcțiile contractului de factoring prin prisma elementelor definitorii ale noțiunii contractului de factoring reflectate la lit. b) alin. 2 art. 1 al Convenției UNIDROIT, susținându-se în acest sens, că contractul de factoring îndeplinește următoarele funcții: 1) efectuarea plății producătorului, inclusiv împrumuturi și plăți în avans; 2) supravegherea conturilor bancare în conexiune cu operațiunile legate de titlurile de credit, 3) preluarea plăților efectuate în temeiul titlurilor de credit; 4) asigurarea protecției împotriva răilor platinici.

Chiar, dacă autorul prezentei opinii a elucidat funcțiile contractului de factoring prin prisma noțiunii legale conturată de Convenția UNIDROIT, totuși considerăm că, modul de expunere și termenii utilizați în contextul acestei opinii, prin semnificația lor generează unele dificultăți ce țin de individualizarea funcțiilor acestor categorii de contracte.

Porinind de la prima funcție, care în viziunea autorului se referă la efectuarea plății producătorului, inclusiv împrumuturi și plăți în avans, cu titlu de *legea ferenda* considerăm, că este deficit de a stabili la care funcție s-a referit autorul, întrucât prima sintagmă din cadrul acestei opinii se referă la funcția de plată efectuată de către factor aderentului în contul achitării contravalorii creanțelor, iar cât privește sintagma de împrumuturi și plăți în avans, putem să precizăm, că acești termeni sunt improprii efectelor juridice ale contractului de factoring, ceea ce în consecință ar putea denatura obiectul și conținutul contractului de factoring, deoarece de regulă relațiile de împrumut se atribuie la categoria contractelor civile, iar termenul de avans prin esența sa juridică nu este sinonim cu funcția de credit.

7 A se vedea: Dumitru Mazilu, *Dreptul comerțului internațional*, partea specială, Ed. „Lumina Lex“, București, 2000, p. 309-310.

La fel considerăm, că autorul la elucidarea funcțiilor contractului de factoring a lăsat în umbră funcția de garanție care prin conținutul său vine să contribuie la realizarea funcției de creditare și ar fi riscant pentru compania de factoring de a acorda credite fără a dispune de o garanție în acest sens.

Rezumând asupra opiniilor doctrinare și analizând mecanismul și efectele juridice pe care le generează contractul de factoring, am stabilit că majoritatea autorilor se referă la funcția de creditare și gestionare a creanțelor lăsând astfel în umbră unele funcții la fel de importante cum ar fi funcția de plată și funcția de garanție, iar prin utilizarea unor termeni impropii uzului juridic se știrbează din esența funcțiilor elucidate.

În scopul eliminării acestui ambiuități analitice, cu titlu de *legea ferenda*, considerăm, că contractul de factoring în funcție de forma convenită de către părți, poate îndeplini unele din următoarele funcții:

- a) funcția de creditare pe termen scurt a relațiilor comerciale;
- b) funcția de mijloc de plată;
- c) funcția de garantare a executării obligațiilor contractuale;
- d) funcția de gestionare administrativă și contabilă a creanțelor,
- f) iar în cazul contractului de factoring internațional poate servi drept mijloc de schimb în materie monetară.

Prin precizarea referitoare la „unele funcții” am intenționat de a pune accentul pe caracterul opțional al funcțiilor contractului de factoring, care potrivit formelor de factoring convenite de părți la încheierea contractului se poate identifica volumul funcțiilor pe care le va îndeplini această categorie de contracte.

Apreciind valoarea juridică și caracterul fiecărei funcții în parte pe care le poate îndeplini contractul de factoring, precum și ținând în cont de faptul, că unele dintre ele au un caracter opțional, întrucât realizarea lor depinde de forma și tipul contractului de factoring, cu titlu de *legea ferenda*, considerăm că, funcțiile contractului de factoring, pot fi divizate în două categorii: a) funcții obligatorii sau permanente, care sunt prezente în orice varietate a contractului de factoring, și, b) funcții facultative sau opționale, realizarea căror depinde de forma contractului de factoring.

La categoria funcțiilor obligatorii sau permanente, putem atribui funcția de plată care persistă atât, în contractul de factoring clasic, cât și în contractul de factoring la scadență, funcția de gestionare a creanțelor care prin esența sa constituie un suport organizațional de realizare a funcției de plată.

Referitor la funcțiile facultative sau opționale ale contractului de factoring, putem menționa, că relaxarea lor este prezentă numai în cadrul contractului de factoring clasic, și la categoria lor se atribuie funcția de creditare și funcția de garanție. Cât privește funcția de schimb în materie monetară, prin caracterul său la fel o considerăm facultativă, deoarece ea poate fi realizată numai în cadrul contractelor de factoring internațional, cu condiția ca părțile în contractele de vânzare-cumpărare sau prestări de servicii să utilizeze o monedă de referință, datorită faptului, că pe teritoriul statelor a căror naționalitate o au contractanții, sunt utilizate diferite monede.

Funcția de creditare pe termen scurt

Printre funcțiile recunoscute de majoritatea noțiunilor legale și opiniile doctrinare⁸, considerăm, că funcția de creditare pe termen scurt este cea mai importantă funcție pe care o îndeplinește contractul de factoring, deoarece datorită acestei funcții, aderentul pretinde să obțină contravaloarea creanțelor înainte de scadență, fapt care în consecință a și contribuit la apariția acestei varietăți de contracte comerciale.

În literatura de specialitate, precum în practica comercială și cea bancară, compartimentul ce se referă la relațiile de creditare a comerțului este elucidat prin diferiți termeni, cum ar fi: „finanțarea comerțului internațional”⁹, „finanțări bancare (împrumuturi)”¹⁰, „creditarea comerțului internațional sau contractele de credit bancar”¹¹, tehnică de finanțare¹², „organisme financiar-bancare”¹³, „creditare comercială”¹⁴ etc., care după semnificația juridică și economică ar putea crea la practică unele îndoieli asupra valențelor juridice a fiecărui termen.

Analizând conceptul termenului de „finanțare” care este cel mai frecvent utilizat în elucidarea funcției de creditare a contractului de factoring, considerăm, că semnificația lui nu reflectă în mod corespunzător esența funcției de credit pe care le generează diferite tehnicile de creditare utilizate practica comercială și cea bancară, deoarece potrivit dicționarului explicativ al limbii române, finanțare înseamnă „a întreține sau a susține cu bani o persoană, o instituție, o întreprindere”¹⁵.

- 8 A se vedea: Tudor R. Popescu, *Dreptul comerțului internațional*, op. cit. p. 283, Brîndușa Vartolomei, *Contractul de factoring*, Ed. Lumina Lex, București, 2006, p. 83, Е.Е.Шевченко, *Договор финансирования под уступку денежного требования в системе гражданского права Российской Федерации*, изд. Ось, Москва 2005, с. 65.
- 9 A se vedea Clive M.Schmitthoff, *Export trade, The law and practice of international trade*, Stevens & Sons, London, 1990, p. 138., Mariana Negruș, *Finanțarea schimburilor internaționale*, Editura Humanitas, București, 1991, pag. 86, Simona Gaftoniuc, *Practici bancare internaționale*, Ed. Economică, București, 1995, p. 115, Dumitru Mazilu, *Dreptul comerțului internațional, partea specială*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 295. Ioan Macovei, *Instituții în dreptul comerțului internațional*, Ed. Junimea, Iași, 1987, p. 326.
- 10 A se vedea: Ion Stoian, Emilia Dragne, Mihai Stoian, *Comerț internațional, Tehnici și proceduri*, V-I, Ed. Caraiman, București, 1997, p. 234.
- 11 A se vedea Tudor R. Popescu, *Dreptul comerțului internațional*, Editura Didactică și pedagogică, București, 1983, p. 283., Mîrcea N. Costin, *Drept comercial internațional, Ghid alfabetic*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1987, p. 264, Ioan Mâzgă, *Dreptul comerțului internațional*, Ed. Interpret, București, 1994, p. 199., Octavian Căpățână, Brîndușa Ștefănescu, *Tratat de drept al comerțului internațional, partea specială*, V-II, Ed. Academiei R.S.România, București, 1987, p. 274.
- 12 A se vedea: Mihaela Roventza, *Introducere în forfetare & factoring, Tehnici moderne de finanțare a activității de export*, Ed. Economică, București, 2002, p. 111.
- 13 A se vedea: Virgiliu Angheliesu, Al. Deteșan. Ervin Hutira, *Contracte comerciale internaționale*. Ed. Academiei R.S.România, București, 1980, p. 123,
- 14 A se vedea: Е.Е.Шевченко, *Договор финансирования под уступку денежного требования в системе гражданского права Российской Федерации*, изд. Ось, Москва 2005, с. 65.
- 15 A se vedea *Dicționarul explicativ al limbii române*, Editura Univers enciclopedic, București, 1996, p. 380.

În legislația civilă a unor state, termenul de finanțare, este utilizat cu titlu de denumire proprie sau denumire alternativă a contractului de factoring, spre exemplu, art. din Codul civil al Federației Rusu și art. 1077 din Codul civil al Ucrainei¹⁶ reflectă opțional această categorie de contracte prin denumire de „contract de finanțare prin cedarea dreptului de creanță pecuniară“ (договор финансирования под уступку право денежного требования).

Prin urmare, este evident, că utilizarea în legislația și doctrina comercială internațională a termenului de „finanțare“ nu reflectă în mod corespunzător vocația reală a funcției de creditare a contractului de factoring, ceea ce la practică ar denatura esența activității de creditare a comercianților, întrucât conceptul termenului de „finanțare“ nu este similar din punct de vedere juridic cu termenul de „creditare“.

Această constatare se mai justifică și prin faptul, că termenul de „finanțare“ după etimologia sa și utilitatea practică se atribuie mai mult la categoria ramurilor de drept public pentru elucidarea anumitor raporturi juridice ce derivă din operațiunile cu finanțe publice și poate fi utilizat de regulă în materie de drept financiar.

La fel nu putem fi de acord și cu opinia altui autor¹⁷, care printre funcțiile preluate din noțiunea legală ce sunt reflectate în contextul lit. b) alin. 2 art. 1 din Convenția UNDROIT, agreează funcția de efectuare a plății producătorului, inclusiv împrumuturi și plăți în avans, care considerăm că nu prea reușită a fost reflectată din punct de vedere terminologic, deoarece potrivit doctrinei¹⁸, împrumutul constituie o varietate a contractelor civile și nu s-ar încadra în conținutul contractului de factoring.

Această dificultate terminologică care persistă în doctrină, precum și în contextul unor prevederi legale referitoare la contractele de factoring, din punct de vedere juridic ne poate genera unele îndoieli asupra subiectelor, deoarece contractul de împrumut poate fi încheiat între două persoane fizice, iar în contractul de factoring o parte în mod obligatoriu este o companie de factoring sau instituție bancară, iar cealaltă poate fi un comerciant persoană juridică sau fizică.

Prin urmare, termenul de „împrumut“¹⁹ potrivit doctrinei și legislației nu poate fi considerat sinonimul termenului de credit, iar înlocuirea acestui termen în cadrul elucidării funcției de creditare a contractului de factoring ar putea știrbi din caracterul comercial al acestor categorii de contracte.

Cât privește, termenul de „plăți în avans“,²⁰ la fel considerăm că, această sin-

16 A se vedea: Гражданский Кодекс Украины, Изд. Одисей, Харьков, 2004, с. 324

17 A se vedea: Dumitru Mazilu, Dreptul comerțului internațional, *op. cit.*, p. 310,

18 A se vedea: Francisc Deak, Stanciu Cărpinaru, Contracte civile și comerciale, Ed. Lumina Lex, București, 1993 p. 171

19 Pentru detalii: împrumutul poate fi de consumație și împrumut cu dobândă, a se vedea: Francisc Deak, Stanciu Cărpinaru, *Contracte civile și comerciale*, Ed. „Lumina Lex“, București, 1993, p. 171-179,

20 Pentru detalii: Avans (în raporturile de comerț internațional), sumă de bani dată de importator exportatorului înainte de livrarea mărfii sau executarea prestației la care s-a angajat. Sub aspect economic avansul constituie un credit fără dobândă de cumpărător vânzătorului,

tagmă prin esența sa juridică nu este proprie funcției de creditare a contractului de factoring, deoarece avansul de regulă constituie o tranșă din suma contractului, care de obicei este achitată anticipat de cumpărător vânzătorului și această formă de garantare omite posibilitatea vânzătorului de a încheia un contract de factoring cu o instituție specializată, întrucât plata cu titlu de avans este efectuată de cumpărătorul către vânzător.

Pentru a elimina dificultățile de ordin terminologic ce pot apărea la individualizarea funcției de creditare a contractului de factoring, considerăm necesar de a elucidă aspectele definitorii și structurale ale creditului, ceea ce în consecință ar permite să apreciem modul și finalitățile juridice ale funcției de creditare a contractului de factoring.

Din punct de vedere etimologic, cuvântul credit provine din limba franceză, „relație bănească ce se stabilește între o persoană fizică sau juridică (creditor), care acordă un împrumut de bani sau care vinde mărfuri sau servicii pe datorie, și o altă persoană fizică sau juridică (debitor), care primește împrumutul sau cumpără pe datorie, împrumut acordat (cu amânarea plății) pentru bunurile procurate. .

Pentru a ne crea o viziune mai clară asupra noțiunii de credit, vom încerca să apelăm la opiniile doctrinare, deoarece actuala legislația comercială și civilă a diferitor state conțin foarte puține reglementări în materie de credit, iar studierea definițiilor întâlnite în literatura de specialitate ne va permite să scoatem în relief principalele elemente definitorii ale relațiilor de creditare.

În viziunea unor autori, prin credit se înțelege, în general, un avans de bani (monedă scripturală sau fiduciară), care urmează să fie restituit împreună cu remunerația pentru creditor²¹. În sensul acestei opinii, se observă că, autorul a încercat să dea o noțiune generală ce ar cuprinde majoritatea relațiilor de creditate care erau utilizate în practica comercial-internațională, precizându-se prin termenii de monedă scripturală în relațiile de creditare ce derivau din titlurile de credit și monedă fiduciară care reprezenta o formă a creditului comercial bazat pe încrederea comercianților.

La fel, observăm că autorul în cauză n-a menționat în contextul noțiunii unele elemente ale creditului cum ar fi, termenul sau scadența fără de care este imposibil de a vorbi despre un contract de credit, precum și de dobânzile pe care le generează fiecare modalitate de creditare a activității comerciale.

Potrivit unei alte opinii mai lapidare după conținut, „prin credit se înțelege potențialul de solvabilitate al unei persoane²², care prin conținutul său nu cuprinde nici un element definitoriu ale creditului, generând totodată unele confuzii pentru practica comercială, deoarece dispunerea unei persoane de un potențial financiar

a se vedea: Mircea N. Costin, *Dicționar de drept internațional al afacerilor*, v. 1, Ed. „Lumina Lex”, București, 1996, p. 96, Mariana Negruș, *Mijloace și modalități de plată internaționale*, Ed. Academiei R.S.România, București, 1986, p. 186.

21 A se vedea Tudor Popescu, *Dreptul comerțului internațional*, op. cit., p. 283

22 A se vedea: D. Gerota, *Teoria generală a obligațiunilor comerciale în raport cu tehnica obligațiilor civile*, Imprimeria Națională, București, 1932, p. 27

n-ar servi drept temei de a considera, că persoana respectivă a acordat un credit prin transmiterea unei sume de bani, prin prelungirea scadenței unei datorii sau prin procurarea unor titluri de credit cu exigibilitatea pe viitor.

Potrivit unei alte definiții, prin contractul de credit bancar se înțelege o convenție unilaterală și *intuitu personae* prin care o bancă sau o altă instituție de credit similară se obligă, în schimbul unei remunerații să pună la dispoziția unei persoane fonduri bănești, pe un termen și în cuantum determinat sau să-și asume, în interesul unei persoane, un angajament bănesc prin aval, sau prin scrisoare de garanție²³. Apreciind elementele definitorii ale noțiunii citate, considerăm, că spre deosebire de noțiunile analizate anterior, autorul a reușit să cuprindă toate elementele definitorii ale contractului de credit, precizând în acest sens, subiecții contractului de credit, termenul, dobânda percepută în contul utilizării mijloacelor financiare.

Noțiunea contractului de credit, se conține și în legislația civilă, spre exemplu, conform art. 819 din Codul civil al Federației Ruse²⁴, „prin contractului de credit o bancă sau instituție de creditare (creditor) se obligă să acorde mijloace bănești (credit) împrumutătorului în mărimea și condițiile prevăzute de contract, iar împrumutătorul se obligă să restituie suma bănească primită și să achite procentele aferente. La prima vedere, această noțiune legală pare să reflecte pe deplin toate elementele structurale ale contractului de credit, însă ținând cont de faptul, că timpul constituie un element esențial al creditului, considerăm că, legiuitorul rus n-a precizat că, împrumutătorul se obligă să restituie suma bănească și dobânzile aferente într-un anumit termen stabilit de contract, deoarece termenul în privința executării obligațiilor

Deoarece contractul de factoring prin efectele pe care le generează constituie o modalitate de creditare pe termen scurt, considerăm necesar să-i scoatem în relief elementele esențiale pe care se sprijină realizarea funcției de creditare.

Referitor la aspectul definitoriu al creditului în literatura de specialitate sunt enumerate următoarele elemente: 1) timpul, 2) încrederea și 3) riscul.²⁵

Timpul reprezintă un element esențial al creditului, care constă într-o perioadă de timp între prestațiile celor doi parteneri, adică intervalul de timp între momentul în care *solvens* efectuează o prestație și *accipiens* urmează să efectueze contraprestația la care s-a obligat.

Luând în considerație faptul, că termenul sau scadența constituie un element principal al noțiunii de credit, care vine să pună în valoare celelalte elemente, pentru a determina limitele de întindere a obligațiilor contractuale considerăm necesar de a elucidare clasificarea contractelor de credit bancar după durata rambursării lor,

23 A se vedea: Ion Turcu, Operațiuni și contracte bancare, Lumina Lex, București, 1995, p. 335.

24 A se vedea: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, вторая часть, под ред. О.Н.Садикова, Издательский Дом Инфра-М, Москва, 1998, с. 137\

25 A se vedea: Stelian Ionescu, Valoarea noțiunii de credit și protecția lui legală în România, în „Revista de drept comercial și studii economice“, nr. 5/1937, p. 14. P. Goreniuc, op. cit., p. 198.

în scopul individualizării locului contractului de factoring în varieteta contractelor de creditare.

Prin urmare, clasificarea contractelor de credit după durata rambursării își pronunță importanța sa practică prin faptul, că la negocierea contractului de credit bancherul ținând cont de termenul rambursării creditului, își va putea determina cuantumul dobânzilor și modalitatea de asigurare a creditului, adică mijlocul de garanție în funcție de aprecierea riscului care poate surveni pe în perioada scadenței, iar clientul își va putea alege cea mai adecvată tehnică de creditare.

Acest criteriu de clasificare a contractelor de credit bancar ne mai poate servi la gruparea tehnicilor juridice de creditare utilizate în comerțul internațional pe anumite categorii în funcție de durata utilizării mijloacelor financiare de către creditat. De pildă la categoria creditelor pe termen scurt se atribuie următoarele tehnici de creditare: acreditivul documentar incasoul documentar, creditele în cont curent, creditul cambial, creditul de scont, factorigul, etc. În literatura de specialitate această problemă nu dispune de o tratare unică, deoarece ea depinde de reglementările naționale ale fiecărui stat, de pildă în România, potrivit alin. 2 din pct. g) al Legii nr. 58, „din punct de vedere al scadenței, creditul poate fi acordat:

- pe termen scurt, a cărui durată de rambursare nu depășește 12 luni;
- pe termen mediu, a cărui durată de rambursare este cuprinsă între 1 și 5 ani;
- pe termen lung, a cărui durată de rambursare depășește 5 ani²⁶.

În legislația franceză creditul pe termen scurt se acordă pe o durată de până la doi ani, cel pe termen mediu pe o durată de până la șapte ani, iar pe termen lung pe o durată de până la 30 ani²⁷.

Uniunea de la Berna, respectiv „Asociația internațională a asigurătorilor de credite și investiții internaționale“ a efectuat o clasificare a creditelor internaționale după durata rambursării lor în următoarele categorii: credite pe termen scurt cele cu durata sub 1 an, credite pe termen mediu cu durata până la 5 ani și credite pe termen lung cu durata de peste 5 ani, totodată făcând unele recomandări cu titlu de derogare de la termenele respective în cazul când creditele sunt acordate pentru procurarea diferitor categorii de mărfuri, cum ar fi pentru procurarea mijloacelor de transport personal — 18 luni, pentru utilaje ușoare, inclusiv mijloace de transport (mașini agricole, tractoare, autocamioane, autobuze, diferite echipamente) — 3 ani, pentru echipamente industriale complexe instalații, locomotive, nave, 5 ani.²⁸

Clasificarea efectuată de Asociația internațională a asigurătorilor de credite și investiții internaționale, constituie o primă încercare de unifica contratele de credit în funcție de termenul rambursării, deoarece majoritatea legislațiilor naționale în

26 A se vedea: Monitorul Oficial al României, nr. 121, din 23 martie 1998.

27 A se vedea: Cristian Gavalda, Jean Stoufflet, *Droit bancaire*, Ed. Litec, Paris, 1994, p. 366-367, Rene Rodiere Jean-Louis Rives-Lange, *Droit bancaire*, Ed. Dalloz, Paris, 1973, p. 401-402.

28 A se vedea Ward Donld, *L'Union de Berne, C.N.U.C.E./GATT, Sentres du commerce international*, Geneve, 1984, p. 141.

materie bancară au luat ca model acest criteriu de determinare a duratei de acordare a creditului.

În Republica Moldova la etapa actuală nu există o reglementare legală care ar contura expres clasificarea creditelor în funcție de durata lor, însă până la aprobarea Regulamentului cu privire la activitatea de creditare a băncilor care operează în Republica Moldova o astfel de clasificare era prevăzută de vechiul Regulament provizoriu cu privire la creditul bancar, care consemna următoarea clasificare: a) credite pe termen scurt cu durata până la un an, b) credite pe termen mediu cu durata de mai mult de 3 ani și c) credite pe termen lung cu durata ce depășește 3 ani²⁹. Deoarece regulamentul provizoriu cu privire la creditul bancar a fost abrogat, iar adoptarea unui alt act normativ care ar prevedea o clasificare a creditelor în funcție de termen nu a fost elaborat, la practică continuie să se utilizeze criteriile din reglementările abrogate.

Ajustând acest element al funcției de credit la contractul de factoring, lesne se observă că, această varietate de contracte constituie o modalitate de creditare pe termen scurt, deoarece potrivit practicii scadența facturilor cedate de către aderent nu poate depăși termenul 180 zile.

Un alt element ce stă la derularea contractelor de creditare a relațiilor comerciale este încrederea (*fiducia*), care prin esența sa juridică se referă la aspectul psihologic prezent oricărei operațiuni ce se încheie pe un anumit termen, în care *solvens* s-a încrezut în promisiunea lui *accipiens* că la scadența acesta din urmă își va executa prestația la care s-a obligat.

În contractul de factoring, încrederea constituie suportul caracterului de *intitu personae*, deoarece compania de factoring îl acceptă pe aderent după o serioasă verificare sub aspectul competenței profesionale, al onerabilității și al bonității acestuia, dar și în considerarea modului în care își conduce afacerile cu clienții. Acest element al funcției de creditare în contractul de factoring se materializează prin posibilitatea factorului de a-și alege aderentului, după verificarea acestuia pe baza informațiilor cerute de factor, precum și prin verificarea creanțelor transmise și prin stabilirea solvabilității debitorilor. Prin urmare compania de factoring va încheia contractul în considerarea calităților persoanelor ale aderentului, iar raporturile contractuale axându-se pe încrederea acordată de factor acestuia.

Riscul reprezintă împrejurările fortuite sau cele ce depind de buna sau reaua credință a debitorului, care pot interveni între momentul de efectuare a prestației și contraprestației și pun în dubiu realizarea promisiunii lui *accipiens*. Analizând operațiunile din conținutul unui contract de factoring clasic, considerăm că această tehnică contractuală întrunește toate cele trei elemente specifice creditului și, de aceea, este necesar de menționat că realizarea ei dispune de unele particularități ce diferă de forma clasică a contractului de credit bancar.

29 A se vedea: Hotărârea Consiliului de Administrație a Băncii Naționale a Republicii Moldova din 26 martie 1993.

Rezumând asupra acestor elemente structurale ale noțiunii de credit și luând în considerație faptul, că majoritatea contractelor de creditare a relațiilor comerciale au un caracter oneros, cu titlu de *legea ferenda* considerăm că, pe lângă elementele analizate, creditul mai conține în mod obligatoriu încă un element, care constă dobândă încasată de instituțiile bancare pentru utilizarea mijloacelor bănești. Acest element este prezent și în cazul contractului de factoring, sub denumirea de comision de factoring, numai că cuantului acestei dobânzi este calculat în funcție de volumul obligațiunilor pe care le execută compania de factoring.

Privită prin prisma elementelor definitorii ale creditului, cu titlu de *legea ferenda* considerăm că, funcția de creditare a contractului de factoring are un caracter sui generis, deoarece aderentul primind o anumită sumă de bani în contul creanțelor care devin exigibile la un anumit termen, aderentul nu are obligația ca s-o restituie companiei de factoring la survenirea scadenței, întrucât suma respectivă ia fost transmisă acestuia în contul prețului pentru facturile procurate și aceasta v-a fi încasată de către factor de la debitorii aderentului.

Chiar dacă funcția de creditare pe termen scurt al contractului de factoring este recunoscută unanim de doctrină, considerăm necesar de a preciza că, această funcție nu prezintă în toate varietățile contractului de factoring. Ținând cont că, în majoritatea definițiilor legale, obligațiunile factorului prin natura lor au un caracter alternativ și volumul întinderii lor depinde de forma contractului de factoring convenită de către părțile contractante, putem preciza că, funcția de creditare pe termen scurt a aderentului nu poate fi realizată în cazul contractului de factoring la scadență (*maturity factoring*), deoarece factorul potrivit acestei varietăți de contract, se obligă să achite contravaloare facturilor la data când acestea devin exigibile.

Prin urmare, considerăm că, funcția de creditare a contractului de factoring constituie premisele de bază ce au stat la temelia acestui contract și care de-a lungul timpurilor această a fost modelată la necesitățile comercianților de-ași atraje mijloace bănești în baza unor creanțe ce le-au dobândit din contracte distincte față de cel factoring. Datorită acestei funcții, contractul de factoring a îmbrăcat haina unei tehnici de creditare a relațiilor comerciale, care facilitează comercianților de a primi un credit pe baza propriilor creanțe și fără a fi obligați să-l restituie la scadență.

Funcția de plată

Chiar, dacă funcția de creditare a contractului de factoring este recunoscută de majoritatea autorilor³⁰ în domeniu, cu titlu de *legea ferenda* considerăm, că rolul primordial în realizarea acesteia î-i revine totuși funcției de plată, deoarece în realitate ar fi fost imposibil de modelat o asemenea tehnică de creditare pe care o

30 A se vedea: Tudor R. Popescu, Dreptul comerțului internațional, op. cit. p. Dumitru Mazilu, op. cit. 309, Romul Petru Voinica, Dreptul contractelor, op. cit. p. 448, Brîndușa Vartolomei, op. cit. p.

dispune contractul de factoring în lipsa unei creanțe cu o scadență viitoare ce derivă din plățile datorate de către debitorii aderentului.

Sub imperiul acestei ipoteze, considerăm, că funcția de plată a contractului de factoring constituie suportul material și cauzal ce a stat la temelia apariției acestei modalității de creditare, întrucât în lipsa unei plăți cu exigibilitate la un anumit termen care-i revenea debitorului față de aderent în baza contractului inițial, ar fi fost imposibil ca aderentul să obțină un credit în condiții simplificate pe un termen scurt de la o compania de factoring.

Spre deosebire de funcția de creditare pe termen scurt, care prin esența sa are un caracter alternativ (opțional) întrucât aceasta nu este prezentă în toate formele contractului de factoring, funcția de plată are un caracter perpetuu, întrucât ea a contribuit la dezvoltarea relațiilor de factoring axate pe achitarea înainte de scadență a contravalorii facturilor recepționate de către factor.

Un alt aspect al funcției de plată a contractului de factoring, poate fi desprins din contextul unor noțiuni doctrinare³¹, prin care se susține, că: „factoringul este o înțelegere între un cupărător, denumit factor, și un vânzător, denumit aderent, prin care factorul cumpără creanțele vânzătorului, de regulă fără recurs, asumându-și astfel răspunderea pentru capacitatea de plată a debitorului creanțelor“

Din contextul acestei opinii, rezultă că, aderentul vinde creanțele factorului, punându-ne astfel în prezența unui contract de vânzare-cumpărare a creanțelor pentru care factorul se obligă să achite contravaloarea acestora, ceea ce ar însemna că, funcția de plată ar fi calificată ca o modalitate de stingere a obligațiilor factorului ce i-au revenit acestuia în rezultatul procurării creanțelor de la aderent.

Prin urmare, se poate conchide, că funcția de creditare este o dezvoltare a funcției de plată, potrivit căreia aderentul încheie cu compania de factoring un contract în scopul încasării contravalorii creanțelor până la scadență, care rezultă din plata datorată de debitorii acestuia.

Nefiind agreată în unanimitate de literatura de specialitate română și cea străină, funcția de plată a contractului de factoring alături de funcția de creditare poate fi desprinsă din efectele juridice pe care le generează contractul de factoring, care de regulă sunt inserate în contextul noțiunilor legale cu titlu de elemente definitorii.

În sensul acestei constatări, este evident că, la elucidarea subiectului în cauză unii autori³² individualizează funcțiile contractului de factoring din conținutul noțiunii legale ale contractului de factoring internațional prevăzută la lit. b) alin. 2 art. 1 din Convenția UNIDROIT de la Ottawa privind contractul de factoring internațional, unde se menționează cu titlu alternativ asumarea cel puțin a două funcții, dintre care, finanțarea furnizorului în special prin împrumut sau plată anticipată.

31 A se vedea: M. Roventă, Introducere în forfetare & factoring. Tehnici moderne de finanțare a activității de export, Ed. Economică, București, 2002, p. 111.

32 A se vedea: Dumitru Mazilu, Dreptul comerțului internațional, *op. cit.*, p. 309-310.

Reieșind din contextul lit. b) alin. 2 art. 1 al Convenției UNIDROIT privind contractul de factoring internațional, se poate menționa că funcția de plată dispune de o dublă realizare, prima se referă la plata efectuată de către factor aderentului în contul cotravalorii creanțelor, și a doua derivă din preluarea de către factor a plății de la debitorii aderentului

Potrivit opiniilor unor autori³³ din dreptul comun, plata³⁴ este considerată ca unul dintre principalele mijloace de stingere a obligațiilor civile, care de regulă î-i revine debitorului unei contraprestații, însă în contractul de factoring acesta funcție are un caracter mai flexibil, care de regulă poate fi ajustată la efectele pe care le generează diferite varietăți ale contractului de factoring.

Întrucât, în doctrină se susține, că, „executarea voluntară a obligație de către debitor, fără a deosebi în privința obiectului ei, se numește plată”³⁵, în substanța contractului de factoring realizarea plății dispune de unele particularități proprii, care pot fi desprinse însăși din efectele juridice pe care le generează diferite varietăți ale contractului de factoring.

Privită prin prisma varietăților contractelor de factoring, putem menționa că funcția de a plăta a creanțelor pe care o realizează factorul dispune de unele trăsături specifice acestor categorii de contracte, care diferă în mod radical de plata efectuată în cadrul dreptului comun ca modalitate clasică de stingere a obligațiilor.

Sub acest aspect, putem reține că, în dreptul comun debitorul contraprestației achită în mod direct creditorului contravaloarea prestației, ceea ce ar coincide cu situația până la încheierea contractului de factoring, deoarece plata facturilor trebuia să fie efectuată de către debitorii aderentului, însă prin achitarea creanțelor de către factor până la survenirea scadenței se pretinde stingerea a unei obligații inițiale ce rezultă din contractul de vânzare-cumpărare, sau prestări de servicii, precum și o obligație ulterioară care-i revine factorului potrivit contractului.

Prin urmare, lesne se observă, că în rezultatul achitării anticipate a creanțelor de către factor aderentului se realizează o plată prin care se sting concomitent două categorii de obligații, prima categorie se referă la obligațiile inițiale care au generat apariția

33 A se vedea: Ion Dogaru, Pompil Drăgnici, *Drept civil, Teoria generală a obligațiilor civile*, Ed. ALL BECK, București, 2002, p. 414, Tudor R. Popescu, Petre Anca, *Teoria generală a obligațiilor civile*, București, 1968, p. 294, Liviu Pop, *Tratat de drept civil, Obligațiile*, volumul I, Regimul juridic general, Ed. C.H. BECK, București, 2006, p. 439, Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *Drept civil, Teoria generală a obligațiilor*, Ed. ALL BECK, București, 2001, p. 357, Ion Filipescu, *Drept civil, Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Actami, București, 1994, p. 216

34 Cu titlu de precizare: Sensul juridic al cuvântului plată este deci mai cuprinzător decât cel din vorbirea curentă, în care cuvântul „plată” se utilizează numai cu privire la executarea unei obligații constând dintr-o sumă de bani. A plăti, în sens juridic, înseamnă a executa de bunăvoie o obligație, oricare ar fi obiectul acesteia: a transfera dreptul de proprietate asupra lucrului vîndut, a executa o lucrare sau un serviciu, a plăti prețul obiectului cumpărat, etc., a se vedea: Tudor R. Popescu, Petre Anca, op. cit, p. 294.

35 A se vedea: Ion Dogaru, Pompil Drăgnici, *Bazele dreptului civil, Teoria geerală a obligațiilor civile*, Ed. C.H.Bek București, 2008, p. 414.

creanței, iar a doua categorie se atribuie la obligațiile ulterioare ce derivă din contractul de factoring și au un caracter intermediar în privința realizării plății inițiale.

Pe lângă aceste particularități ale funcției în cauză, ținem să mai precizăm că, din contextul noțiunii legale reflectată în art. 1 al Convenției UNIDROIT, realizarea funcției de plată nu se finalizează la această etapă, deoarece potrivit efectelor juridice a contractelor respective, factorul mai încasează contravaloarea creanțelor de la debitorii aderentului, care constă într-o stingere a obligației inițiale ce se realizează în baza subrogării creditorilor obligației.

În sensul acestei plăți, se poate susține că, această funcție a contractului de factoring se realizează în mai multe etape care depind de varietatea formelor de factoring convenite de către părțile contractante, însă potrivit finalităților sale juridice aceasta nu constituie o plată nouă, ce ar deriva dintr-o altă obligațiune, dar constituie o plată realizată prin substituirea creditorilor care în consecință vine să stingă obligația inițială.

Ajunși la finele acestui subiect și rezumând asupra particularităților specifice ale funcției de plată care poate fi desprinsă din conținutul contractului de factoring, cu titlu de *legea ferenda*, considerăm că, funcția respectivă are un caracter sui generis care prim modul său de realizare diferă esențial de plata din cadrul dretului comun, deoarece datorită caracterului său intermediar, prin plățile ce se realizează în cadrul contractului de factoring se sting concomitent trei categorii de obligațiuni: obligațiunile inițiale ce au apărut între aderent și debitorii săi potrivit contractului de vânzare-cumpărare, obligațiunile ce au apărut între aderent și factor în baza contractului de factoring și obligațiunile dintre factor și debitorii aderentului ce derivă din preluarea cotravalorii creanțelor.

Funcția de garanție

O altă funcție ce poate fi desprinsă din obiectul contractului de factoring și care vine să contribuie la facilitarea realizării schimburilor internaționale în condițiile în care aderentul pretinde să obțină un credit pe termen scurt pe baza unor creanțe o constituie funcția de garantare.

Funcția de garanție a contractului de factoring nu este recunoscută în unanimitate de către de unii autori³⁶ care au elucidat această problemă, însă reieșind din contextul altor opinii³⁷ sau reglementări legale³⁸, această funcție este elucidată prin

36 A se vedea: Ion Dogaru, Tudor R. Popescu, Constantin Mocanu Maria Rusu, Principii și instituții în dreptul comerțului internațional, Ed. Scrisul românesc, Craiova, 1980, p. 275, Ion Rucăreanu, Mihai Pascu, Brîndușa Ștefănescu, Emil Gluvcov, Nicolae Turcu-Șeclăman, Dreptul comerțului internațional, București, 1981, p. 231, Romul Petru Vonica, Dreptul contractelor comerciale, Ed. Holding Reporter, București, 1999, p. 448.

37 A se vedea: Gheorghe Crariani, Romulus Adreica, Răzvan Mustea, Antoneta Curteanu, Aurora Manuela Stan, Factoringul în comerțul internațional, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p. 29-31.

38 Cu titlu de precizare, funcția de garanție a contractului de factoring poate fi desprinsă din contextul art. 1, alin.2 lit. b) al Convenției UNIDROIT, art. 1 a Regulilor generale privind factoringul internațional, art. 7 Codului uzanțelor în factoringul internațional, art. 1290 din Codul civil al Republicii Moldova,

diferite sintagme, cum ar fi: „acoperirea creditului“, „protecția împotriva insolvenității debitorilor“, „drepturile de garanție față de debitor“, etc., însă în consecință toate aceste sintagme au ca scop de a garanta executarea în mod corespunzător a obligațiilor contractuale ce țin de achitarea contravalorii creațiilor.

Ținând cont de faptul că, contractul de factoring prin esența sa constituie o modalitatea de creditare a relațiilor comerciale ce întotdeauna este supus unor riscuri de încasare a contravalorii creanțelor datorită faptului că, la derularea acestuia pot interveni diferite împrejurări care din cauza neexecutării corespunzătoare a obligațiilor de către aderent sau pe motiv de insolvențabilitate a debitorilor aderentului, funcția de garanție vine în acest scop să asigure eliminarea incertitudinii și diminuarea riscurilor ce pot apărea la momentul încheierii contractului de factoring sau pe parcursul derulării acestuia.

În acest caz, clauzele de garanție din contractul de factoring apar ca un mijloc de siguranță și de control reciproc, garantându-i astfel factorului că creanțele sunt valabile și certe, precum și că aderentul va primi contravaloarea creanțelor viitoare, cu condiția că acesta va livra marfa în termenul și în condițiile stabilite de cumpărător.

Pentru a putea stabili condițiile și limitele de realizare a funcției de garanție a contractului de factoring, vom porni de la conceptul acestei funcții, care conform unei opinii³⁹ din literatura de specialitate mai veche, se susține, că: „Garanțiile sunt mijloacele tehnice pe care dreptul pozitiv le pun la îndemâna celui ce are un drept, spre a preîntâmpina eventuala insolvențabilitate a aceluia, în sarcina căruia, se află obligația corelativă“ În cazul contractului de factoring, realizarea funcției de garanție nu se realizează prin careva mijloace tehnice suplimentare, dar prin unele clauze speciale prin care părțile contractante își asumă riscurile prin garanții personale reflectate în conținutul contractului.

Ținând cont de faptul, că contractele de garantare a executării obligațiilor din dreptul comun au un caracter accesoriu, deoarece soarta lor depinde de modul de realizare a contractului principal, funcția de garanție în contractul de factoring constituie o obligațiune ce revine aderentului în toate categoriile de contracte și care se execută concomitent cu celelalte obligații ce revin acestuia potrivit clauzelor contractuale.

Deoarece la baza contractului de factoring stă cesiunea de creanță, în literatura de specialitate se susține, că obligația ce ține de garantarea existenței unei creanțe certe cade sub incidența normelor dreptului comun, care potrivit codurilor civile naționale este reglementată în cadrul materiei de cesiune a creanțelor. Din aceste considerente vom apela la dispozițiile alin. 1 art. 559 din Codul civil al Republicii Moldova, care prevede, că: „Cedentul este responsabil în fața cesionarului de valabilitatea creanței și a mijloacelor de garantare a acesteia, dar nu răspunde pentru

39 A se vedea: Virgil L. Veniamin, Teoria generală a garanțiilor, „Bucovina“ I.E. Torouțiu, București, 1941, p. 5

neexecutarea acestei creanțe de către debitor, cu excepția cazurilor când cedentul a garantat pentru debitor față de cesionar⁴⁰. În sensul acestei reglementări, ajustată la condițiile contractului de factoring, s-ar prezuma, că la momentul transmiterii creanței, aderentul va garanta factorului, că creanța este valabilă, certă și lichidă având o scadență ce n-a expirat la momentul încheierii contractului. Această afirmație poate fi confirmată și prin alin. 1 art. 1294 din Codul civil, conținutul cărui prevede, că: „Aderentul răspunde pentru existența reanțelor, precum și pentru îndeplinirea obligațiilor contractuale față de debitor“.

Prin urmare, am putea considera că această funcție are un caracter provizoriu care poate fi realizată numai la momentul negocierii și încheierii contractului de factoring, cu excepția cazurilor când riscul nu a fost preluat de factor conform art. 1290 din Codul civil, însă reieșind din varietatea efectelor ce se pot produce pe parcursul derulării contractului în cauză, pot surveni unele împrejurări ce pot afecta lichiditatea creanței cesionate.

Pe lângă aspectul provizoriu al funcției de garanție, considerăm că, la practică s-ar întâlni unele situații când funcția respectivă nu se putea realiza de către aderent la momentul negocierii și încheierii contractului de factoring, datorită unor împrejurări ce derivă de la regula generală, pentru cazul când obiectul al contractului de factoring îl constituie unele creanțe viitoare ce n-au fost cesionate la momentul încheierii contractului.

Caracterul provizoriu al obligației de garanție mai poate fi desprins și din conținutul unor reglementări în materia contractelor de factoring, deoarece potrivit art. 1296 din Codul civil, drepturile și garanțiile aderentului față de debitor trec asupra factorului odată cu încheierea transferului creanței asupra factorului, în măsura în care faptul acesta este prevăzut în contractului de factoring.

În sensul acestei prevederi legale, se atestă că funcția de garanție în contractului de factoring poate fi realizată de ambele părți, care se substituie la anumite etape de derulare a contractului, adică aderentul la momentul încheierii contractului de factoring este obligat să garanteze existența și valabilitatea creanței, iar după ce factorul preia creanțele acesta preia toate riscurile de neplată a creanțelor de către debitorii aderentului.

Ajunși la capătul acestui subiect, se pot face următoarele afirmații, că funcția de garanție a contractului de factoring la fel diferă de funcțiile de garantare a executării obligațiilor din cadrul dreptului comun, datorită unor particularități proprii de realizare, precum și caracterului său provizoriu, ceea ce în consecință ne-ar servi drept temei de a concluziona, că funcția de garantare are un caracter *sui generis*, care poate fi desprins din caracterul subrogatoriu și provizoriu al obligațiilor care le revin părților contractante.

La fel mai considerăm, că în realizarea funcției de garanție a contractului de factoring un loc deosebit i se mai atribuie caracterului *intuitu personae*, care se re-

40 A se vedea: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 82-86/661 din 22.06.02, p. 163

feră la credibilitatea pe care a dobândit-o acesta pe baza competenței profesionale, onorabilității și al bonității acestuia, precum și a modului de administrare afacerilor sale cu clienții.

Funcția de gestionare a creanțelor

O altă funcție nu mai puțin importantă pentru derularea contractului de factoring, o constă în gestionarea creanțelor, care după utilitatea sa pentru practica comercială reprezintă un suport organizațional și funcțional de realizarea a celorlate funcții ale contractului de factoring și care persistă în toate formele pe care le poate îmbrăca contractul de factoring.

Prin esența sa, funcția de gestionare a creanțelor constă dintr-o totalitate de activități realizată de către compania de factoring sau instituție bancară după caz, prin intermediul căror se pretinde de a realiza funcția de creditare și a aderentului, precum și plată a creanțelor o dezvoltate a funcție de plată, deoarece compania de factoring în scopul realizării plății către aderent sau recuperării contravalorii facturilor la scadență, realizează un șir de activități ce țin de gestionarea administrativă și contabilă a creanțelor, fără de care ar fi imposibilă .

Gestionarea creanțelor aderentului ca funcție distinctă a contractului de factoring nu este agreată în unanimitate de către doctrină, însă din conținutul diferitor noțiuni doctrinare și legale asupra contractului de factoring această funcție poate fi desprinsă din obligațiile care-i revin factorului.

Sub aspect terminologic, în doctrină această funcție este reflectată prin diferiți termeni, cum ar fi: gestiune comercială⁴¹, gestiune contabilă și administrativă a creanțelor⁴², gestiunea creanțelor, însă prin esența lor aceștia crează unele îndoieli asupra limitelor de extindere a funcției respective asupra derulării raporturilor contractuale. Spre exemplu, prin utilizarea termenului de gestiune comercială, se poate concluziona, că în scopul valorificării creanțelor, factorul realizează careva activități ce țin de gestionare activității comerciale ale debitorilor aderentului pentru a prelua plata datorată, însă în realitatea această funcție se extinde numai asupra administrării administrative și contabile a creanțelor, fără a se face careva acte de gestiune asupra activității comerciale a debitorilor.

Conform unei opinii⁴³ din doctrina română, sub imperiu acestei funcții, se consideră că, contractul de factoring este un instrument de gestiune comercială conducând la simplificarea evidenței și contabilității, în același timp, furnizează aderentilor o gamă de servicii și metode de gestiune și contabilitate. În sensul acestei precizări, s-a conturat limitele de realizare a funcției de gestionare a creanțelor, care pe lângă

41 A se vedea: Romul Petru Voinica, Dreptul contractelor comerciale, op. cit. p. 448

42 A se vedea: Gheorghe Crariani, Romulus Adreica, Răzvan Mustea, Antoneta Curteanu, Aurora Manuela Stan, Factoringul în comerțul internațional, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p. 29-31

43 A se vedea: Romul Petru Voinica, Dreptul contractelor comerciale, op. cit. p. 448

activitățile de evidență contabilă, factorul mai îndeplinește unele activități ținerea conturilor relative la creanțe, în cazul creanțelor viitoare să gestioneze postul clienți din contabilitatea aderentului, dobândind în acets sens o posibilitate de a verifica suplimentar derularea relațiilor dintre aderent și clienții săi.

Prin urmare, chiar dacă la prima vedere funcția de gestionare a creanțelor are un caracter secundar, în contractele de factoring acestei îi revine un rol primordial, deoarece de calitatatea activităților întreprinse de factor, depinde soarta celorlalte funcții.

Funcția de schimb în materie monetară

Pe lângă funcțiile recunoscute de doctrină și cele desprinse din contextul unor reglementări, considerăm că contractul de factoring mai poate îndeplin încă o funcție care mai rar poate fi întâlnită în practica comercială internațională datorită elementului de extraneitate a acestor contracte și care constă în schimbul în materie monetară.

Odată cu punerea în circulație a monedei unice europene, funcția de schimb în materie monetară și-a diminuat din valaorea sa, întrucât creanțele care constituie obiectul contractului de factoring sunt exprimate în euro și nu necesită de a fi stabilită o valută de referință pentru diminuarea riscului valutar.

Deoarece obligațiunile ce derivă din realizarea contractului de factoring au un caracter pecuniar, este evident că în unele cazuri când statele în care părților contractante își au sediile comerciale dispun de diferite valute și la contract vor fi antrenați doi factori din state diferite, în mod inevitabil se va realiza funcția de schimb în materie monetară, deoarece este imposibil să achiți contravaloarea creanțelor concomitent în două valute naționale.

EUTHANASIA “BY THE PRISM OF THE LIFE–RIGHT”

Oxana ROTARI, Ph.D., associate professor

Aurelia CUPCEA, owner of Merit Scholarships

In the United Kingdom Royal College of Obstetricians and Gynecologists intends to propose that babies born under 22 weeks should not receive birth certificates. The Professor Chris Rapley, director of British Antarctic Studies, supports the idea of reducing the human population through euthanasia as a solution to reduce the environmental pollution. In August 2004, the Dutch legal authorities and Groningen University Clinic signed an act authorizing an experimental protocol aimed at extending the practice of euthanasia to children under 12. We started therefore from murdering patients terminally ill and chronically ill it was who asked murdering them being murdering depressed, which had no physical pain, but have asked to die, to simply murdering babies for the fact that they had disabilities. Thus, euthanasia could become a new idealistic border and ideological individualistic celebration of human freedom.

Keywords: Euthanasia; euthanasia active/passive; assisted suicide; gentle death; quality of life; cultural genocide; treatment the option to; culture of death.

EUTANASIA PRIN PRISMA DREPTULUI LA VIAȚĂ

În Marea Britanie Colegiul Regal al Obstetricienilor și Ginecologilor intenționează să propună ca bebelușii născuți sub 22 de săptămâni să nu primească certificate de naștere. Profesorul Chris Rapley, directorul Studiilor Antarctice Britanice, susține reducerea populației umane prin eutanasiie, ca soluție a diminuării poluării mediului. În august 2004, autoritățile juridice olandeze și Clinica Universitară Groningen semnează un act prin care autorizează un protocol experimental orientat spre extinderea practicării eutanasiiei la copiii sub 12 ani. S-a pornit așadar, de la omorîrea pacienților bolnavi în faza terminală și s-a ajuns la omorîrea bolnavilor cronici care au cerut-o, la omorîrea depresivilor, care nu aveau nici o suferință fizică, dar au cerut să moară; la omorîrea nou-născuților pentru simplul fapt că aveau infirmități. Astfel, eutanasiia riscă să devină o nouă frontieră ideologică de celebrare idealistă și individualistă a libertății umane.

Cuvinte cheie: eutanasiie; eutanasiie activă/pasivă; sinucidere asistată; moarte blândă; genocid cultural; cultura morții.

NATURE IS ETERNAL, NOT THE CIRCUMSTANCES.

ARISTOTLE

The notion of euthanasia, first introduced in XVII century by Francis Bacon means “easy death” which, however, has grown rapidly. So that, in the XVIII century it designated the action of “gentle death” and in the nineteenth century — “a

mercy death". Today the term has added new meanings, meaning — "mercy killing to suppress or avoid children suffering extreme abnormal development of incurable diseases or mental deviations avoiding an unbearable life, involving too much troubles for the family and society". We started to "alleviate the suffering of people who are in a terminal stage of disease" to reach young people with disabilities euthanasia proposal, the mentally ill, the elderly and senile ones, those seriously ill and persons in coma or just so sick and weak, that can not rather pronounce intelligible sounds. Euthanasia advocates argue that such patients' quality of life is "*so low that it would be better to dye*". So, for example, in the U.S. Frequently the way euthanasia is performed by starvation and dehydration — one of the most agonizing death moods. Until 1994 in the U.S. the dominating procedure in the ways of suicide was self-dose of sleeping pills followed by the introduction of per capita of a plastic bag, which leads to slow suffocation.

Euthanasia advocates build their oral arguments on the concept of "*low quality of life*". Thus, while traditional society believes that human life has absolute, the actuality enters the idea the idea of human value, noting about that some people are intrinsically superior to others. In addition, utilitarian philosophy maintains that an individual's value is measured by how useful can he/she be for a group or society to which it belongs. In this context a person has the right to live as long as the society benefits and has the duty to die when it can be useful to others. And then what can you say about our society when we say that we don't cease to care for a person as it is unproductive or surplus?

The value of human life can not be measured by how many pieces of a machine can do this person or as far as it could pay taxes. We had to live by engaging in economic activities, but this is not why we live. Economic goal is to support human life, human life is not to support the economy. An infirm person, a mentally retarded or elderly person is not less valuable than someone young and healthy. The fact that it contributes less to the economy has nothing to do with its value as a human being.

In December 1990 Health Care Society has published a critical report that asserts that it's the doctor's right to refuse the treatment to a patient demanded that it is too "burdensome". Oregon case in this context is not singular. Thus, in September 1998 it has prevented the funding of a key-oxicontinul analgesic, making it inaccessible to many patients suffering in chronical or terminal stages. Basically patients with diseases such as diabetic neuropathy, multiple sclerosis, and sympathetic reflex dystrophy or other painful and fatal diseases have not benefited from the treatment with oxicontin¹.

The Medical Assistance Program of Oregon has not payed for the painkiller, but instead of this it funded patients' suicides. Thus, while financing the assisted suicide for poors and handicapped the healthy program of Oregon healthy puts bureaucratic

1 Bertrand, Vergely, "Death forbidden". — Bucharest: Byzantine, 2006. — 240 p., p. 27

barriers in the way of painkillers and even in the subvention of effective antidepressives. Upon approval of the assisted suicide law in november 1997, the Oregon State initiated series of actions to restrict funds for the care of the chronically ill or at a later stage patients, and limiting the oxicontin financing only for patients with cancer is just one of them. Later, while assisted suicide has become a priority of medical care, the State institutionalized the refuse to cover more than 150 medical services. “The fact that Oregon State will not adequately fund our personal care services, but instead will pay us is nothing else than to die in a “*cultural genocide*”, Ric Burger, a member of Handicapped assistance program, decried the situation ”.

It is much easier and cheaper to kill a patient instead of treating him. Rationalization of health care programs has not a considerable only on old people and incurable patients, but even on children. In the Indiana State was born a “Baby Doe” in 1982 with Down syndrome and esophagus problem that could be easily corrected by surgery. Parents have not wanted to operate their child, but asked to let him die from hunger and thirst². Indiana State Supreme Court decided that they may require this decision being based on the constitutional right to privacy, creating a precedent that allowed other children to die that are considered to have a life subjected to inferiority.

In November 1996 the American–media reported that in the Texas rationalization center of medical care, which used ultrasound to detect fetal heart damages offered to their parents free taxes of abortion. IF they choosed to born the child, any medical expenses related to heart defects are not covered by the center³.

We live in a “*culture of death*” in which those who once promised to maintain life are too eager to destroy it. “Our medical profession is monopolized by compassionate killers no longer subscribed to doctrine Hippocratic oath”, mentioned the medical Ron Sutton. These doctors practice death rush to propose abortion when the slightest defect was found in an unborn baby.

In recent decades the pro–life organizations have warned that euthanasia would follow abortion. In the same way the right to die will be followed by a duty to die. Death with dignity will be imposed on people who still live with a disability or a lower quality of life. A society that throws away their unborn children will find convenient ways to dispense its unwanted citizens — the burden. In the Netherlands, at least 3% of deaths through children aged between 1–17 years were caused by euthanasia. In Finland, Belgium 7% of new deaths — babies have been caused by an injection with a lethal dose of medicine⁴. Most children had birth defects or were born prematurely. Three of four pediatricians have been trained to engage in

2 Cocora L., John B., Astarastoe V. Bioethics of terminal states. — Sibiu: Editura Universitatii “Lucian Blaga”, 2004. p. 73.

3 Belis, V, forensic Treaty, 2 vol — New York: Medical Publishing House, 1995. — 171 p., p. 43.

4 Chelcea, S., Sociological research methodology. — Bucharest: Publishing House, 2001. — 75 p., p. 17

euthanasia new — born children. In the Netherlands, at least 1,000 patients are killed every year by euthanasia without consent or their desire.

U.S. law provides to patients a series of acts now, legally valid, by which a person may exercise the right to death. The most notorious act remains “*life wish*”. It is a document whereby a person may agree in advance to discontinue medical treatment for life, where, after an illness or accident would be unable to make decisions. If such a document signature, the physician is determining authority and, moreover, it is not obliged to consult the patient’s family according to the discontinuation of the medical treatment.

The first bill to the desire of living was referred in Florida’s law in 1975. The author argued that the legalization of such documents in 90% of retarded and mentally ill in Florida would “*get permission to die*”, and the state would save in this way \$ 5 billion. President Bill Clinton himself and his wife participated in the campaign in favor of euthanasia, making pressure on people to sign living desire. In an interview on NBC, Clinton said that signing the desires of life is a “way to wipe out some of them”. Another argument is insufficient medical equipment and streamlining them. Dr. Bowen said in 1987 in the plenum of the Senate Finance Committee that the only way to reduce the high costs of using technical medical equipment was to encourage Americans to sign the will to live.

In 1995, with the passage of “terminally ill Rights Act (wheels)” Northern Territory of Australia became the first in the world to legalize euthanasia so as well as assisted suicide — not necessarily by a physician, but by a computer⁵. The law entered into force in July 1996 and was subsequently repealed on March 25, 1997. Australian Medical Association opposed the legislation while it was in force, and continued to oppose both euthanasia and assisted suicide as well. The law was in force during eight months, in which 4 patients received euthanasia.

Currently three European countries have legalized euthanasia: Netherlands, Belgium and Luxembourg. Netherlands was the first European country to legalize euthanasia, the resistance of opposing came from the Christian parties. All they did was get them to raise the age limit at which patients may decide to be euthanized, if the project provided 12 years old, Dutch Christian politicians have failed to raise this threshold up to 16 years.

The Dutch government does not believe that the law is in conflict with its obligations under international law to defend its citizens “right” to life against violation by government or by individuals. Conventions and other government denies the right to life of an individual against his will (except in specified circumstances). These provisions are intended to perpetuate unbearable suffering if there is no prospect of improvement, but rather to provide personal protection against violation of his right to life. No text, no editing procedure does not clarify what constitutes a violation or unlawfulness. In general, it is believed that the Conventions’ signatories have considerable freedom to interpret their provisions broadly within their national legal

5 Minois, G. History of suicide. — Bucharest: Humanitas, 2002, p. 57

systems. However, even if their agreements can be interpreted as imposing a general prohibition on the termination of life on request or assisted suicide, the national law of signatory states should ensure a sufficient protection to meet the criteria “*respect for life*”. Performing euthanasia in response to a request from a patient volunteer is not an intentional deprivation of life, the meaning of the art. 2 of the European Convention on Human Rights⁶.

Belgian Act to legalize euthanasia was adopted on 28 May 2002 and entered into force on 23 September 2002, setting the limit euthanasia to adults. However only 2 years later lawmakers have introduced a proposal to extend euthanasia to children and people suffering from disabilities.

Liberals project but did not last. In early 2005, a pharmaceutical company announced that the kit-kit “*home euthasia*” will be available soon in more than 200 Belgian pharmacies so that doctors could carry out home deaths, more easily⁷. Reports have shown that such kits contain a barbiturate, paralyzing agent, an anesthetic, and instructions for use, and would have cost about 45 euros. As in the Netherlands euthanasia and assisted suicide practices were initially accepted for difficult cases, and were extended to death-on-demand.

Luxembourg MEPs adopted in March 2009 a bill to decriminalize euthanasia. Luxembourg becomes so after the Netherlands and Belgium, the third country in the European Union and non-criminal sanction doctors who put patients end their lives at their request.

We express our firm conviction that, once legalized euthanasia and its catastrophic effects as a result of this action would most likely be impossible to remove or:

1. Euthanasia, once legalized, can not be controlled. If euthanasia were legalized, would be killed and patients who did not want to.
2. Legalizing euthanasia would impose pressure on the sick and those who feel that due to illness, disability and expensive treatment, have become useless to the society and especially to their relatives.
3. To legalize euthanasia would bring about profound changes in social attitudes to illness, disability, death, old age and the role of the medical profession.
4. Once euthanasia is legalized, will become increasingly a “*treatment the option to*” among other common medical or surgical treatment.
5. Legalizing euthanasia would ultimately undermine medical care, particularly palliative care and seriously undermined the doctor-patient relationship.
6. Euthanasia will become accepted in terms of depression, stress, loneliness, fear of illness or decline.

Like abortion, which is an option for any pregnant woman, euthanasia, once legalized will become an option for any patient. Or, after its legalization in Canada

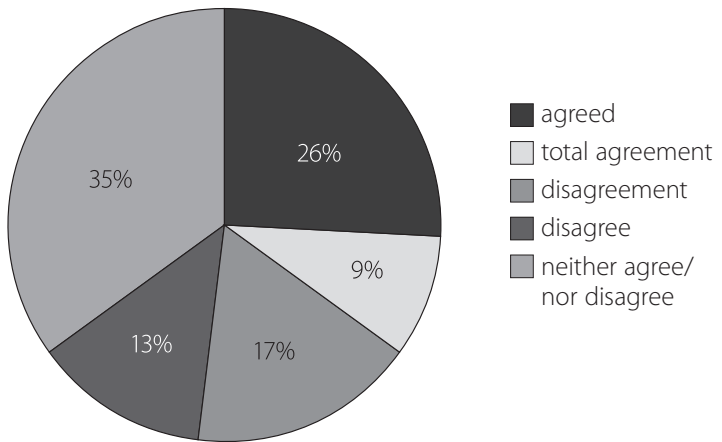
6 Gh Scripcaru, Astarastoe V., Ciuca A., Scripcaru C., Bioethics, life sciences and human rights. — Science: Polirom, 1998, p. 7

7 John B., Gavrilovici C., Astarastoe V. Bioethics? Famous cases. — Iasi: Editura Junimea, 2005. — 88 p., p. 75

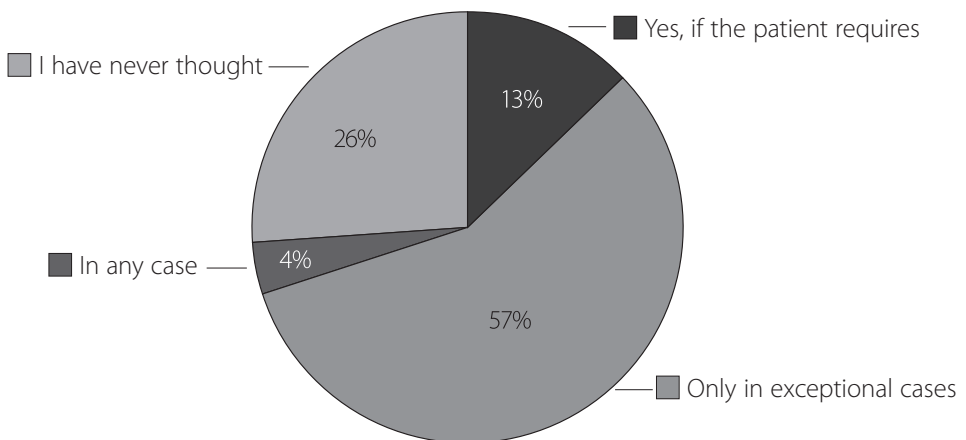
in 1969 were 11,000 recorded in 2002 interventions that increase their number up to 102,000⁸. This impressive growth shows a loss of respect for the sanctity of human life. Once the law allows the construction of a human life is to destroy all life paved the way vulnerability, or the law serves as a guide for conscience. What is legal is perceived as morally permissible.

Interested in the situation in the Republic of Moldova on the legalization of euthanasia we plan aimed at making a statistical survey on a sample of 350 persons (aged between 18–65 years). After processing the data we found, unfortunately, that 35% of those questioned were in favor of legalizing euthanasia, and even more unfortunate is that most of them have never thought about the admissibility or inadmissibility of this process. Here we offer some data for illustration:

— To legalize euthanasia are:

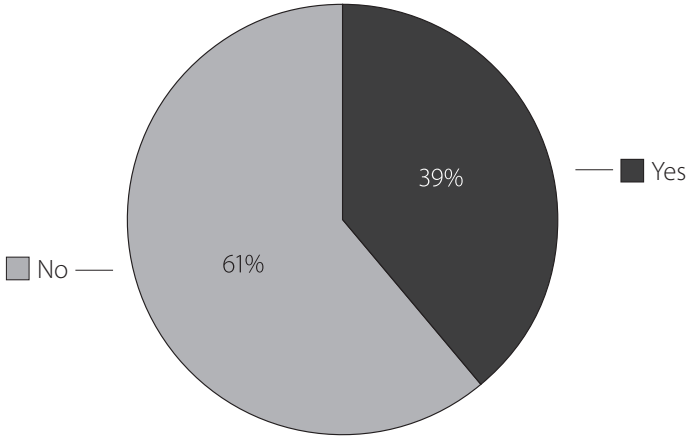


— Do you think euthanasia is acceptable?



8 Trif AB, Cocora L., Euthanasia, eugenics and assisted suicide. — Bucharest: Infomedica, 2002, p. 17

— If you find that your child, that had to be born has an incurable disease that will make him suffer all his life, do you use to euthanize for him?



Public discussions about the euthanasias' legalization opportunity *"is not only for sociologists and gold issues of journalistic fashion whims, but is vital needs of society in reform"*.

It seems that there are a huge gap between what the laws prescribes and what happens in reality, in such a way that not only we can say that we live in a social hypocrisy at the highest level. Voluntary euthanasia should not be legalized nor in our society and in Western societies too, although we are in a new millennium, we are assaulted by an open discriminate, ruled only by a racist and an insensitivity to vulnerable people utilitarian. Therefore we can not have a casual attitude like *"your will can be done"* on the issue of legalizing euthanasia and assisted suicide. As Gomes says: *"The debate over euthanasia takes place under the sign of ignorance and fear. When we are in full health reform and cost reduction it becomes a solution when a major problem reveals assisted suicide is a madness"*.

THE SYSTEM OF ORGANIZING CRIME INVESTIGATION

Mihail GHEORGHITĂ, doctor habilitatus, university professor

The article focuses on the interest shown by forensic researchers on identifying and fundamenting problems regarding the scientific organization of investigators' activities of research and inquiries and on the details of the matter. Also, the personality of the criminal is taken into account, hence the analysis of the investigator who needs to be a professional as well as a psychologist.

In the end, conclusions reveal that only impeccable criminal investigation may lead to a fast and effective solution to a criminal cause.

Keywords: *investigation, investigator, criminal, crime, system.*

SISTEMUL INVESTIGAȚIEI CRIMEI ORGANIZATE

Articolul se concentrează pe interesul manifestat de către cercetătorii medico-legiști privind identificarea și fundamentarea problemelor referitoare la organizarea științifică a activităților anchetatorilor de cercetare și învinuire și cu privire la detaliile problemei. De asemenea, personalitatea criminalului este luată în considerare, prin urmare, analiza anchetatorului care trebuie să fie un profesionist, precum și un psiholog. În cele din urmă, concluziile arată că doar ancheta penală impecabilă poate duce la o soluție rapidă și eficientă într-o cauză penală.

Cuvinte cheie: *anchetă, anchetator, criminal, criminalitate, sistem.*

Forensic scientists have begun to actively analyse the problem of organizing crime investigation in the 1920s. Their works on the matter have played a positive key role not only in fundamenting theoretical forensic science, but also in the actual solving of problems regarding the organization of the investigation of some categories of crimes¹.

Starting with the 70s, forensic scientists have shown their deep renewed interest towards fundamenting problems regarding the scientific organization of the investigators' work².

1 Якимов И.Н. Криминалистика. М., 1925; Громов В.И. Методика расследования преступлений. М., 1930.

2 Якунин М. Основы планирования и организации расследования государственных преступлений. Москва, 1975; Соя-Серко Л.А. К вопросу о научной организации труда следователя / Вопросы борьбы с преступностью, 1968, №25.

Their recommendations in this field have certainly played a very important role in the improvement of work conditions and ensuring technical facilities for those charged with crime investigation. However, the problems shown — organizing crime investigation and scientific organization of the investigators' work — are not identical, although a series of authors do not consider them different, while others see investigation organizing as a sort of planning. For instance, V. Gromov, while generally defining „planning” shows that „it refers to a preliminary organization of the investigation, meant to ensure fast and effective discovery of crimes”³.

In our opinion, up to present, the problems of organizing crime investigations have not yet been plausibly reflected in forensic literature, and no one has been preoccupied with their profound fundamentation. Considering the lack of an unique, unequivocal approach of the essence of this system of human activity by forensic scientists, it is interesting to observe the components and the tasks related to organizing crime investigation, including crimes committed by organized criminal groups.

From the points of view expressed in the specialized literature, we consider it to be closer to the truth — the one of professor A. Larin. He states that „organizing investigation represents a selection and an arrangement of forces, instruments and means of the investigator, it represents creating and using optimum conditions in order to reach the judicial goals”⁴. Apart from those mentioned above, another shorter definition of A. Larin is called for — organizing investigation as an activity of an investigator or of a group of investigators regarding a concrete crime, as an interaction between the investigator and the operative investigation teams, as an attraction of society to investigate, as organizing the interaction between the investigator and the collaborators of revision and inspecting services⁵. According to prof. V. Konovalova, on the other hand, included in the organizing of crime investigation are only the elaboration of the different versions of investigation and the planning of the judicial inquiry. Some authors include the elaboration of different versions of judicial inquiry, the planning of the judicial inquiry, the primary actions of criminal pursuit and the operative measures of investigation — in the actual content of organizing the judicial inquiry⁶.

Prof. M. Iakunin, for instance, proposes a series of composing elements of the organizing of state crimes investigation: the rational distribution of obligations in order to realize the judicial inquiry, ensuring the coordination of people and organs participating in the investigation and their actions, efficient visibility and control

3 Громов В.И. Методика расследования преступлений. — М., 1930.

4 Ларин А.М. Расследование по уголовному делу: планирование, организация, Москва, 1970, с.59.

5 Голунский С.А., Шавер Б.М. Криминалистика / Методика расследования отдельных видов преступлений. — Москва, 1939.

6 Коновалова В.Е. Организация расследования хищений государственного и общественного имущества. Харьков, 1984, с.3.

over the work being done, vast using of means and methods which contribute to rendering more efficient the work of some of the participants⁷.

We believe that, in order to develop an organized activity according to standards and requirements, the organ of criminal pursuit must establish, each step of the way, the tasks he should achieve which, in fact, determine the contents of the plan that he sets up for each criminal cause⁸. It is necessary to firstly determine the general tasks of the criminal investigation, the main problems that need to be elucidated.

The theses exposed above show that scientists understand and explain in different manners the concept of „organizing criminal inquiry”. Furthermore, some confuse organizing and planning. The final thesis exposed above is in our opinion a mere element of the organization.

The term **organization** has more than one significance, of course. From a forensic point of view, according to us, it refers to an activity of the officer charged with the criminal pursuit (the public prosecutor), an activity aimed at establishing all the exact circumstances of the criminal deed, accumulating evidence on the matter, counteracting and investigating the crime. This actually means organizing the work conducted, setting it in order, accumulating information on the criminal case, disposing forces and means in a pattern, as well as realizing the actual process of establishing the true objective of the criminal file in cause. It appears to be a correct opinion the one regarding the fact that the stated theses must refer to the object of forensic tactics. Unfortunately, however, no forensics textbook contains the theory of organizing crime investigation. Hence the question on how do law school graduates manage?

It is well-known that the process of investigating any crime is organized by the officer charged with the criminal pursuit or public prosecutor based on primary information and materials contained in the operative file, according to the Code of criminal procedure, scientific theses and forensic recommendations. This is the way that ensures a certain logical coherence of the thinking processes and actions, applying the forms which provide the optimum solution in an organized plan.

The activity of the officer charged with the criminal pursuit or of the public prosecutor implies conceiving a rational system of organizational decisions, of criminal pursuit actions and operative measures of investigation aiming at fulfilling the tasks of criminal legislation, justice and internal state security — as efficiently as possible. These decisions and actions of the organ of criminal pursuit or prosecutor have both a procedural and a non-procedural (tactical) character.

Their unity consists in the fact that both procedural decisions and actions, as well as non-procedural, are oriented towards accomplishing the tasks of the criminal pursuit of the criminal and towards solving other problems standing in the way

7 Якунин М.И. Основы планирования и организации расследования государственных преступлений. Москва, 1975, с.72

8 Gh. Alecu, Forensics. Ed. Ex Ponto, Constanța, 2008, p. 277

of judicial organs. The differences are based on the fact that procedural decisions and actions, as well as non-procedural, have different grounds and are expressed in different forms. Thus, while the first are based on concrete norms of criminal and criminal procedure legislation — which are reflected in the procedural documents of the file, those in the second category being based on different recommendations of the theory and practice of law organs, on instructions, ethical norms and the own experience of investigators.

In the documents of criminal files are usually only reflected the results of the procedural decisions and actions of the officer charged with the criminal pursuit/prosecutor, while the other data obtained from the operative investigation activities are recorded in current materials, the files of operative accounts.

The procedural decisions and actions comprised in organizing criminal causes' investigations are the following: beginning the criminal cause following the establishment of the crime; taking the necessary counteracting measures towards the suspects, blamed or confined persons; carrying out special actions of criminal pursuit (initial, ulterior or non-postponable), oriented towards obtaining evidence; identifying and interrogating witnesses, victims, suspects or blamed persons; initiating criminal proceedings with regard to the persons in cause, verifying obtained evidence etc.

The non-procedural decisions and actions, which are also part of organizing crime investigation, are: obtaining, accumulating and appreciating information on the crime; elaborating versions of judicial inquiry and operative investigation; planning the investigation or the measures of operative investigation; creating interaction and coordination; analyzing resulting materials and controlling the developing activity.

Organizing crime investigation must be understood as the rational activity of the criminal pursuit organ or prosecutor, which includes a complexity of decisions and actions oriented towards the identification of illegal deeds, the personality of the author, the establishment of his guiltiness and of other circumstances relevant to the correct solving of the criminal cause⁹.

The specific characteristic of the emergence of criminal causes is what determines the organizing system of all investigating actions of the respective cause. The consecutivity, orientation, volume and content of the criminal pursuit and operative investigation actions in the initial phase of judicial enquiry are determined by the specifics of the situations being examined. In the present context, they might be formulated as follows: are the criminals identified or not; have or have not been done the operative actions of investigating the established crime before initializing criminal proceedings; the crime is or is not linked to victims, extended damage, application of dangerous methods of carrying it out, weapons, technical means etc.

⁹ Activity including goal, means, process and its results. (See: Encyclopedic Dictionary, Moscow, 1983, p.381)

In our opinion, organizing crime investigation mostly depends on the circumstances from the moment of initiating criminal proceeding and may have one of the following versions:

- organizing the judicial enquiry of the criminal cause started in connection to the confinement of the criminals in the moment of the crime;
- organizing the investigation of the criminal cause started on the grounds of materials resulting from the operative investigation;
- organizing the judicial inquiry of the criminal cause started on the grounds of separated material in other files;
- organizing the investigation of the criminal cause started by establishing the existence of the criminal deed, with unknown author.

The first three situations are characterized by the fact that the suspected or blamed persons are known from the very beginning of the criminal cause. Usually, they are also taken into custody or arrested. In such situations, ever since the start of the criminal inquiry there are possibilities for organizing and carrying out criminal pursuit actions and concrete operative measures of investigation oriented towards identifying, confirming and prelevating additional evidence on the respective crime allegedly committed by the persons suspected, and in some cases by their direct participation. Operative and criminal pursuit actions are recorded and are carried out in relation with the persons concretely related to the investigated crime.

We are of the opinion that the first tasks of organizing the investigation in the three situations above are the following: correct definition of the complexity of criminal pursuit actions aimed at identifying, confirming and prelevating crime evidence; convenient application of counteracting measures that would keep criminals from avoiding the judicial enquiry and judgement, while not affecting the stability of the truth; verifying by procedural and other types of means the existent evidence; acquiring additional data on the crime; carrying out a series of operative and research actions in order to identify and take into custody all participant criminals in the crime (crimes); establishing the criminal relations among the suspects as well as storage and selling places for goods resulted from the criminal activities etc.

All actions may be realized in a series of proceedings, operations or tactical combinations being elaborated by forensic science and oriented towards reaching the tactical goal in a concrete situation of criminal pursuit. The investigation of established crimes may be carried out by an officer charged with the criminal pursuit (public prosecutor) or a group of such investigators. In the last situation mentioned above, this group is made up by the leader of the organ of criminal pursuit who, along the way, may, if necessary, complete or modify the investigation group. In the case of a group of agents of criminal pursuit (prosecutors) ment to investigate one or more crimes, its leader names the person responsible for the team. This person conducts the activity of the investigating group, having only few administrative functions towards the group.

The very nature of the procedures, operations and tactical combinations, in the primary phase of crime investigation, implies a high level of organizing and special measures. A distinct form of such an organization is represented by the groups of officers charged with the criminal pursuit (prosecutors) and operative agents who usually participate in the investigation of heavy crimes or public importance crimes. The essential principles in carrying out this form of organization of crime investigation are:

- the leader role in the investigation group of a criminal pursuit organ or prosecutor;
- the access of group members to information obtained from operative actions in the phase of preparing operations or tactical combinations;
- the decisions of the group leader regarding time, place and type of operation or tactical combination;
- the relative establishment of the investigation group;
- sufficient technical and material ensurance of the group's activity;
- forensic ensurance regarding the vast participation of forensic or other types of specialists in carrying out operations or tactical combinations aimed firstly at completing the tasks of discovering the committed crime.

It is undoubtful the fact that our proposal regarding the acces of group members at the materials of operative investigation activities might be contested in the first place by criminal procedure specialists. Thus, it is necessary to take into account that no complicated or heavy crime may be operatively discovered without a series of operative measures of investigation, including information from operative interceptions. Such an interaction may only affect the investigation in a positive manner. Moreover, the operative ensurance of criminal cause investigation may be mentioned at this point.

The investigation of such criminal causes is carried out from the primar phase in the direction of establishing and confirming through procedural means the crime's components represented by the actions of a concrete person, whose characteristics have been found out before being caught in the act as a result of operative activities of investigation.

Organizing the judicial inquiry of criminal causes begun on the grounds of discovering a crime, when the criminals are not yet known, presents a series of specifities and difficult aspects. Firstly, because of the fact that the volume of initial data on the crime is usually reduced in these cases and the list of possible criminal pursuit actions and operative measure is not a large one. Secondly, apart from the initial incomplete information on the criminals' identity, there are also very important the results of the crime scene investigation, the witnesses' and victims' interrogations. It is absolutely necessary that crime scene examination be carried out at the optimum time and in qualitative manner. Any gap may negatively influence the results of the research. For as skillful as the criminal may be, as practice has proven it, he always

leaves his marks on some elements such as crime objects, materials and so on. This is why it is important that these prints be found and fixated in a qualified manner from a procedural point of view, following which they shall be correctly tactically used in order to find and uncover the criminals.

By studying the experience of criminal pursuit organs, we are able to distinguish the characteristic elements contained in the organizing activities and realisation of the crimes' investigation. According to us, these are:

- obtaining, accumulating and evaluating initial data on the crime;
- carrying out initial or non-postponable crime pursuit actions and operative measures of investigation;
- elaborating forensic versions and planning crime investigation;
- realizing interaction with other subdivisions of the law organs, including from other states, aimed at fulfilling the tasks of criminal justice, as well as maintaining public order;
- analyzing and controlling the activities carried out in the concrete cause¹⁰.

The elements enumerated above do not manifest on their own, isolatedly, in reality. It is obvious that the solidity, sequence, volume and content of criminal pursuit actions and the operative investigation measures in the case of any criminal cause are determined firstly considering to what extent the information evaluated by the criminal pursuit officer is complete, or that information coming from the persons having participated in the crime or being suspected to have participated. This means that organizing the criminal investigation shall always start by studying what exactly happened in reality. Only after will the forensic versions be elaborated, the workplan of the criminal pursuit organ/operative agent designed, the corresponding investigation conditions achieved, the coordination and interaction with representatives of other subdivisions of law organs, departments or institutions established. One of the conditions of discovering and efficiently investigating any crime is the mandatory analysis and generalisation of the obtained materials, the actual control over the research activity. Without these and without planning (verbaly or in writing) the investigation, even the simplest of the crimes may be left undiscovered or solved with great difficulty and delay.

Qualified investigation of crimes always implies not only the identification, fixation and succesful prelevation of evidence, but also an effective analysis and their correct use in order to obtain the necessary additional data on the cause and — on these grounds — also implies control over the activities carried out (exact determination of the research direction, volume and state of data in every phase), adopting well-founded decisions regarding on the continuation of the investigation etc.

Organizing all crimes' investigations has as a goal the fulfilment of the following tasks:

10 M. Gheorghită, General theses of forensic tactics, Chişinău, 2004.

- prompt counteracting of the crime and the localization of possible consequences;
- making qualified decisions in the optimum time regarding the criminal pursuit of concrete persons;
- correct determination of the complexity of necessary criminal pursuit actions as well as operative measures of investigation in the created situation;
- obtaining efficient results of the above mentioned actions;
- ensuring the accomplishment of justice, maintaining law order and internal state security;
- accomplishing the necessary actions of prevention regarding the discovered crime.

In our opinion, the tasks above are not ment to minimize the role and importance of tasks of other institutions and state organs although they do not include them, but should exist and be examined separately.

Thus, the scientific organization of crime investigation uses as strategy the setting in motion and ensuring of a system of actions and decisions of the criminal pursuit organ (prosecutor) aiming to establish the illegal deeds, the criminal's identity, his guiltiness as well as other circumstances important to the objective solving of the criminal cause. This activity is based on criminal procedure law norms, specific normative acts, as well as on the personal experience of the criminal pursuit organ or prosecutor and always takes place relatively to the concrete criminal pursuit situation.

Only an impeccable organization of investigating criminal causes may lead to the achievement of great success with minimum time, effort and means.

STATEMENTS IN THE TRIAL, PROCEDURAL ORDER AND HEARING TACTICS

Iurie MĂRGINEANU, Ph.D., associate professor

The present article deals with the study and thorough comparative analysis of the statements within a criminal course. The process of statement deposition by the different actors such as: witnesses, suspected, plaintiffs, and the injured party in the criminal case has also been submitted under analysis. Again, different stages of statement deposition in the criminal case were carefully studied. The criminal case stages stated above are as follows: the retention, cross audition, court audition, etc. The forms of statement deposition were examine as well stressing upon the fact what form of statement is the most efficient at a given stage of statement deposition. The procedure of the trial actor statement formation passes through several phases as: reception, memorizing and reproduction. The present paper also contains a practical guide concerning the audition tactics and question management towards the actors to the criminal case.

Keywords: statements, hearings, tactics, criminal trial, deposition

DECLARAȚIILE ÎN PROCESUL PENAL, PROCEDURA ȘI TACTICILE AUDIERII

Prezentul articol este dedicat studiului și analizei comparative minuțioase ale declarațiilor în cadrul procesului penal; este analizat procesul de depunere a declarațiilor de către diferiți participanți, cum ar fi martorii, bănușii, partea vătămată, învinușii etc. De asemenea, unui studiu detaliat au fost supuse etapele procesului penal în care participanții depun declarații. Aceste elemente-etape constituente ale procesului penal sunt după cum urmează: reținerea, audierea încrucișată, audierea în instanța judecătorească etc. La fel, și formele de depunere a declarațiilor au fost reflectate, stipulând faptul care formă de declarație este mai eficientă în cadrul etapei de depunere a declarațiilor. Procesul de formare a declarațiilor participantului la procesul penal trece prin câteva etape: recepționarea, memorizarea și reproducerea. Articolul conține și îndrumări practice referitor la tactica de audiere și de adresare a întrbărilor către participanții procesului penal.

Cuvinte cheie: audiere, declarații, proces penal, tactică, mărturie

Suspect's statements

In the subject of the suspect's statements are included the circumstances which served as reason

- of detention;
- of applying preventive measures or
- of adjudging a person as being suspect by ordinance.

In some cases the result of the detained person's hearing can lead to the application of a procedural measure.

The suspect cannot be heard as witness beforehand because in such cases there are broken not only the right of defense but also the principle of freedom to confess against himself (Art.21of the CPPRM).

Making statements is a right not a legal obligation of the suspect. For these reasons, the refusal to submit statements cannot serve as proof of guilt, but at the same time the subject must appear for summons.

Law requires the suspect to submit in advance statements and information about the essence of his suspicion.

If the person is not a suspect anymore and thenceforth is witness, it is forbidden to read in the judicial investigation his statements made as suspect.

Accused statements

The subject matter of the accused statements is

- not only the data from the bill of indictment
- but also any other circumstance pertinent to the case.

The accused may make certain statements regarding mitigating circumstances, his relations with other accused, suspects, about the circumstances that contributed to the offense commission.

The accused may decide on specific circumstances that in the present case are not subject of investigation, so he can refer to other offenses that are not pursued in the present case.

The statements made by the defendant and inculcate in the procedural action, such as hearing, would have probative value¹. **The statements of the suspect, defendant and inculcate are traditionally divided in several ways:**

a) guilty plea — statements in which the defendant, accused admitting having committed the crime charged and explains the circumstances of its commission. On this line the recognition value is not very probative itself, but the data told by the perpetrator². Guilty recognition will be convincing only if the accused will expose the circumstances of the committed offence, acknowledging the perspective of responsibility for the committed crime. If the accused is unable to explain the

1 The defendant, inculcate can communicate certain relevant data that are important to other stages of the process, such as debates or the last word. Data can also be communicated in various complaints. It is not allowed to refer to this information obtained otherwise, but it is necessary to hear the person additionally or through a hearing to further prosecution or by the resumption of judicial investigation.

2 In Anglo-Saxon processes denial of guilt by the accused means that there is a dispute between the parties, which requires examination of all circumstances of the case. Confession solves this dispute and usually makes unnecessary to research all the circumstances. Guilt confession from the Article 103 must not be confused guilt plea agreement provided by the Chap. III, title III from the Republic of Moldova CPP, which has another judicial nature).

circumstances of the offense, even acknowledging his guilt, his statements cannot have probative value.

In this case the cause of guilt recognition can be an error in the legal assessing of deeds or the false recognition of guilt made intentionally can be designed to ensure punishment absconding from other more serious offense or for shirking another person of responsibility etc.

Guilt recognition will have probative value when it is confirmed by all samples of the criminal case and supported by statements concerning the committed deed.

The fact of recognizing guilt does not give the right to the person conducting the criminal investigation to stop the taking of evidence and to the courts to stop the examination of other relevant evidence.

b) statements of guilt denying

Guilt denial can be determined by different reasons

1. questioning the legal bases of criminal liability. The accused considers that the charged offence is legal and is not a crime. In such cases the defendant can voice the actually circumstances of the case which fortify with the version of the accusation, but at the same time it indicates only judicial arguments in his favor.
2. he or she can deny guilt without pleading to certain data in supporting his or her position, he-she denies certain circumstances without which the committed offense is not considered a crime by recognizing the issue.

In the statements of guilt denial the accused can bring new data that negate or put under question accusation's conclusions: concerning offence probability³; regarding the accused contribution to breaking commitment⁴, referring to the subjective aspect of the infringement⁵; as regards the causal next to the committed offence and its consequences⁶; considering some circumstances which pass off the criminal character of the breaking⁷; regarding some circumstances which exclude guilt⁸.

Guilt denial can be partial or total. There are possible many statement forms if the accused partially recognizes his guilt: when he is charged of many breakings the defendant denies certain offences commission and recognizes others in his statements mentioning more data. The defendant denies partially his guilt but he is does

3 For example, the person accused for murder insists that the victim is alive.

4 The suspect has for example alibi or the offence was committed by another person who's name he gives.

5 Supposing that the accused doubts guilt's form, declaring that the offence was committed unguardedly and not willfully.

6 Supposing that the suspect confesses what he did but considers the consequences are just a result of the other repercussions.

7 the indictee acknowledges the offence but brings arguments that the issue was done under the conditions of self-defense, criminal's arrest, extreme necessity, physical or psychological coercion, well-founded risk.

8 For example, irresponsibility or he was under age at that time.

not consider himself guilty, at the same time he recognizes his deed, or he denies some circumstances which require more responsibility, trying to bring certain data that mitigate the situation⁹. Another case would be when the defendant denies his guilt in an offence and recognizes it in another one connected with the previous accusation¹⁰.

c) regarding other persons: other suspects, defendants, accused or another men, aggrieved party etc.

Although the statements of defendant bear data concerning other persons, and after their procedural rule these statements are considered as of the accused. Bearing testimony of other persons can have more reasons: the accused is guilty, and he-she retells all the circumstances of the case unmasking other offender, as to water down the punishment. The guilty defendant tries to give misstatements about other persons who did not take part in committing the offence and the wrongly accused bears testimony against other persons, all these for putting off the punishment.

If the defendant intentionally made a false accusation that the crime was committed by a person who actually has no attribution to it, he-she bears liability if he made false statements under oath, (parag. (4) of art.66 of the CPPRM). The indictee, suspect, culprit have indemnity and cannot be obliged to depose against himself or his close relatives.

Witness statements

The notion of witness is interpreted autonomously. For example the statements made by the person outside the hearing, to the police authorities, must be considered as witness statements as long as national courts take them into consideration. The European Court of Justice virtually does not judge if the witness statements have been correctly managed. National courts are responsible for the evaluation of witness statements. The testimonies borne in a public hearing or under oath should have authority towards other statements of the same witness, even if they are contradictory.

The subject — matter of the witnesses' testimonies can be the following:

- the circumstances provided by the Art. 96 CPPRM
- any other circumstances that have importance for the case.

During witness hearing are also determined the necessary data for statements appraisal, data regarding witness identity, his relations with the suspect, indictee, aggrieved party, his relations with other witnesses, as well as other circumstances.

The following statements won't have probative value

9 For example, the suspect considers the murder committed by him was not from seizure intentions but as an malicious homicide.

10 For example, the suspect considers the murder committed by him was not from seizure intentions but as an malicious homicide.

— which bear certain visual assessments about some of the object's qualities¹¹ or certain states of men¹², because these data must be observed through special researches established by the criminal procedure law.

— with reference to a source of information that cannot be established.

As an exception can be given the case when it is impossible of verifying the source because it is lost¹³; in this situation the statements of the witness have the status of derived evidences and are appreciated after the general rule. If there are multiple declarations of the same witness, these are appreciated in aggregate.

— based on assumptions, rumours etc.

If the witness has modified his statements it is necessary to find out the reason of such an attitude.

Any person who has information referring to the circumstances of the pursued case can be examined as witness, except those cannot be examined according to the parag.(3) of the Art. 90 of the CPPRM¹⁴.

The knowing of the psychological aspect of statements formation has a particular importance while assessing witness testimonies¹⁵.

The testimony formation process has several stages: **reception, memorization and reproduction.**

Reception. The most important in the training of testimony is the judicial event that occurs regardless of the future will of witness¹⁶. The most common form of reception is the *visual reception*, because in most cases the testimony is based on visual sensations. The reception of the characteristics of objects is conditioned by both qualities and properties of objects and also by certain psycho-physiological factors peculiar to witnesses.

The light intensity is an objective factor, in this sense, in assessing witness statements is necessary to take into account the conditions under which the reception

11 For example it can be the statement that an object was made of gold or it was a diamante jewelry etc.

12 The statement regarding the visual acknowledgement of a cerebral concussion won't have probative value.

13 For example, the document studied by the person was lost, the person from which the witness obtained information etc.

14 In practice the police representatives can be called as witnesses. These statements must be appreciated against the other relevant proofs. Still, according to the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the statements of the police representatives should be applied only in extreme circumstances (Van Mechellen vs. Netherlands, etc.). Police representatives can be heard as witnesses only in the cases when they didn't take part in constitution of the procedural actions (hearing, search, inquiry on the spot etc.).

15 C. Belu, *Elemente psihojuridice în probațiunea judiciară*, Cugetarea Ticero, Craiova, 1995., p. 66-68.

16 Ibidem, p. 67.

was made: natural or artificial light conditions, if the offense was committed by day, at dusk or at night¹⁷. The actions done during the day are perceived colored, at crepuscular light (twilight) are perceived in a bitonal image (dark grey, light grey or black). On this line, the witness claims regarding the complexion, hair, clothes seen at night, can be appreciated as a product caused by fantasy generated by a state of terror, fear, or by the fact that the witness has right as he perceived these features during daytime views, or the witness lies. It is important to take into account the accommodation phenomenon. The adaptation to darkness takes place in the first minutes; the maximum rates are reached after an hour. During the transition from a dark environment to a light one, the eyes fit in 2-3 minutes.

In assessing witness statements it is important to take into account the psycho-physiological qualities of the person like vision state, some flaws, for example, color-blindness as well as objective factors, such as the ratio of distance, weather conditions (clear, fog).

The nature of sound or noise is correlated *on the audible reception* with the age of the witness, the distance from the subject of research and possible obstacles. As regards speech reception, there is taken into account that the witness in most cases must reproduce not the terms that make up the phrase, but only the meaning of the conversation, although in some cases concrete terms are very important.

Memorization is a mental process with a high degree of complexity. In the first place when considering the statements, it will be taken into consideration the fact that the memory is not a simple update or a shooting of information, but an active reflection involving the processing of the stored¹⁸ things. Secondly, the memory is a selective reflection, what means that it is not a printing and reflection of the whole information. Memory is situational, namely it depends on the situation and subjective factors of the person. It has an intelligible character, and is relatively faithful, which means that you cannot memorize everything; at the same time the memory has a logical and rational character¹⁹. It is very important to know that, obviously, memory declines with the passing of the time, but in some situations what was lost from memory can appear again, this is why it is particularly important the repeated hearing of the witnesses.

Reproduction. In assessing witness evidence is important to take into account that at the exposure time can be committed certain distortions: by adding data that actually did not take place in reality, the omission of some data caused by forgetfulness, when the witness is in good faith, or intentionally, the witness is in bad faith, distortions by substitution, when the witness may replace some facts collected with the facts which happened in another event. The type of temperament, the ability to expose has a major importance in exposure etc.

17 C. Belu, *op. cit.*, p. 73.

18 *Ibidem*, p. 88.

19 *Ibidem*, p. 89.

Aggrieved party statements, civil party, civilly responsible party

Considering that both the victim and civil party and the civilly liable have interests in a criminal case, the content of their statements differs from the witness statements²⁰.

The provisions relating to statements and witnesses hearing are applied while hearing the injured party.

On hearing the civil party and civilly responsible party, their testimonies are made in accordance with the provisions referring to the accused.

This means that the injured party will be obliged to make truthful statements, including sworn, and the civilian side and the civilly responsible will not be obliged to make statements, obviously, their hearing cannot be held under oath.

The statements of victims cannot be judged on the usefulness of the facts contained therein. The refusal to hear the victim leads to sentence cassation, because the statement corroborated with other proofs in question are evidence²¹.

Unlike the witness, the aggrieved party has a special status in the criminal case, determined by the fact that it is a person who has suffered from an injury and obviously has an interest in the criminal case. Usually at the court hearing the aggrieved party knows all the materials of the case, unlike the witness, who has the right to take cognizance of them only when the prosecution is over.

Unlike the witness, the injured party is not only obliged to make statements, but also has the right to make them, therefore promoting their interests and protecting a legitimate right. If the crime victim gives up to the establishment of the injured party, this will not be obliged to make statements in court. In the statements of victims are included not only the circumstances of the misdemeanor, as in those of a witness, but also different views, his positions. For example: if the victim is in a state of disability, in the statements subject may be included person's awareness of the character and importance of the actions committed by the perpetrator, the reason of opposing any resistance or in the subject of the declarations can be included the version on the provocative or reckless behavior of the victim, certain circumstances that characterize the personality of the victim.

In determining the content of the victim's statements is necessary to take into account the fact that the law protects the privacy of the individual. For these reasons, Art.111 CPPRM states that in cases of sexual crimes, the defendant or defender has no right to disclose certain evidences about the alleged character or personal story of the victim. These data can be presented only after the court files an approach that is examined only in closed session, in which take part the defendant and the prosecutor, they have the right to expose themselves on the circumstances. The intercession is

20 В. Образцов, С. Богоморев, *Допрос потерпевшего и свидетеля*, Омега, Москва, 2003, p. 210-211.

21 Nicolae Volonciu, *Tratat de drept procesual penal*, Vol. I. București, 1986, p. 363-364.

accepted only if the omission of the facts presented by the defendant could impair the accused discharge. However not all the evidences will be presented, but only those that the presiding judge may consider possible to use. The given rule is applies not only to the data presented by the defense, but also to the possible questions that could be addressed to the victim of sexual offenses.

The freedom of confession against himself refers to the aggrieved party too, which means that the injured party is not obliged to make statements against close relatives, husband, wife, fiancé, fiancée.

The statements of victims have the same evidential value as the other proofs in the criminal case. In the case when there are contradictory evidences and it is impossible to confirm the veracity of victim's statements, these cannot be put into the sentence basis. The practice has determined that it cannot be given a separate assessment which "prevails" among the statements of the victims from police, servicemen and other law enforcement representatives, who have become victims of crime in connection with the performance of their duties. The declaration of these persons must be assessed together with all the proofs found in a criminal case.

The statements of the civil party, civilly liable party on the subject of the civil action are filed according to the provisions referring to the examination of the accused. In such circumstances the civil party and the civilly responsible give explanations, present papers, documents, etc. If the civil party has waived the civil action, but in the case there are proofs that the person suffered another material, moral or physical damage, the civil party may bear testimonies as the injured party, of course if the court will recognize it. If the civil party has information that go beyond the object of the civil action, information that are important in the criminal case, the civil party will be heard as a witness according to the provisions referring to the hearing of the witness.

The way of obtaining statements is the hearing

The hearing of the accused, suspect

The prosecution must be carried out immediately after the restraint or the application of preventive measures or by issuing a writ recognition as suspect and also after the accused is given the prosecution.

The hearing takes place only in the presence of a chosen or appointed defender from the bureau. If the offender wants, he can meet with his lawyer until the hearing (Art. 64-66 of CPPRM). The secret meeting with the counsel cannot be limited in time.

The hearing may take place only with his consent.

The refusal of bearing testimony may be determined not only by refusing to cooperate with the prosecution bodies, but also by fatigue. For these reasons the criminal investigation body must determine if the person agrees to make such statements and which could be the reasons of refusing.

It is not allowed to hear the offender at night (22⁰⁰-6⁰⁰). However, the law provides that the offender can be heard at night only if it is urgency. These are cases

when the need arises suddenly, or while performing procedural actions or in the case of a flagrante delicto, when there are statements that are attempts to hide proofs or destroy them. In cases of hearing during the night is necessary to indicate in the recording of proceedings the reason of such.

The hearing of the person who is under suit can be performed elsewhere than the placement of the criminal investigation body; it can be the perpetrator's place of residence, place of work, place of treatment or the place of offense, etc. The fact of holding the hearing in these places is determined by several factors: whether it is urgently necessary to hear the trial after a procedural action, such as, perquisition; or the person has difficulties in making statements not being present at the place where was committed the offense; whether the accused cannot come to the summon from health reasons. In such circumstances in the protocol is indicated the reason why the hearing is held in the respective place.

In the situation when in a criminal case there are more offenders the person conducting the criminal investigation is obliged to ensure that the suspects, accused could not communicate among themselves. Until the hearing, if the person agrees to be heard, it is necessary to determine the language in which the person will make statements and if necessary to invite an interpreter.

The method of bearing testimony may differ. The person may bear statements in oral form, afterwards in written, or may limit either to written or to verbal form, these provisions refer only to the prosecution stage. Within the trial, the defendant bears verbally the statements which are recorded in the protocol of the hearing.

The right of the perpetrator to bear statements is not based on the recognition or denial of guilt. In all the cases the person is entitled to give or refuse to make statements. A particularly important legal provision is that the hearing cannot begin the reading or recalling of the previous statements made by the person. According to another provision, the offender may not submit a deliverance drawn up earlier, but with the right to use some notes on the details hard to remember.

The hearings of the suspect, accused who pleads guilty must be as detailed as if the person denies it. It is particularly important to determine the reason of the statements change if such a situation occurred. During the hearing, cannot be used methods of physical or psychological influence, or those which humiliate the honor and dignity, or some false promises, threats, etc. Suggestive questions are prohibited.

Judicial hearing process

First it should be noted that the procedure of obtaining statements comprises a complex of procedural and tactical rules. The problems related to the tactics of obtaining statements are studied by criminology²², but mainly for the prosecution.

22 Simion Gh. Doraş. *Criminalistica*, vol. II. *Elemente de tactică*. Chişinău, 1999, p. 120-121; A. Васильев, Л.Карнеева, *Тактика допроса*, Москва, 1970, с. 89-90; A. Ciopraga. *Criminalistica (tactica)*. Iaşi, 1986 p. 92-95; E. Stancu. *Criminalistic*. Bucureşti, 1995 p. 58-60; A. Ратинов, Н. Ефимов, *Психология допроса обвиняемого*, Moscova, 1988 с. 78-82. ş.a.

Certain procedures can be used in court without changes, some are just doing the respective correctives, and others, generally do not meet the conditions in which takes place the inquiry.

If at the prosecution stage the circle of participants in the hearing is limited to the criminal prosecution officer, the prosecutor (or, and defender) and the person heard, in latter hearing, the questions are put besides the prosecutor, by the judges, defenders, injured parties, civil and civilly liable parties, their representatives, and other co-defendants.

During the judicial investigation, the person who evidences, especially the defendant, he has prepared for the possible nature of questions, he has already studied the materials of the case, which also reflects on his answers during the hearing in court. The recalled factors not only determine the judicial specificity of the hearing, but also influence the deployment strategy. There is mentioned in a special way the defendant's attitude against the brought charge, the presence or the absence of controversial statements and the defense of activism²³.

It should be mentioned that despite the public hearing, the establishment of psychological contact with the person is a prerequisite for the success of the hearing. For this purpose it is important to use a series of **tactical procedures**:

- a) the expressions of the interest to the interviewed person and the demonstration of respect for her position;
- b) accepting polite and correct attitudes;
- c) formulating questions in an acceptable form;
- d) demonstrating the impartiality of the *requirement towards the attorney*;
- e) the aptitude for listening the person, without interrupting;
- f) preventing situations of potential discomfort for the hearing.

Judicial hearing includes the following stages: introductory, free exposure and questions-answers.

The introductive stage begins with the determination of the information regarding the heard person. If it follows to hear the testimony of the aggrieved part or of the witness, they are warn about the possible criminal liability if they try to escape from giving statements and for giving intentionally false statements. The witness makes an oath.

The free exposure stage is provided by the Art.104 and 109 of the CPPRM, by which it is proposed to the heard person to retell what happened as he noticed, communicating the information in the volume in which he considers necessary.

It has been demonstrated²⁴ that the avoidance of this step makes it possible that a certain layer of the existing information is not requested, which may influence the judicial investigation purposes.

23 Л. Е. Ароцкер, *Тактика и этика судебного допроса*, Москва, 1969, с. 3-19.

24 I. Neagu. *Tratat de procedură penală*, p. 271-275.

Our law²⁵ forbids suggestive questions, namely those containing the answer in itself. However, it is acceptable the statement that, the question must be formulated so that the interviewed person could not get any information and be forced to use only his memory.

In courts can be held the followings hearings primary, crossed and chess shaped.

During the *primary hearing* those who witness are put questions by the court and by the other parties of the process.

The crossed hearing requires questions concerning one and the same circumstance, as to check, to appreciate or to complete the given statement.

Mostly it is used by accusation, as it allows to break the disagreements, to specify details, to unmask the indictee, and finally to complete the affidavits essentially. But the state prosecutor can find himself in a complicated situation, if the defender, in the case of crossed hearing, tries to bear off the person.

The chess shaped hearing is characterized by the fact that during it, there are put questions to other participants at the hearing so that to prove out or to dispute the given testimonials.

The method of chess shaped hearing is more necessary to the prosecutor than to the defender, because the last is not always interested in removing contradictions.

During the session are made **further and repeated hearings.**

In the *additional hearing* are clarified the issues omitted during the primary hearing, and the *repeated hearing* occurs when, having examined other proofs, there are doubts in the obtained adequacy of testimony, as well as in the case when the hearing is postponed for a long time and the individuals heard previously are cited in court again.

One of the ways of evidence used in the judicial research is **the statement of the defendant.** Art. 367 of the CPC provides that, if the defendant agrees to be heard, the presiding judge asks him in what kind of relationships is he with the injured party and proposes to declare everything he knows about the offense for which the case was prosecuted. The first who can ask questions are the process participants from the defense side, then the prosecutor and the other participants from the prosecution party.

The presiding judge and, if necessary, the other judges may put questions to the defendant after the parties have already asked questions, but the only questions of reification can be put at any time by the president and the judges during the hearing.

The tactical procedures of the hearing should be chosen taking into account the particularities of the case and the specific individual traits of character of the defendant, by proper application of procedures and general rules.

25 The criminalists have rejected the opinions of the Western scholars which make possible to put some suggestive questions to the heard persons, because by such questions the truth can be distorted and there cannot be obtained probable depositions. In this way: Л. Е. Ароцкер, *op. cit.*, p. 47-48; А. Р. Ратинов, О. А. Гаврилов, *Использование данных психологии в буржуазной криминалистике*, in Вопросы криминалистики, 1964, №11, с. 155-157.

In connection with the frequent cases of partial and total remission at the statements made during prosecution there were made recommendations regarding the application of some special procedures for the hearing of the defendant.

It is insisted on

- the comparison of statements changed by other proofs;
- the consequent research of the content of new made statements;
- comparing the statements between them

If the hearing of the defendant is done till the research of the other evidences, the main objective of the asked the questions is to complete, to specify and verify his testimony, to clarify the key aspects of defense. Here can occur the problem whether the accuser and the other participants to the defendant's hearing, if the statements given earlier are changed or even given up, and may refer to evidences which are not contained in the record and were not checked in the judicial investigation.

There are two assessments regarding this problem.

Some believe that during the defendant's hearing the prosecution materials cannot be claimed, namely the witness statements, the conclusions made by the experts not being investigated in court. It is argued that the mentioned evidences can get an entirely different character during the judicial review or at least can be changed. More so, an early reference to the statements of witnesses, their reading is accompanied by the violation of legal conditions of proofs search.

Others, though admitting the possibility of changing the evidence during the judicial investigation, however, consider it acceptable as during the hearing the defendant would operate with the samples of the unstudied proofs.

We believe that in both cases, we reach the extremes. At the hearing of the defendant the lawyer, prosecutor and other participants in the process have the right, if necessary, to operate and make requests and intercessions about the reading of the investigation protocol, of search and of lifting objects, acts of revision, experts conclusions, to examine the goods, to read and research the documents. Applying such a method of hearing, simultaneously there are verified his statements by tests that confirm or invalidate the arguments. However, we cannot agree that during the witnesses hearing there can be raised the defendant's depositions which have not yet been heard in court or the expert's conclusion, if it follows additional expertise or anti-research. It is known that actually the data obtained from the witness statements, are subject to changes more than other samples and therefore a premature invocation of them can create some difficulties²⁶ for the defense. Moreover, the exculpation of the defendant using unverified data a violate the principles of vocality. Therefore, if during the hearing of the defendant feels it is felt the need to call to data which are contained in the records of criminal actions, and is required their entire or partial

26 S. Doraş, *op. cit.*, p. 153-183; А. Н. Васильев, Л. М. Карнеева, *Тактика допроса*, Москва, Юридическая Литература, 1970, с. 109-153; Л. Е. Ароцкер, *Применение государственным обвинителем тактических приемов и методов советской криминалистики*, Поддержание государственного обвинения в суде, Москва, 1970, с. 36-52; В. И. Басков, *Прокурор в суде первой инстанции*, с. 107; Н. П. Кириллова, *op. cit.*, p. 9-10.

reading. This creates the possibility of obtaining more precise explanations about the actual circumstances of the offense and the offender's attitude towards clarifying the evidences which confirm them. Also the law requires verifying the statements made by the defendant at the appearance of essential contradictions between the statements given to the prosecution and those in court (Art. 368 of the CPPRM).

Because the reading of the defendant's statements involves in some way limiting the principle, this research process will be used only under certain conditions.

First of all, the reading of the statements made during the prosecution is allowed only after the defendant has fully exposed his testimony to the court and there was found key contradictions between the statements made in the hearing and those submitted during the prosecution or when the case was tried in the absence of the defendant.

On the other hand, not all the arguments can be invoked for reading the depositions made by the defendant during the prosecution, but the fundamental, through which changes the very essence and content of the statement. For the most time, this situation is created when the defendant, who acknowledges his guilt during the prosecution, then denies it in court and insists on his innocence or when during the prosecution of he indicated as accomplices on some people, and in trial- on others.

Taking into consideration the statements made by the defendant during the prosecution and trial, the court cannot give preference to some and avoid the others, because none have priority. The veracity must be assessed in conjunction with the other proofs from case.

The same rule is applied in the cases when there are read the statements previously filed in court or before the judge, if the latter has informed him about the possibility of reading them in court.

In the judicial practice there are cases when the defendant refuses to testify. However, taking into account that the defendant's refusal to make statements does not lack him of the right to participate in the examination of witnesses and in studying other evidence, and if the defendant decides to give testimony, this right should be granted any time with the permission of the president of the hearing (see parag. (5), Art.367 of the CPPRM).

If in the criminal case there are several defendants, each of them is heard in the presence of the other defendants.

The hearing of a defendant in the absence of another defendant who participates in the proceedings is allowed only at the parties' request, based on a reasoned conclusion, when it is necessary to establish the truth. In this case, after the return of the removed defendant, he shall notify the statements contents made in his absence and is given the opportunity to question the defendant heard in his absence.

The inquiry is made entirely, whether the defendant has admitted or not his guilt.

There are frequent the cases when the defendant pleads guilty of a less serious deed, hoping to escape from the more heavy one. The accused can sometimes defame himself as to protect the organizer of the offence from responsibility or someone close person. This is why the statements of the defendant about the pleading of his guilt must

be critically examined and appreciated taking into consideration the other proofs.

The instance begins hearing the other parties only after hearing the defendant. The hearing of the parties is held in accordance with the Article 369 of the CPPRM.

The hearing of the aggrieved parties is done accordance with the provisions regarding witness hearing and which is applied as it should be.

The injured party can be heard whenever necessary during the judicial investigation and can make additional statements at any time, with the permission of the president of the meeting.

The hearing of the civil party and civilly responsible party is made in accordance with the examination of the defendant, applied properly.

When there are several injured parties, the civil party or the parties civilly liable, these can be heard separately, if the interest of finding the truth requires it, which are properly applied.

The parties may be re-played as often as necessary.

In the **hearing, the witnesses** are invited in the courtroom at a run. After taking the identity and the oath, in accordance with those prescribed in the general part of the *Code* (Art. 105-110 of the CPPRM), than it is proceeded to the hearing itself, applying the provisions of Art. 370 of the CPPRM.

The witnesses are heard separately and in the absence of the witnesses who have not yet been heard. The first who put questions are the process participants of the party which required the witness hearing, and only then the other participants. The president of the session and the other judges can query the witness in the conditions provided by the parag. (2) of the Art.367 of the CPPRM.

Each party may put further questions as to elucidate and complete the answers given by the other parties.

The presiding judge may allow the witness to leave the courtroom before the end of the judicial investigation, but only after hearing the judgments of the parties in this matter.

It may happen that the hearing of a witness from those heard during the prosecution to be no longer possible. In this case the court has the reasons for reading in session the statements made by the witness during the prosecution, as well as audio and video recording which may take place only at the parties request, in the following cases:

- 1) when there are major contradictions between the statements bore in trial and those in the prosecution;
- 2) when in session the witness is absent but it is justified or by the total impossibility of coming to court, or by security reasons.

Therefore, the fact that the person summoned as a witness failed to appear in court or is not sufficient to read the statements made during the prosecution.

The lack of witnesses whose hearing was provided, can determine the motivated coming to the following measures: appreciating that their hearing is not necessary, trial's continuation; otherwise it is postponing the hearing to the next term. The witness whose absence is not justified may be brought by force.

CONSIDERAȚII PRIVIND FORMAREA SORGINȚILOR TEHNICII CRIMINALISTICE (I)

Gheorghe GOLUBENCO, doctor, conferențiar universitar

CONSIDERATIONS CONCERNING THE FORMATION OF THE SOURCES OF FORENSIC TECHNIQUES

The paper deals with the historical aspects concerning the emergence and the development of the sources of forensic technique. The author brings arguments in favor of the importance of knowing the origins of the forensic technique for the correct understanding of the premises of creation of the forensic science itself.

Keywords: *forensic evidence, traciology, ballistics, documentology, gabitoscopy.*

În lucrare sunt abordate aspectele istorice privind apariția și dezvoltarea sorginților tehnicii criminalistice. Autorul argumentează importanța cunoașterii începuturilor tehnicii criminalistice pentru o înțelegere corectă a premiselor formării a însăși științei criminalistica.

Cuvinte cheie: *înregistrare criminalistică, traseologie, balistică, documentologie, gabitoscopie*

În a doua jumătate a sec. al XIX-lea, în Europa s-au creat premise și condiții obiective de cimentare a cunoștințelor menite să contribuie la descoperirea și cercetarea infracțiunilor, la crearea unui domeniu distinct al jurisprudenței, ce avea în sarcină elaborarea unor metode, procedee și mijloace tehnice practice de investigare a faptelor penale, întemeiate pe realizările științelor cu caracter tehnic și natural. Crearea în această perioadă a polițiilor criminale și dezvoltarea unor servicii, sarcina cărora constituia lupta cu criminalitatea înclinau spre convingerea că reușita combaterii criminalității de către aceste organe depinde nu numai de calitățile individuale și profesionale ale angajaților ei, dar și de nivelul, calitatea cunoștințelor speciale ale acestora, dotarea lor cu mijloace tehnice adecvate, procedee și metode distincte care ar permite a identifica rapid persoana suspectată, a stabili antecedentele penale ale acestuia, implicația ei în cauza instrumentată.

Una din cele mai stringente probleme ale polițiilor din acea perioadă a fost stabilirea indivizilor cu antecedente penale sau a persoanelor date în urmărire, ori a celor care au părăsit locul faptei. Dacă până la mijlocul evului mediu, iar în unele țări și mai târziu, pentru identificarea și pedepsirea răufăcătorilor se aplica frecvent marcarea acestora cu fierul roșu (de pildă, în Franța, hoții erau marcați cu majuscula „V“ (voleur), falsificatorii — „F“ (faux), recidiviștii — „W“, sau mutilarea (tăierea nasului, a unei mâini, a urechilor), apoi, mai târziu, după anularea acestor procedee¹

1 Diaz Charles. La police technique et scientifique. Paris: Presses Universitaires de France, 2000, p.5

evident inumane și necorespunzătoare „secolului luminilor“, poliția suferea eșecuri în reținerea celor care anterior au mai comis infracțiuni. Căutarea lor după metoda „portretului vorbit“ prin descrierea aspectului exterior, inițiată încă de primul șef al poliției franceze E.Vidocq, prezenta multe inexactități și deseori se solda cu eschivarea făptuitorilor de la răspunderea penală. De aceea, crearea și argumentarea științifică a procedurilor tehnice de evidență a infractorilor, numit astăzi **înregistrarea penală** devenise în a doua jumătate a sec. al XIX-lea una din principalele direcții de dezvoltare a cunoștințelor tehnico-criminalistice, imperativ al timpului. Nu întâmplător, profesorul R. Belkin menționa, pe bună dreptate, că elaborarea și perfecționarea mijloacelor de înregistrare și căutare a infractorilor au determinat constituirea și „aparitia criminalistici însăși“².

În acest sens, un aport primordial l-a avut A. Bertillon (a.1853—1914), colaborator al Siguranței franceze, care în a.1883 a demonstrat în practică posibilitatea înregistrării, evidenței și identificării ulterioare a infractorilor după datele lor antropometrice. Metoda sa, expusă în broșura intitulată „Aplicarea practică a antropometriei“ (a.1881), se sprijinea pe teoria statisticianului belgian L. Quételet (1796—1874), precum că toate ființele umane diferă una de alta prin dimensiunile diferitelor părți ale corpului și că suma acestor măsurători produc o formulă deosebită pentru fiecare individ.

De menționat însă că, încă în a.1866, adică cu mult înainte de experiențele lui A.Bertillon, directorul penitenciarului din Luven (Belgia) — Stivens, cu scopul de a stabili identitatea deținuților a început să măsoare anumite părți ale corpului deținuților, rezultatele fixându-le pe fișele de înregistrare. Cu regret însă, rezultatele acestor activități nu au fost generalizate și argumentate științific, sistem de înregistrare în acest sens nu a fost creat, dar meritul lui, după cum vedem din cele enunțate mai sus, este că a croit drum sistemului științific de înregistrare penală — antropometriei (din l.greacă — *anthropos* — om, *metreo* — a măsura).

Sistemul creat de A. Bertillon, destul de complicat, poate chiar nu prea perfect, numit mai târziu „bertillonaj“, a devenit unul dintre primele contribuții ale științei sec. al XIX-lea în activitatea profesională de urmărire penală. El a pus capăt vechiului vicleșug al delincvenților de a se ascunde sub alt nume, îmbrăcăminte sau coafuri diferite, aducând primele raze de gândire științifică în această activitate. Sistemul în cauză a început să fie implementat în toate țările dezvoltate (în Rusia din a. 1890, în Germania din a. 1895, în alte state — după a. 1900).

Cele mai slabe puncte ale sistemului, după cum recunoștea însuși autorul, era complexitatea măsurătorilor, imposibilitatea identificării persoanelor sub 20 de ani, dificultăți în stabilirea identității femeilor, legate de coafura lor, dar și a oamenilor bătrâni, înălțimea cărora cu anii micorându-se. În al doilea rând, în cazul măsurărilor repetate a aceleiași persoane, efectuate de diverși colaboratori, se obțineau diferențe în dimensiuni, ceea ce conducea iminent la erori în identificarea persoanelor. În al

2 Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. Общие и частные теории. М., Юрид. Лит., 1987, с.162.

treilea rând, savanții-antropologi contestau afirmația lui A. Bertillon, precum că penru stabilirea identității sunt suficiente 11 măsurători. Dincolo de cele menționate, complexitatea și scumpetea instrumentariului necesar în aceste scopuri excludea posibilitatea aplicării antropometriei în afara încăperilor. De aceea, mai târziu, A. Bertillon a continuat să perfecționeze sistemul său, completându-l cu descrierea aspectului exterior al delincvenților — așa-numitul „portrait parlé” [„portret vorbit“], precum și cu fotografierea acestora după metoda fotografiei signalectice.

Cu toate acestea, „bertillonajul”, nereușind să se afirme pe deplin, a avut drept concurent un alt sistem de înregistrare a delincvenților — cel dactiloscopic, apărut, practic, concomitent cu primul.

Trecând la analiza sorginților apariției și dezvoltării **dactiloscopiei**, trebuie amintit că interesul savanților față de structura pielii de pe palmele mâinilor a apărut încă din sec. al XVII-lea. Însă ideia posibilității utilizării desenului papilar penru identificarea omului a apărut doar în a doua jumătate a sec. al XIX-lea, grație realizărilor din domeniile fiziologiei, biologiei, medicinei.

Biologul italian M. Malpighi pentru prima dată (a.1686) a expus bazele științifice ale structurii și însușirilor creștelor papilare, privind unicitatea, irepetabilitatea și legătura lor cu soarta omului. Mai târziu, fiziologul ceh J. Purkinje în a.1823 a inițiat o încercare de a clasifica desenele papilare, dar, iarăși, fără un scop anume de a le folosi în activitatea de luptă cu criminalitatea.

Prima comunicare despre posibilitatea de identificare după evidențele dactiloscopice poate fi datată din a.1877, când unul dintre funcționarii poliției britanice din Bengal (India), William Herschelle (1833—1917), adresează în acest sens un memoriu inspectorului general al închisorilor din această regiune, care, din păcate, a fost lăsat fără atenție³. Herschelle, confruntându-se cu faptul că unii veterani indieni, semnând unul pentru altul, solicitau plata pensiei de mai multe ori, a cerut fiecăruia să-și lase impresiunile a două degete pe lista cu pensii. Analiza comparativă a desenelor papilare a făcut posibilă stabilirea multiplelor fraude în acest sens, determinând necesitatea adoptării unor măsuri de contracarare, după care falsurile au luat sfârșit. Aplicarea amprentelor digitale alături de numele deținuților pe fișele de evidență a curmat și posibilitatea substituirii unor pușcăriași cu alte persoane plătite, care trebuiau să ispășească în locul lor pedeapsa. Deci, Herschelle, în baza experiențelor sale practice și a unor cunoștințe despre însușirile „neobișnuite” ale desenelor papilare, ne având intenții de cercetări științifice cu scop bine determinat în acest sens, a putut să sesizeze și să coreleze necesitatea practică cu posibilitățile oferite de progresul tehnico-științific în domeniul dactiloscopiei⁴.

Tot în această perioadă, un medic scoțian, Henry Faulds, care lucra la un spital din Tokio, într-un articol publicat în octombrie 1880 de revista engleză „Nature”, fără a ști de preocupările lui W. Herschelle, a propus să se aplice metoda dactiloscopică

3 Бастрыкин А.И. Дактилоскопия. Знаки руки. СПб.: Ореол, 2004, с.32

4 Хефлинг Х. Шерлок Холмс в наши дни. М.:Юридическая литература. 1991, с. 45 (348 с.)

în scopul identificării autorilor infracțiunilor pe baza urmelor digitale ridicate de la locul faptei. Dându-și seama că această metodă poate revoluționa munca tuturor polițiilor din lume, el a verificat-o de mai multe ori în practică, reușind să stabilească vinovăția a doi hoți, dar și pentru a disculpa un suspect reținut de poliție. După apariția acestei scrisori, W. Herschelle și H. Faulds au disputat tot restul vieții prioritatea descoperirii individualității desenelor papilare digitale⁵.

Oricum, pentru noi este evident că ambii autori au ajuns la o idee comună de a folosi impresiunile digitale în combaterea criminalității — unul la nivel poate mai mult teoretic, iar altul la nivel mai practic. Însă, dincolo de această dispută, activitățile acestor pionieri ai criminalisticii s-au completat în mod perfect, dând naștere ulterior unor cercetări valoroase în ramura dactiloscopiei. De aceea, credem că dactiloscopia, de altfel, ca și criminalistica în ansamblu, a apărut din necesități practice, la momentul potrivit specialiștii știind să folosească realizările științei în acest sens.

În anul 1891, sir Francis Galton (1828—1911), antropolog și statistician englez, după o analiză comparativă minuțioasă a metodei antropometrice și a celei dactiloscopice, dă preferință celei din urmă și tipărește, în anul 1892, la Londra, cartea „The Finger — Prints“ [„Amprentele digitale“], în care sistematizează desenele papilare, făcând și alte observații importante referitor la folosirea acestora în identificarea persoanelor. Întrucât clasificarea părea destul de greoaie, de această problemă s-a preocupat un alt savant — funcționarul britanic de poliție Edward Henry (1850—1931). Datorită eforturilor acestuia, Anglia devine, în anul 1900, prima țară din Europa care introduce sistemul dactiloscopic de identificare în locul bertillonajului. Cartea lui E. Henry „Classification and Uses of Finger — Prints“ se bucura de un mare succes, încât tot mai multe țări aveau să introducă acest sistem de identificare: Ungaria, Austria, Danemarca și Spania (1902), Germania (1903), Belgia (1904), Brazilia, Chile și Uruguay (1905), Rusia (1906), Norvegia, Suedia, Italia, Peru și Paraguay (anul 1908)⁶. De menționat că, în Argentina, sistemul dactiloscopic de înregistrare a început să fie introdus încă din anul 1892, acesta fiind elaborat de către un funcționar de poliție din La Plata, originar din Croația — Juan Vucetich (1858—1925) — una din cele mai tragice figuri din rândul pionierilor criminalisticii: creând și transpunând în practica poliției Argentinei și a altor țări sud-americane un sistem dactiloscopic original de identificare, el a murit într-o sărăcie cumplită, nimicind cu câțiva ani mai înainte, într-un acces de furie, ultima sa lucrare, „Teoria universală a identificării“⁷.

În Rusia, primul om care a apreciat importanța dactiloscopiei a fost V. Lebedev — de asemenea, funcționar de poliție, care în 1909 a publicat un tratat practic, „Arta descoperirii crimelor“ în 3 volume: Vol. I — Dactiloscopia; Vol. II — Antropometria; Vol. III — Fotografia judiciară polițienească. Anterior, la 30 decembrie 1906, în Rusia s-a introdus amprentarea deținuților în închisori, iar doi ani mai târziu, în 1908,

5 Cârjan L. *Tratat de criminalistică*. București, Ed. PINGUIN BOOK, 2005, p.28

6 Idem, p. 29

7 Баев О. Я. *Основы криминалистики: курс лекций*. М.: Экзамен, 2001, с.18

s-a adoptat și o lege cu privire la înregistrarea dactiloscopică în secțiile de poliție judiciară ale Imperiului Rus, care câțva timp a funcționat în paralel cu bertillonajul, acceptat în Rusia încă din anul 1890.

Dezvoltarea ulterioară a dactiloscopiei a condus la faptul că urmele de mâini, ridicate din scena infracțiunii, au devenit obiecte ale cercetărilor dactiloscopice. Primele cazuri de folosire a rapoartelor de expertiză dactiloscopică, în calitate de probe judiciare în instanțele de judecată, s-au semnalat în Ungaria (1907), Anglia (1908), Norvegia (1910), SUA (1911), Rusia (1912)⁸. În țara noastră prima expertiză dactiloscopică folosită ca probă de învinuire în procesul judiciar desfășurat la Chișinău datează cu 5 martie a.1913⁹.

Este important să subliniem că sistemul dactiloscopic a coexistat cu bertillonajul până la 1914 — data când, la Monaco, Congresul internațional al polițiștilor a recomandat dactiloscopia ca principală metodă de înregistrare penală. Fără îndoială, ea este mult mai simplă și mai exactă decât antropometria, numită uneori de către deținuți și „procedură veterinară”. După calculele matematice ale lui F.Galton, posibilitatea de coincidență a 10 amprente digitale ale unui individ cu 10 amprente ale altei persoane este extrem de redusă și constituie 1:60 miliarde de oameni.

De menționat, însă, că procesul de trecere de la antropometrie spre dactiloscopie nu a fost scutit de așa numita „confruntare de idei”, care, ca și oricare concurență todeauna conferă influență pozitivă asupra oricărei activități, inclusiv științifice cu condiția că aceste păreri nu poartă caracter autoritar și reacționar. Astfel, A.Bertillon, până la sfârșitul vieții era convins în infailibilitatea „bertillonajului” și imposibilitatea ca desenul popular să fie pus la baza identificării individului. Cu toate acestea, ideea lui A. Bertillon despre necesitatea studierii și clasificării semnalmentelor omului în scopuri criminalistice a trecut într-o nouă calitate și a servit bază de creare a metodei „portretului vorbit”, a fotorobotului, a gabitologiei ca ramură a tehnicii criminalistice.

Sistemul de evidență dactiloscopică rămâne și astăzi pretutindeni cel mai frecvent folosit, în unele țări acesta completându-se la ora actuală și cu metoda „dactiloscopiei genetice” (ADN — *Acid dezoxiribonucleic*). Anume cu realizările geneticii sunt legate astăzi perfecționarea procedeele de identificare criminalistică. Studiarea mecanismelor de transmitere a informației genetice a permis savantului englez Alec Jeffreys să elaboreze în a.1883 metoda „amprentei genetice” — sintagmă utilizată alegoric de acesta și care, desigur, nu se referă la dactiloscopia tradițională. Metoda descrisă de către Jeffreys se bazează pe proprietatea fermenților bacterieni, numiți fermenți de restricție sau *restrictaze*, de a distinge succesiuni strict determinate ale ADN și de a le fragmenta. Acest fapt fusese cunoscut demult, doar că cercetătorul englez pentru prima dată a descoperit că lungimea fragmentelor ce se formează diferă de la un individ la altul, de aici și denumirea acelei metode — *polimorfismul lungimii*

8 Возгрин И.А. Введение в криминалистику: История, основы теории, библиография. СПб.: Издательство „Юридический центр Пресс”, 2003

9 Крылов И.Ф. Криминалистическое исследование следов. Л.: Издательство Ленинградского Университета, 1976, с.26-27

fragmentelor restricției [RFLP, Restriction Fragment Length Polymorphism]. Implementarea descoperii lui Jeffreys, care a revoluționat criminalistica contemporană are acel avantaj, că și o mostră microscopică de orice material organic (sânge, salivă, fire de păr, spermă, fragmente de oase etc.) este suficientă pentru a efectua expertiza. Și aceasta pentru că fiecare om în lumea geneticii este individual (în afară de gemenii homozigoți care, în fond, sunt cloni), organismul acestuia deține o anumită stabilitate genetică, adică informația genetică nu se modifică pe parcursul vieții, spre deosebire de compoziția proteinelor sau grăsimilor. Dincolo de aceasta, metoda în cauză este extrem de sensibilă. Pentru analiza ADN sunt suficiente câteva picături de sânge, rămășițe de salivă cu care s-a încheiat timbrul poștal pe plic sau ADN rămas pe țigara fumată. O altă proprietate a ADN, prețioasă din punct de vedere al identificării criminalistice este că molecula ADN posedă o stabilitate sporită față de interacțiunea cu mediul înconjurător.

În concluzie, trebuie observat că aplicarea metodei geneticii moleculare în baza datelor analizei ADN și-a început drumul victorios în criminalistică, executând două sarcini de bază: analiza corespunderii biologice urmelor găsite la locul infracțiunii, cu mostrele obținute de la persoana suspectată în săvârșirea ei, și stabilirea legăturilor de rudenie după caracteristicile ADN¹⁰.

Balistica criminalistică ca ramură a tehnicii criminalistice a apărut și se dezvoltă în baza adaptării datelor balisticii interioare și exterioare, ce studiază mișcarea proiectilului în canalul țevei armei de foc sub presiunea gazelor pulberii explozive, precum și a traiectoriei după ieșirea lui din canalul țevii. În afară de aceasta, pe larg se folosesc cunoștințele privind particularitățile constructive și funcționale ale armelor, tehnologia confecționării lor și alte date ale armologiei.

La începuturile tehnicii criminalistice, acestea se preluau mai cu seamă din domeniile, precum fizica, medicina legală, chimia, biologia, științele militare etc. Încă în anul 1835, polițistul englez H. Goddard (1891—1955) a reușit, după urmele rămase pe glonț de la particularitățile interiorului țevii unei arme de foc, folosite în cazul unui omor, să identifice arma concretă, contribuind astfel la stabilirea faptuitorului, însă bazele științifice ale acestei subramuri a criminalisticii — balistica judiciară, sunt legate de numele americanului Ch. Waite (mort în anul 1926). În anii '20 ai sec. al XX-lea, acesta afirma că mecanismul fiecărei arme lasă pe gloanțe și pe tuburi de cartuș „amprente“, destul de constante și irepetabile. Colindând uzinele de armament din America și Europa în perioada anilor 1919—1923, el a reușit să colecționeze peste 1500 modele de arme de foc, prin intermediul cărora putea stabili proveniența gloanțelor drept corpuri delictive. Însă balistica judiciară a atins culmi superioare doar după inventarea, în anul 1925, a microscopului de comparare, de către Ph. Gravelle, distins pentru această descoperire cu medalia de aur „Bernard“ a Societății Londoneze de microfotografie¹¹. Acest instrument făcea posibil ca două

10 Golubenco Gh. Urmele infracțiunii. Teoria și practica examinării la fața locului. Chișinău: Garuda-Art. 1999, p.141

11 Măcelaru V. Balistica judiciară. București: CPCS. 1972, p. 11

gloanțe (unul extras din cadavru, iar altul tras experimental din arma suspectă) să fie văzute și examinate simultan, într-o singură imagine a microscopului.

Un volum imens de cunoștințe în structura tehnicii criminalistice î-l cuprinde subramura examinării documentelor (**documentologia**), istoria căreia, fiind legată de răspândirea scrisului și a actelor scrise, de istoria infracționalității și istoria dreptului probator, a fost determinată în cele din urmă de condițiile materiale de viață ale societății. Pornind de la aceasta, expertiza documentelor poate fi considerată poate una din cele mai „vârstnice“ ramuri ale tehnicii criminalistice. Geneza ei coboară în antichitate, primele experiențe fiind atestate încă din perioada Romei Antice. Dacă în vremurile străvechi relațiile juridice din Roma se certificau doar prin depozițiile martorilor, apoi ulterior, de rând cu acest gen de probe apar și se răspândesc tot mai larg documentele scrise, inclusiv și testamentele în formă scrisă („tabulae testamentum“), certificate prin proceduri mai complicate (aplicarea impresiunilor a șapte ștampile: a testamentarului, a cinci martori și a cantaragiului)¹².

Cu dezvoltarea comerțului și a răspândirii documentației juridice în Roma au sporit și cazurile de falsificare a documentelor. În sec.I î.Hr. dictatorul Sulla, pentru protejarea de fals a testamentelor și a altor documente scrise, a emis o lege specială, așa numita lege a lui Corneliu („lex Cornelia de falsis“), în baza căreia, pentru alcătuirea testamentului contrafăcut ori aplicarea ștampilelor autentice pe testamentul fals, cât și pentru alterarea testamentului (adăugire sau înlăturare de text), ascunderea testamentului autentic ș.a. se aplicau diverse pedepse.

Alte referiri la acest gen de expertiză se întâlnesc în timpul lui Justinian, respectiv în novelele 49 și 73 din anul 539e.n.¹³, publicate după eșirea Codului lui Justinian din a.534. În această perioadă litigiile judiciare privind autenticitatea documentelor devenise fapt obișnuit în Imperiul Roman, de unde și atenția legiuitorului asupra acestui fenomen. În particular, novella 49 (Nov.XLIX. „De reis, qui appellationem interponunt“), subliniază pericolul legat de sporirea cazurilor de fals în documente, se aduc un rând de considerente privind factorii ce influențează modificarea scrisului, se pronunță sceptic asupra valorii probante a expertizei grafice și stabilește anumite exigențe față de mostrele de comparație.

Novella 73 (Nov. LXXIII „Quo modo instrumentis“) face referire la persoanele ce realizează expertiza, statuând ca acestea să fie supuse jurământului. În calitate de mostre pentru comparație se prevede a fi folosite doar documentele publice, iar din cele private — doar cele ce au fost prezentate în instanță de partea adversă și care sunt păstrate în arhive publice.

Un imbold semnificativ răspândirii expertizei documentelor a fost dat în sec. al XVI-lea în Franța, când numărul falsurilor de documente a crescut amenințător, ajungând până la contrafacerea semnăturii regelui Carol al IX-lea în a.1569. A sporit

12 Терзиев Н.В., Эйман А.А. Введение в криминалистическое исследование документов. М.:Издательство Академии Архитектуры СССР. 1949, с.27. (124 с.)

13 Stancu E. Tratat de Criminalistică. Ediția a II-a, revăzută și adăugită. București: Universul juridic. 2002, p.24

și numărul persoanelor ce se specializau în probleme de expertiză a documentelor. În această calitate evoluau mai cu seamă diaconii, profesorii de caligrafie (caligrafii — din l.greacă: „callos“ — frumos și „grapho — a scrie“, adică persoanele ce posedă arta de a scrie frumos). Se credea că manipularea permanentă a manuscriselor dezvoltă la persoanele respective spirit de observație, obișnuința de a diferenția scrisurile. Acești strămoși ai experților grafici contemporani se sprijineau doar pe experiența personală și pe ideile subiective în cadrul confruntării scrisurilor și formulării concluziilor, de unde și prezența multor erori, chiar și abuzuri, întrucât nu se putea opera încă cu date și metode strict științifice.

În a.1570 specialiștii în cauză s-au asociat într-o corporație specifică — „Comunitatea scriitorilor experți verifcatori“ [„Communauté d'écrivains experts vérificateurs“]¹⁴. În Franța, Italia se publică primele lucrări consacrate cercetării grafice a scrisului. Spre exemplu, în a.1604 F. Demelle publică cartea intitulată „Sfaturi cum să recunoaștem manuscrisele false și să comparăm înscrisurile și semnăturile pentru a observa orice fals; cum să depistăm și să decodificăm înscrisurile tainice și criptate“, care este prima lucrare tipărită, consacrată expres examinării documentelor. Aici compararea scrisurilor se baza doar pe examinarea formei semnelor grafice. O altă lucrare semnată în 1665 de către unul dintre membrii Corporației amintite J. Rave-neau — „Tratat privind examinarea falsului în înscrisuri „[Traite des inscriptions en faux], abordează problematica colectării mostrelor de comparație, modalitățile de falsificare în înscrisuri și indicii acestor falsuri, procedee de stabilire a vechimii documentului, a adăugirilor și înlăturărilor de text etc. — aspecte, care prezintă interes și astăzi.

În sec. XVII—XVIII în Franța au fost publicate și alte lucrări cu privire la importanța expertizei scrisului în procesele judiciare, însă o bună parte din autori au exprimat neîncredere și au criticat acest gen de probă, de aceea în a.1792 Comunitatea scriitorilor experți-verifcatori a fost lichidată iar în locul ei a fost creată „Academia scrisului“, care avea alte direcții de activitate, cu expertiza propriu-zisă a scrisului, ocupându-se persoane de diverse profesii.

Cu trecerea anilor, cercetarea caligrafică a manuscriselor s-a succedat cu grafologia — orientare în grafoscopie ce avea ca obiectiv stabilirea caracterului omului după scris. Această teorie avea la bază legăturile corelative dintre anumite trăsături ale caracterului scriptorului cu o formă sau alta a literei, înălțimea, lățimea sau înclinația scrisului și cu alte detalii ale grafismelor. Prima carte despre grafologie a fost lucrarea italianului C. Baldi (1550—1637) „Cum să recunoaștem numai după scris natura și însușirile scriptorului“ publicată în a.1622. Însă fondator al grafologiei este considerat J.Mișon (1806—1881), căruia îi aparține însuși denumirea „grafologie“. La sfârșitul sec.al XIX-lea și începutul sec. al XX-lea în Germania, Franța, Italia au fost publicate un rând întreg de cărți, în care se afirma posibilitatea de a stabili după scris și aspectul exterior al omului. În Rusia se publică lucrarea lui I.Morgenștern

14 Cârjan L. Op. cit., p.17

cu titlul „Psihografologia“, în care autorul argumentează determinarea déjà a universului lăuntric al individului după scris. La acest compartiment și-a adus aportul și cunoscutul cercetător C. Lombroso (1836—1909), devenit deja cunoscut după lucrarea sa „L'uomo delinquente“, consacrată teoriei „criminalului înăscut“, care tipărește în a.1895 la Bologna cartea „Grafologia“ ideia centrală a căreia fiind afirmația că procesul de scriere este o funcție firească a organismului uman și că scrisul prezintă „oglindea personalității“ ce reflectă însușirile josnice, „naturale“ ale omului. De fapt, după cum menționează profesorul R. Belkin, aceasta era aceeași concepție a „criminalului înăscut“, așezată pe solul expertizei¹⁵.

De menționat că și cunoscuții pionieri ai criminalisticii R.A. Reiss, A. Bertillon, S. Ottolenghi, Ed. Locard, la fel au făcut încercări să se afirme în ramura cercetării scrisului și a documentelor, însă metodele propuse de către acești savanți (metoda grafometrică, metoda decriptivă ș.a.), nu au avut o fundamentare științifică destul de solidă, de unde și utilitatea lor practică nesemnificativă.

Prin urmare, trebuie subliniat că, atât în etapa incipientă, cât și mai târziu, în epoca sovietică grafologia a întâmpinat rezistență și critică întemeiată. Concluziile grafologilor de multe ori nu se adevereau în practică. Ele erau slab argumentate, intuitive, uneori aveau caracter nedeterminat.

Cu toate acestea, în opinia noastră această orientare î-și are grăunțele sale raționale, ideile productive ce se sprijină pe o bază empirică acumalată de-a lungul secolelor. Nici pe departe tot ceea ce se propaga de către psihografologi nu ține de sfera invențiilor fanteziste. Un rând de legături corelative dintre caracteristicile scrisului și caracteristicile psihologice ale scriitorului totuși există, ceea ce a fost dovedit de știința contemporană¹⁶. Deci, grafologia astăzi există și se dezvoltă pe bază unor fundamente solide, validate teoretic și aprobate în practică, deaceia are dreptate profesorul R.Belkin când scrie: „Grafoscopiștii s-au convins că ar fi o eroare a se respinge din „start“ tot ce a acumlat grafologia și psihografologia, că în aceste ramiri există ceva ce poate fi folosit cu succes și se folosește în expertiza grafică“¹⁷.

De notat că interpretarea științifică a mecanismului formării scrisului a devenit posibil doar în rezultatul descoperirilor realizate de către I.P.Pavlov și I.M.Secenov la sfârșitul sec. al XIX-lea. Se are în vedere principiul creării legăturilor temporale de la nivelul scoarței cerebrale ce stau la baza așa numitului „stereotip dinamic“. Acest fenomen se formează în rezultatul instruirii și perfecționării deprinderilor de a scrie, cu însușirea cărora se reduce consumul de energie nervoasă necesar îndeplinirii anumitor activități, inclusiv și celor ce sunt legate de scriere. Acest domeniu

15 Аверьянова Т., Белкин Р.С., Корухов Ю.Г., Россинская Е.Р. Криминалистика. Учебник для вузов. Под ред. профессора Р.С.Белкина. М.: Издательская группа НОРМА — ИНФРА. 1999, с.3

16 Россинская Е. Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. М.: Норма. 2006, с. 389-390

17 Белкин Р.С. Пути развития криминалистики по идеям Е.Ф.Буринского. Е.Ф.Буринский и современная криминалистика. Ижевск. 2000, с.8. (214 с.)

folosește din plin cunoștințele psihologiei, fiziologiei, geneticii, matematicii și altor ramuri ale cunoașterii umane.

A doua jumătate a sec. al XIX-lea, dar mai cu seamă sec. al XX-lea a fost marcat de dezvoltarea vertiginoasă a progresului tehnico-științific, în rezultatul căruia au apărut noi materiale, mijloace și metode de fixare a informației. De rând cu cercetarea scrisului se efectuau și examinări ale materialelor și rechizitelor documentelor — impresiuni de ștampile, sigilii, materiale de scriere etc. Această orientare în cercetarea criminalistică a documentelor profesorul Terziev N.V. a numit-o expertiza tehnică a documentelor¹⁸.

O contribuție însemnată în această direcție și-a adus-o și E.F. Burinski (1849—1912), unul dintre întemeietorii fotografiei judiciare de examinare a documentelor, în particular, a metodei separatoare de culori și de sporire a contrastului, care a făcut posibilă citirea textelor invizibile, restabilirea documentelor.

Ultimele decenii ale sec. al XX-lea s-au scurs sub semnul dezvoltării impetuoase a acestei ramuri a tehnicii criminalistice, dând naștere unor noi subramuri, precum expertiza autorului spiritual al textului, stabilirea portretului psihologic al autorului textului litigios, cercetarea documentelor acustice (fonoscopia) ș.a.

Cele enunțate mai sus permit a conchide că cercetarea criminalistică a documentelor (documentologia), dezvoltându-se de-a lungul veacurilor de la cele mai primitive confundări caligrafice ale scrisului a ajuns astăzi să devină un domeniu teoretic și practic extrem de complex și diversificat cu rezultate practice netăgăduite, autenticitatea cărora este asigurată de un fundament științific solid și cele mai noi metode și tehnologii contemporane.

18 Терзиев Н.В., Эйсман А.А. Цит. соч. 1949, с. 23.

SCIENTIFIC AND PRACTICAL ASPECT OF CRIMINAL-LEGAL EXPERTISE

Mihai GHEORGHÎĂ, doctor habilitatus, university professor
Ecaterina BALTAGA, post-doctorate student, lecturer of Law

The expertise is rightly considered to be a scientific assessment of the evidences. All laws recognize the expertise as an evidence. Scientific and technical progress enhances the role of expertise in criminal proceedings. Criminal Procedure Code has reconfirmed the importance of expertise institution in the process of criminal probation, which is multilaterally regulated.

Keywords: expertise, criminal procedure, criminal trial, probation

ASPECTELE ȘTIINȚIFICE ȘI PRACTICE ALE EXPERTIZEI CRIMINALISTICE

Expertiza este pe bună dreptate, considerată a fi o evaluare științifică a probelor. Toate legile recunosc expertiza ca o probă. Progresul științific și tehnic sporește rolul expertizei în cadrul procedurilor penale. Codul de procedură penală a reconfirmat importanța instituției de expertiză în procesul de probațiune penală, care este multilateral reglementat.

Cuvinte cheie: expertiză, probațiune, criminalistică, procedură penală.

To achieve criminal justice the activity of independent competent bodies is not sufficient, as in these actions are also attracted or involved persons with procedural rights and obligations arising from the crime committing as well as the other ones who by law are asked to contribute to disclose the criminal case¹.

Criminal justice, therefore, constitutes a part of a wider and more complex activity that is called a criminal procedure. In criminal procedure there are cases which can be clarified just by using specialized knowledge of certain specialists². Specialists and experts' findings as modern means of research and authentication of various objects, substances or phenomena that represent or may become evidences in the trial, are becoming increasingly indispensable due to the development of technology and its involvement in everyday life.

The expertise is rightly considered to be a scientific assessment of the evidences³. All laws recognize the expertise as an evidence. Scientific and technical progress

1 Саханов Т.В. Институт судебной экспертизы в системе доказательного права. Материалы народной научно-практической конференции «Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях». Москва, 2007. с. 37

2 Manzini V. Trattato di diritto processuale penale. Vol.III. Torino, 1931-1932. nr.329

3 Constantin R., Drăghici P., Ioniță M. Expertizele — mijloc de probă în procesul penal, București: Editura Tehnică, 2000. p.113

enhances the role of expertise in criminal proceedings. Criminal Procedure Code has reconfirmed the importance of expertise institution in the process of criminal probation, which is multilaterally regulated⁴. Besides the proper expertise, technico-scientific and forensic (medico-legal) conclusions are also recognized as evidences. However, the findings are made only in emergency cases, and if their objectiveness is doubtful the expertise is compulsory. The role of the parties in making the expertise has lately increased. Thus, the parties have the right — on their own initiative and for their own account — to submit an application for making an expertise to ascertain the circumstances which, in their opinion, can be used in defense of their interests. Since the forms of expertise are permanently diversified, it is difficult to present their characteristics⁵.

Besides the right to propose the expertise carrying out, the parties have the right to recommend an expert to participate in its performance. The expert must meet the requirements of Article 88 of the Criminal Procedure Code. The application for the recommendation of an expert is submitted to the prosecution body or court, entitled to reject the request, specifying the circumstances of the experts' incompatibility. If the parties propose their own expert, the prosecution body or court may reject the application unless there are circumstances under Article 89, paragraph 1, p.1-5 of the Criminal Procedure Code.

Article 6 of the European Convention on Human Rights does not clearly mention the rules applicable to expert testimonies. The text of paragraph 3, point d) Art. 6 refers to witnesses, not to experts. However, ECHR jurisprudence has developed certain rules under the provisions of par. 1 and 3. The Court found that the right to a fair trial does not suppose the obligation of national courts to appoint experts at the defense's requirement when the opinion of the expert appointed by the court supports the findings of the prosecutor. However, the European Court does not hesitate to apply Art. 6, para. 3, point d) in the same way as the application of the expertise if the appearances objectively suggest that the expert has a role of prosecution witness. That institution has performed the following analysis: an expert may be considered a witness if there are doubts about his/her neutrality.

These doubts must be objectively justified; the opinion of the accused may have importance, but it is not a decisive one.

The role of the expert role in the process and the manner in which he fulfills his duties are some crucial elements of particular importance. Doubts on the neutrality and objectivity can be considered justified if criminal suspicion comes from the expert who is also called an official expert⁶.

4 Dongoroz V. ș.a. Explicații teoretice ale codului de procedură penală român. vol. I, București: Editura Lumina Lex, 1975, p. 289

5 Bocăneț Șt. În legătură cu actul prin care se dispune efectuarea expertizei în faza urmăririi penale. În „Revista Română de Drept”, nr. 4/1977. p.28

6 Niculescu O., Golubenco Gh. Expertiza judiciară: noțiuni, conținut, specific. Rev. „Legea și viața”, 2009. nr.4. p. 50

When the expert is considered to be the prosecution witness, it can be heard during the trial, but only if in order to contest the experts' conclusions the persons cited by the defense in any role, are questioned under the same conditions as the expert. When the people cited by the defense are not interrogated under the same circumstances, the principle of equality of arms is violated. However, the breach does not occur if the query has not been fully performed under the same conditions, if the witnesses of defense had the opportunity to contest the expert's findings by means of the same arguments and methods. In other words, although the witnesses of defense compared to expert of prosecution was in a disadvantage, the principle of "equality of arms" was not broken if the inequality refers to the issues that are not crucial in determining guiltiness or innocence of the suspect.

According to art. 143 of the Criminal Procedure Code the expertise is compulsory in some cases. Thus, in determining the cause of death, degree of severity and the character of body injuries a forensic (medico-legal) expertise is carried out. The expert competency does not include the issue whether it was murder or suicide, as the expert only determines the cause of death and nature of injuries. It is not also the subject of the expertise to include the determination of "distinctive cruelty" since this phrase is not a medical term.

A case of murder can be examined without carrying out a forensic expertise only when the body was not discovered and all possibilities of its discovery are out. In such situations the case is disclosed on the basis of other evidences in the dossier, if the fact of murder committing is confirmed.

To establish the ability of victims to have a sexual conduct forensic expertise or a complex medical and psychological one is assigned. In case of application of coercive medical measures to alcoholics and drug users (Article 103 of the Criminal Code), the forensic conclusion act is required. If this act does not contain sufficient data, a medical and psychiatric examination is assigned.

An autopsy is performed not only on the basis of the disposition of its carrying out, but also according to the disposition to perform a medico-legal examination in order to discover some signs that can serve as a basis to start criminal investigation (art.140; art.144 Criminal Cod). In such situations, a forensic report is concluded; it cannot substitute the medical one⁷.

To determine the mental state a psychiatric examination is carried out and here knowledge in Psychology is useful.

The mental state of the suspect, the accused, the defendant being examined, the character and the motive of the offence committed by the accused/the defendant are analyzed as well as the behavior of the person during and after committing the crime. It is also necessary to take into account some data characterizing the behavior of the perpetrator before the crime, and those ones related to the diseases from which

7 Astarastoe V., Scripcaru Gh., Boisteanu P., Chirita V., Scripcaru C. Psihiatria judiciară. București: editura Polirom, 2002. p. 24

he suffered. In such situations, the expert may ask for different documents, medical certificates, etc from medical institutions where the person was treated. In case of necessity, for example, when there are data that the person gets tired quickly, his attention is dispersed, has an unstable emotional state, and the person has reached the retirement age, a complex psychiatric-psychological investigation is carried out.

Age expertise of the suspect, the accused, the defendant or the injured party is performed by a doctor and a psychologist, being assigned not only when some certain documents are absent or are doubtful, but if they are impossible to be obtained. In finding the age it should be taken into consideration that, following the expertise, the birthday is considered to be the last day of the year established by the expertise. If the expert determines a maximum or minimum number of years, the birthday is considered to be the last day of the year corresponding to the minimum number of years. It is considered that the person has attained the age of 14, 16, 18 at midnight of the day of birth, i.e. beginning with the next day at 00.00 A.M.

A forensic or psychiatric examination of the injured party and of the witness is made without their consent in compulsory ambulatory conditions. It should be noted that the prosecuting authority and the court must necessarily fix these people's attitude towards the expertise to be carried out and their acceptance or refusal to undergo such an investigation. In case of refusal, the prosecution body and the court has to establish its reasons, while the proper circumstances have to be mention in the disposition. The examination of the injured party and of the witness without their consent has to be made only when the other evidences do not reflect important circumstances of the case. The establishment of physical or mental condition of victims and witnesses is made without the individuals' consent only in cases where their statements will be later exclusively or essentially released on the basis of judgments in criminal case and other evidences are not available or are insufficient.

To establish physical and mental state of victims and witnesses it is necessary to take into account the particularities of individual behavior, the conditions under which the phenomenon was comprehended, information on the suffered diseases , data on individual development, memory capacity etc. The degree of psychological injuries caused to the victim's is determined by a psychiatric expertise.

Both the suspected, the accused or the defendant and the victim or witness may be subjected to the expertise to determine the state of receptive organs if it is necessary to verify the statements of these persons⁸.

In some cases a psychological investigation can be ordered to determine the person's mental state at time of the crime, i.e. whether he/she was prone to suicide.

Paragraph 6 of Article 143 of the Criminal Procedure Code lets the expertise carrying out to the discretion of the prosecution body or the court. In this case, the

8 Svetlana Rîjicova S. Expertiza psihologică judiciară în cadrul sistemului judiciar. În „Expertiza judiciară în cauzele privind minorii, / Inst. de Reforme Penale; col. de aut.: Igor Dolea, Simion Doraș, Gheorghe Baciuc, ... - Chișinău: IRP, 2005. p. 118

expertise is made only if by means other evidences the truth cannot be established, such situations are common in practice. The expertise is considered a compulsory one when it is necessary to determine if the given object refers to a firearm, if the presented copy of the firearm can function; in case of the found pieces it is necessary to determine whether they represent ammunition, radioactive elements, explosives, poisons, etc. The expertise is also considered compulsory when it is necessary to determine whether the presented material belongs to narcotic substances, or if the examined plants refer to cultures containing narcotic substances. There also might be other cases when the expertise may be considered an obligatory one.

Non-fulfillment of the obligatory expertise stipulated by the law stipulates is a reason for quashing the sentence⁹.

At the expertise disposition an order of prosecution bodies or the court is given.

The disposition or the conclusion of making expertise consists of three parts: introductory, descriptive and resolution. In the introduction the place and date of the disposition, as well as the name of the person who compiled it are given. The descriptive part contains a brief description of the case circumstances, this giving the expert the possibility to decide, if it is necessary, to get acquainted with the material of the case related to the subject matter of the expertise, justification for expertise carrying out the and the domain of specialized knowledge necessary for expertise. The resolution mentions the type of expertise, data, name and surname of the expert or the name of the expertising institutions, issues forwarded to the expert, the materials that are available to the expert are listed, including research objects, samples for the comparative analysis, some materials from the criminal dossier the expert will require (e.g. record from the scene of crime, photos, etc.). In the disposition the place of these objects is also indicated (files are attached to the dossier or found elsewhere), and form of objects' sealing. The issues put before the expert must not exceed the specialized knowledge of the person.

The expertise can be carried out only by a person designated for that purpose in accordance with criminal law procedure. The acts on the results of departmental control on certain circumstances, under the name of expertise (quality of goods, etc.) and obtained at the request of the prosecution bodies and the court, are not recognized as expert reports.

If some records of objects from the crime scene or other data are required, a specialist can be consulted. However, the specialist does not carry out the investigation independently and does not substitute official expertise's performance.

Legal expertise is usually done at the Institute of Scientific Research in the field of Legal Expertise of the Ministry of Justice. Medico-legal expertise is carried out at the Institute of forensic expertise, and the psychiatric one — at the subdivision of Republican Hospital of Psychiatry. When an external expert (who does not work

9 Iftenie V., Dermengiu D. *Medicina legală*. București: Ed C.H.Beck. 2009. p. 18

at the expertising institution) is invited for carrying out the expertise, the criminal prosecution body or court checks if the circumstances of the expert's incompatibility are not present as well as and his qualification (specialization, studies, etc.)¹⁰.

The disposition for the expertise is compulsory for the institutions or the persons authorized to perform the expertise. Only in cases when the person does not possess specialized knowledge or refers to certain aspects of incompatibility, he/she has the right not to perform the expertise.

The expertise may be carried out for the parties' account. The expertise for the parties own account is done under the same conditions as the expertise for the office. The appointed expert is given the list of issues proposed by the parties. The criminal investigation body or the court is obliged to place at the expert's disposal all necessary objects and materials.

The arrangement of the expertise includes the choice of objects as the subject of research and of samples for comparative analysis. The expert has no right to seek, to determine and use the material by himself which are not given to him according to the law. However, the expert has the right (with the permission of the prosecution body or court) to participate or assist in trial, to ask questions that refer to the objects of expertise, particularly when the samples are collected.

When the expert is not provided with sufficient materials the nature of research conducting becomes improbable, as there is the risk of the reliability of conclusions to be questioned.

A particular importance is given to the acquaintance of the parties with the expertised object. Acquaintance with the order or the disposition for expertise is the right of parties which is realized as soon as possible. This is done in order the parties to be able to comment on the issues put to the expert, to request the change or the appointment of another expert recommended by the parties. If the order for the expertise carrying out has been drawn up before the identification of the suspect or the accused, it must be available to the person immediately after the offender has acquired the status of the suspect or the accused, his rights being compulsory announced. The advocate is entitled to be acquainted with the order once he is appointed as the defender in a certain case.

The person can use his/her right to submit the expert's challenge when in order or in the disposition a concrete expert is mentioned. This happens in cases when an external expertise is made. Submitting the refusal, the person must be given the opportunity to give reasons for his/her refusal, the reasons being included in the minutes of the action preceding the expertise carrying out.

If the parties request the appointment of an expert recommended by them, the applicant should substantiate the need for experts' inclusion, and determine whether

10 Baciu Gh., Pădure A. Expertiza medico-legală a minorilor. În „Expertiza judiciară în cauzele privind minorii“, Inst. de Reforme Penale; col. de aut.: Igor Dolea, Simion Doraș, Gheorghe Baciu,... Chișinău: IRP, 2005. p. 54

it is the profile of the expert, these data being included in the minutes. Both the expert recommended by the parties and the appointed expert participate in expertise. This expert (as the others) is warned on criminal liability for false conclusion that it is under Article 312 of the Criminal Code.

Typically the requests for the amendment or addition to the issues must be upheld if the suspected, the accused or the defender insists on its proper formulation, even if it is wrong. It is also necessary to indicate the formulation developed by the parties, indicating in the order/disposition that the formulation is proposed by them.

The participation of the suspect, the accused, or the defender or the injured party in carrying out of an objective and comprehensive expertise facilitates the compiling a comprehensive report. Their presence is useful if some types of expertise as economic, merchandise, autotechnical etc is performed. There are no barriers from the parties for the objective compilation of the report, as a rule, they should be admitted. If the request for participation was rejected by the parties their written explanations should be made available to the expert. These can be written by the person who has applied or must be included in the minutes of the action preceding expertise making.

The Parties are entitled to know the expertised report and as well as the notice of failure to make the expertise. Having received the report, the prosecuting authority or the court must submit it to the parties as quickly as possible. When the injured party or witness has been the subject of an expertise, they also have the right to get acquainted with the report of the expertise.

The deadline fixed by the prosecuting authority or the court is strict for the expert. If the latter is unable to carry out the survey in a certain period, he must inform the prosecution body or court, giving reasons for procrastination.

In conclusion we should mention that the expertise is made under the provisions of the Criminal Procedure Code, unless other issues are provided by the law; forensic (medico-legal) expertise represent the means of evidence by which the judicial organs are notified about the specialists' findings on certain circumstances for the explanation of which special knowledge is required. The experts' opinion is formed based on the proper research of the case and the application of specialized data by competent persons appointed by the judiciary bodies. The conclusion of the expertise reflects a particular scientific statement confirmed by practice and, therefore, the judicial bodies are presented the results of reasoning by which scientific laws are applied to certain cases.

LA PROTECTION DES MINEURS CONTRE LES ACTES CRIMINELS DANS L'UNION EUROPEENNE

Violeta MELNIC, docteur es droit

La protection des mineurs contre les actes criminels dans l'Union européenne est déterminée par une augmentation significative de la criminalité au cours des dernières années en raison de développement sociale et économique. L'évolution des règlements internationaux, régionaux et nationaux a montré que l'internationalisation et la régionalisation des dispositions dans ce domaine ont un impact positif en créant des mécanismes et des institutions spécialisés au niveau national, et en établissant des mesures législatives à cet effet. Bien que la plupart des études doctrinales et statistiques, et l'évolution conventionnelle des lois, des observations et recommandations des organisations internationales et régionales soulignent l'importance de l'objectif prioritaire des efforts visant à prévenir les actes criminels contre les mineurs, mais le progrès conventionnelles et législatives, en particulier de l'Union européenne dans ce domaine est modeste et il ne satisfait pas le nécessaire. Par conséquent, la tendance de réglementation complexe et polyvalente de la protection des mineurs contre actes criminels impose aborder les problèmes prioritaires par rapport à leurs prévention par l'établissement d'une dimension plus profonde en la matière au niveau européen, qui aurait l'effet d'unifier les dispositions des États membres.

Mots clés: traités internationaux, actes de l'Union Européenne, dispositions nationales, protection des mineurs.

PROTECȚIA MINORILOR CONTRA ACTELOR CRIMINALE ÎN UNIUNEA EUROPEANĂ

Protecția minorilor contra actelor criminale în Uniunea Europeană este determinată de o creștere semnificativă a criminalității în ultimii ani, motivul fiind dezvoltarea socială și economică. Evoluția reglementărilor internaționale, regionale și naționale a demonstrat că internaționalizarea și regionalizarea dispozițiilor în acest domeniu au un impact pozitiv, creând mecanisme și instituții specializate la nivel național și stabilind măsuri legislative cu această ocazie. Majoritatea studiilor doctrinale și statistice, precum și evoluția convențională a legilor, a observațiilor și a recomandărilor din partea organizațiilor internaționale și regionale atenționează importanța obiectivului prioritar al eforturilor în scopul prevenirii actelor criminale contra minorilor, dar progresul la nivel convențional și legislativ, în special cel al Uniunii Europene în acest domeniu este modest. Ca consecință, tendința de reglementare complexă și polivalentă a protecției minorilor contra actelor criminale impune abordarea problemelor prioritare în raport cu prevenirea acestora prin stabilirea unei dimensiuni mai profunde în materie la nivel european, care ar avea ca efect unificarea dispozițiilor statelor membre.

Cuvinte-cheie: tratate internaționale, acte ale Uniunii Europene, dispoziții naționale, protecția minorilor

Le développement social et économique et a entraîné une augmentation importante de la criminalité, à partir de laquelle les gens souffrent et en particulier les enfants, les victimes de ces attentats.

Dans les conditions où les crimes ont acquis une expansion régionale, internationale, on atteste le besoin de réglementer les dispositions internationales, régionales pour la protection des enfants, cependant leur développement n'est pas directement proportionnelle à l'augmentation de la criminalité, qui a fait plus de victimes.

En outre, en dépit de la souveraineté de l'Etat, la politique criminelle y compris visant les mineurs, revient en grande partie aux réglementations nationales. Bien que les règles internationales soient destinées à imposer certaines normes minimales nécessaires pour protéger les mineurs contre les attaques criminelles. Cela aidera à créer un plafond pour les garanties nécessaires pour la protection des mineurs victimes ou des victimes potentielles.

Un rôle important au niveau européen revient au Conseil de l'Europe, qui, par ses traités, ses recommandations et des résolutions est censé d'imposer des limites réglementaires aux États membres.

Une influence plus modeste dans la protection pénale des mineurs est celui de l'Union européenne, bien que ses objectifs et de buts communs favorisent non seulement le développement économique, politique, culturel, mais aussi celui pénal, et ce sont les mineurs qui souffrent. Ainsi il est nécessaire de discuter au niveau communautaire certaines tendances plus progressistes pour la protection des mineurs, en marquant des éléments unificateurs de la législation nationale qui garantisse la protection des mineurs. Ils évitent également les différences de réglementation entre les États membres et de fournissent un cadre approprié de protection des mineurs, qui répondent aux exigences communautaires. Il est important que les normes de l'UE sur la protection des mineurs dépassent celles de la communauté internationale et du Conseil de l'Europe fait qui ferait exclure le conflit entre les normes applicables. En outre, les garanties plus positives de l'UE assureront une législation appropriée et efficace au niveau communautaire. Les règles deviendront obligatoires pour les États membres en vertu du principe d'application immédiate, de la priorité du droit communautaire sur les règles communautaires du droit national.

L'évolution des réglementations communautaires a exprimé un rôle positif dans la hausse des dispositions et de leur force juridique dans le domaine des droits de l'homme, y compris des mineurs. Le Traité de Lisbonne constitue un point important à cet égard, tant par l'octroi du statut juridique à la Charte des droits fondamentaux, comme pour le fait d'avoir offert un pouvoir de réglementation pénale à la Commission et au Conseil européen, et la possibilité de contester la violation des dispositions communautaire dans le domaine des droits de l'homme et du droit pénal de la Cour Européenne de la Justice. Le Traité de Lisbonne présente un énorme et prospère intérêt pour la protection des mineurs des tentatives criminelles, mais il reste à construire les voies et les règles permettant d'assurer un avenir prospère pour les enfants au niveau européen. Ceci peut être réalisé par les règlements et directives communau-

taires qui égalisent les législations des États membres, en assurant un niveau élevé de protection des mineurs contre les attaques criminelles.

Actuellement, la plupart des traités internationaux, les documents du Conseil de l'Europe, dans le cadre de la protection des victimes des attaques criminelles soulève l'importance de la prévention du crime plutôt que de punir les coupables et protéger les victimes.

La protection des mineurs contre les attaques criminelles est d'une importance particulière parce qu'ils sont l'avenir qui doit être atteint et auquel on doit aspirer, c'est par ce fait que nous devons offrir tout ce qui est de meilleur et bon pour eux. Ainsi, la protection des mineurs contre les tentatives criminelles incluent différentes dimensions et notamment d'incriminer les délits contre les enfants et d'établir des sanctions pour les personnes reconnues coupables du crime, de régler des circonstances aggravantes lorsque les victimes des infractions sont des mineurs, de les réintégrer dans la société.

1. La protection des mineurs contre les attentats criminels à l'échelle internationale

La protection des mineurs contre les attaques criminelles est caractérisée par la prévention de la criminalité contre eux, protéger les victimes, punir les coupables de crimes commis contre les enfants. Un système judiciaire efficace pour les mineurs est celui qui sert à la protection des mineurs et de leurs familles, qui vise à instaurer un dialogue avec les victimes et à rétablir l'équilibre et l'harmonie dans le groupe social en question, impliquant les victimes, les mineurs et leurs familles dans certains procès qui soient sensibles à leur culture. L'objectif est d'intégrer dans la société les enfants, et de faire que la justice pour les mineurs soit réintégrantel.

Les interrogations des victimes portant des indicateurs de vulnérabilité et permettant d'élaborer des mesures de protection. L'importance que la communauté internationale attache à la question des droits des victimes, y compris des enfants et a été concrétisée dans la Déclaration des principes fondamentaux de la justice, relatives aux victimes de la criminalité et aux victimes de l'abus de pouvoir. La déclaration élaborée à l'occasion du VIIe Congrès pour la prévention des crimes le traitement de la délinquance de l'Organisation des Nations Unies (Milan 1985) a été adopté par la résolution 40/34 du 29/11/1985 de l'Assemblée générale de l'ONU. L'art.1 de la déclaration définit la notion de victime en indiquant qu'il se réfère aux «personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, à savoir une à une souffrance physique ou morale, émotionnelle, une perte économique ou une atteinte grave aux droits fondamentaux, en raison d'actions ou omissions violant les lois pénales en vigueur dans un État membre, y compris ceux qui prescrivent des abus criminels de pouvoir. Il recommande également aux États membres de créer et de développer des fonds nationaux d'indemnisation pour les victimes, de ces fonds il est nécessaire de prévoir une compensation partielle ou totale aux victimes. Les

victimes mineures, qui, par leurs incapacités, l'inexpérience physique, faute d'expérience sociale, la naïveté visant l'environnement, la capacité réduite de comprendre le sens et les conséquences des comportements, sont soumis à des risques des violeurs, voleurs, escrocs. Être physiquement in évolués, naïfs et inexpérimentés psychologiquement, les enfants deviennent facilement des victimes, ils faisant partie d'une catégorie de personnes a vulnérabilité augmentée et aux particularités spécifiques psycho-comportementale dues à leur âge. (Moisescu et Mursa, 2005)

La Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte relatif aux droits civils et politiques consacrent les droits inhérents à l'existence humaine et au développement des enfants en matière de protection, de la vie, de la santé, de la liberté et du développement de l'enfant.

Ainsi, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16.12.1966 prévoit dans l'article 24, que tout enfant, sans discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit de la part de sa famille, de la société et de l'Etat aux soins exigés par le statut de mineur. Ces mesures de protection incluront, c'est selon, des procédures efficaces pour la mise en place des programmes sociaux visant à fournir un soutien nécessaire aux enfants et à ceux à qui ces enfants ont été confiés, ainsi que d'autres formes de prévention et d'identification, de rapport, de renvoi, d'instruction et d'enquête des cas de maltraitance des enfants et inclura également, conformément aux dispositions, des procédures d'intervention judiciaire. De même, la Convention de l'OIT Nr. 182 concernant l'interdiction et certaines mesures immédiates à prendre pour éliminer les pires formes de travail des enfants, exige aux États parties à adopter des sanctions pénales ou d'autres mesures contre les cas de prostitution et de pornographie impliquant des enfants. En outre, en vertu de la dite Convention, les pires formes de travail des enfants sont les formes d'esclavage, travail forcé ou obligatoire, l'utilisation ou la sollicitation d'un enfant pour la prostitution, les activités illicites, en particulier la production de drogues et leur trafic.

La Déclaration des droits de l'enfant consacre l'égalité de traitement pour tous les enfants et l'interdiction de la discrimination. De même, le principe nr. 9 établit que l'enfant sera protégé contre la négligence, de cruauté et l'exploitation, ne sera pas l'objet d'aucune forme de trafic.

La Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20/11/1989 fait obligation aux États parties à assurer une protection nécessaire à l'enfant. La Convention met l'accent sur une approche holistique des droits de l'enfant qui sont indivisibles et liés les uns aux autres. Ceci a des implications importantes pour la protection des mineurs victimes de la délinquance, car tous les droits des enfants doivent être considérés dans le système de la justice pénale. Dans ce contexte, il convient de noter que l'art. 3 de la Convention de l'Organisation des Nations Unies relative aux droits de l'enfant prévoit que dans toutes les actions concernant les enfants, qu'ils soient accomplis par des institutions publiques ou privées de protection sociale par les tribunaux ou par les autorités administratives ou des organes

législatifs, l'intérêt de l'enfant doit être considérée comme une priorité d'assurer à l'enfant une protection adéquate par le droit pénal. L'article 39 dispose que les États prennent des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger les enfants contre toutes les formes de violence, de blessures ou d'abus physique ou mental, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, lorsque les deux parents sont en charge, ou l'un d'eux, par son représentant légal, ou par les représentants, ou par toute personne chargée. L'article 32 de la Convention reconnaît le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et la participation à des travaux qui impliquent des risques ou qui empêcheraient à l'éducation ou nuisent la santé physique, mental, spirituel, moral ou social. "En plus, l'art. 35 de la Convention prévoit que les États Parties prennent toutes les mesures appropriées sur le plan national, la bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement et le traitement des enfants pour tout fin et sous toute forme. L'article 36 de la Convention prévoit que les États Parties protègent l'enfant contre toutes autres formes d'exploitation préjudiciables à tout aspect de son bien-être. En outre, l'art. 39 prévoit que les États prennent les mesures appropriées pour promouvoir la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou d'abus, de torture ou de toute autre forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cette réadaptation et cette réinsertion se déroulent dans des conditions qui favorisent la santé, le respect de la personne et la dignité de l'enfant. L'article 19 de la Convention relative aux droits de l'enfant prévoit que les États parties prennent des mesures pour protéger les enfants contre toutes les formes de violence, de blessures ou d'abus physique ou mentale, d'abandon ou de mauvais traitements, de négligence ou d'exploitation y compris la violence sexuelle, tant qu'ils se trouvent en charge des parents ou l'un d'eux, leur représentant légal ou représentants ou toute personne chargée.

Ces mesures de protection incluront, c'est selon, des procédures efficaces pour la mise en place des programmes sociaux visant à fournir un soutien aux enfants et à ceux qui ils ont été confiés, et d'autres formes de prévention et d'identification, de rapport, de renvoi, d'enquête, de traitement et de poursuites en cas de maltraitance.

La Convention de l'Organisation des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, dans l'art. 2 prévoit que chaque État partie prend les mesures législatives, administratives et judiciaires et d'autres mesures efficaces pour prévenir les actes de torture commis sur son territoire. L'article 14 de la dite Convention prévoit que chaque État afin de garantir aux victimes des actes de torture la réparation et le droit d'être remboursées de façon équitable et appropriée, y compris par la réadaptation au maximum possible. Conformément à l'article 3 du Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, on prévoit que chaque État nomme, soutient au niveau national un ou plusieurs organes d'assistance afin de prévenir la torture et autres formes de traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Malgré la réglementation internationale, le mineur peut faire l'objet de mauvais traitements, être battu par ses parents ou être négligé par eux, fait qui le met en danger. Pire encore, beaucoup de ces cas ne soient pas connus et entraîne des souffrances énormes mineur. Par conséquent, selon des règles internationales, il existe une nécessité des mesures nationales efficaces pour assurer la bonne vie et le développement de l'enfant.

2. La protection des mineurs victimes des attaques criminelles dans les documents du Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe a adopté plusieurs conventions, résolutions et recommandations visant la protection des mineurs contre les attaques criminelles. Le plus célèbre de toutes est la Convention sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales, adoptée à Rome en Novembre 1950, qui prévoit une protection adéquate des droits inhérents au développement de l'enfant et de l'existence humaine, reconnus et garantis aux États membres par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, jurisprudence qui est contraignante pour les États membres.

La Convention garantit que les principaux droits de l'homme, concernant les droits et la protection des enfants victimes, ainsi le droit à la vie, à un procès équitable, le droit au respect de la vie privée et familiale, à la liberté de l'expression et l'interdiction de la torture. Assurer la protection de la Convention européenne des droits de l'homme est considéré comme le modèle le plus élaboré de la protection judiciaire des droits de l'homme en tant que politique publique reliant la sécurité publique à un juge européen de compétence obligatoire, ce qui donne aux personnes une protection unique dans le monde (Sudre, 2006). Bien que la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles ne se rapportent pas directement à la protection des enfants, celle-ci révèle dans la jurisprudence de la Cour que met en lumière les aspects de leur vulnérabilité qui sont motivés dans ses décisions.

Ainsi, dans une de ses premières décisions la CEDH a estimé que le minimum qui peut être considéré comme un traitement dégradant est d'appliquer une sanction consistant en trois coups de chassure par-dessus son short à un élève. (Arrêt CEDH 25 Mars 1993, Costello-Roberts c. Royaume-Uni). La Cour a considéré que la sanction de flagellation a un caractère avilissement, tandis que la sentence a été rendue par un tribunal de l'île de Man et confirmée par la Cour suprême contre un jeune de 16 ans, la peine est de recevoir trois coups de bâton au poste de police local dans la présence d'un médecin et du père, le jeune devait donner le pantalon et la lingette, puis se pencher sur une table pour recevoir les grèves. Malgré le caractère confidentiel de la peine (deux personnes: le médecin et le père de la victime), la Cour a trouvé ce coup dur, a un caractère avilissant pour celui qui l'a reçu, c'est pourquoi, depuis qu'il est prévu dans l'arsenal répressif juridique dans l'île de Man, sera considéré comme un châtiment dégradant. (Decision CEDH, Tyrer c. Royaume-Uni du 25 avril 1978). Toutefois, la Commission a considéré cela en tant que traitement dégradant,

d'appliquer la peine a un élève de 16 ans, dans une école anglaise par une personne dans la présence d'une autre personne, c'était un coup visible pendant plusieurs jours. (Arrêt CEDH, Warwick c. Royaume-Uni du 18 Juillet, 1996).

Selon la jurisprudence de la CEDH les violations les plus récentes de la Convention se réfèrent à l'art. 6, 8 et 10.

Dans l'affaire Dinu C. Roumanie en France, Roumanie et France, 4 novembre 2008 le manque de diligence des autorités compétentes pour assister la requérante dans l'exécution des décisions internes définitives fixant une pension alimentaire pour son fils contre son ex-époux a été considérée violation de l art. 6 § 1 CEDH. Dans l affaire Adam c. Allemagne, 4 décembre 2008 : «Durée de procédure concernant le droit de visite en Allemagne» durée de la procédure concernant le droit de visite du père à l'égard de son fils né hors mariage et durée de la procédure concernant le droit de visite des grands-parents paternels à l'égard de leur petit-fils sont considérées violation de l art. 6 § 1 CEDH.

Dans l'affaire Clemeno et autres c. Italie, 21 octobre 2008 on prévoit que l absence de contacts entre la fillette et sa famille pendant la période de prise en charge de l'enfant et la décision des juridictions internes de déclarer la fillette adoptable constituée une violation en esprit de l' art. 8 CEDH.

Dans l'affaire Carlson c. Suisse, 6 novembre 2008 absence de célérité dans la mise en œuvre du retour de l'enfant à son lieu de résidence habituel, chez son père, aux États-Unis est considérée comme violation de l'art. 8 CEDH.

Dans l'affaire Jucius et Juciuvienė c. Lituanie, 25 novembre 2008 procédure d'octroi de la garde des deux nièces orphelines des requérants aux grands-parents de ces dernières, la Cour a arrêté qu' il y a de violation de l art. 8 CEDH.

Dans l'affaire K.U. c. Finlande, 2 décembre 2008 impossibilité pour un mineur de poursuivre la personne qui a mis une publicité de nature sexuelle sur un site de rencontres au nom du mineur et à l'insu de ce dernier, en raison du refus de divulgation de l'identité de cette personne sur la base de la législation nationale est considérée violation en lumière de l art. 8 CEDH.

Dans l'affaire Savigny c. Ukraine, 18 décembre 2008 le placement des enfants des requérants en raison de leur incapacité de leur garantir des conditions de vie adéquates a constitué la violation de l'art. 8 CEDH.

Dans l'affaire Todorova c. Italie, 13 janvier 2009 la décision des juridictions internes de déclarer des jumeaux nouveau-nés, enfants de la requérante, adoptables sans s'assurer que le consentement donné par cette dernière à l'abandon de ses enfants avait été éclairé et entouré de garanties adéquates a été considérée comme violation de l'art. 8 CEDH.

Dans l'affaire Errico c. Italie, 24 février 2009 «Placement d'enfants à l'assistance publique en Italie» retards dans la procédure pénale contre le requérant prolongeant la séparation de ce dernier d'avec sa fille constituée une violation de l art. 8 CEDH.

Juppala c. Finlande, 2 décembre 2008 condamnation de la requérante pour diffamation en raison du fait qu'elle a honnêtement exprimé au médecin de son

petit-fils son impression que ce dernier était maltraité par son père est considérée violation de l'art. 10 CEDH.

Par conséquent, selon le cas, les États continuent à fournir de garanties insuffisantes des droits des enfants, en particulier l'interdiction de la torture, le droit à un procès équitable, droit au respect de la vie privée et familiale. À cet égard, le Conseil de l'Europe a adopté la Convention sur l'exercice des droits de l'enfant par laquelle est établi aux États parties de donner aux enfants la possibilité de recevoir des informations pertinentes, d'exprimer leur opinion, d'être informés des conséquences éventuelles de toute décision. La Convention européenne sur l'adoption stipule que pour l'adoption de l'enfant, on requiert son consentement concernant le projet d'adoption.

La Charte sociale révisée de 1 Juillet 1999 prévoit que les enfants et les adolescents ont droit à une protection spéciale contre les dangers physiques et moraux auxquels ils sont exposés.

La Convention sur la Cybercriminalité du 23 Février 2001 prévoit que chaque partie doit adopter des normes visant des infractions de pornographie infantile, sa diffusion par un système informatique, l'offre ou la mise à la disposition par un système informatique, la distribution, d'achat pour soi-même ou pour d'autres personnes de la pornographie impliquant des enfants, la possession ou le stockage de la pornographie infantile dans un système informatique. La Convention du Conseil des ministres sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels de 2007 dans l'art.23 prévoit que les États prennent les mesures nécessaires pour réglementer dans l'infraction, comme circonstances aggravantes, dans la détermination de la peine, les faits suivants- la menace grave a la santé physique et mentale de la victime, l'infraction est accompagnée ou précédée d'un acte de torture ou de violences graves, le crime a été commis contre des victimes particulièrement vulnérables, le crime a été commis par un membre de la famille, une personne qui vit avec les enfants ou une personne ayant autorité, le crime a été commis par plusieurs personnes qui ont agi de concert, le crime à une organisation criminelle, l'auteur a été condamné pour des actes pareils. En outre, l'article 22 de la Convention prévoit que les États doivent réglementer la corruption des enfants dans l'infraction pénale intentionnelle, de les faire assister a des fins sexuels, sans même participer à des abus ou des activités sexuelles.

3. La protection des mineurs contre les attaques criminelles dans l'Union Européenne

Les mineurs doivent être prioritairement protégés, cela font révéler les documents internationaux, régionaux et nationaux des États membres de l'UE. Le régime juridique de protection des mineurs dans l'Union Européenne se caractérise par les traités communautaires, la réglementation internationale et du Conseil de l'Europe, qui ont été inclus dans l'acquis européen, les règlements, les directives, les décisions-cadres et les résolutions, les deux dernières ayant une force juridique inférieure.

Conformément à l'art.6 du TUE, l'Union Européenne est fondée sur des principes de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, résultant de la Convention internationale sur les droits de l'homme et des libertés fondamentales et les traditions constitutionnelles communes aux États membres. Le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière pénale est indispensable pour mettre en œuvre une politique de l'Union Européenne, on peut établir des règles minimales relatives à la définition des infractions et des sanctions dans ce domaine. Par conséquent, le Parlement européen et le Conseil peut établir des mesures pour encourager les mesures de prévention du crime, à l'exclusion de toute harmonisation des actes juridiques des États membres. Le traité sur la Communauté européenne prévoit, dans le titre 6, la Justice et les Affaires de l'Intérieur. L'article K. 1 (article 29 du TUE d'Amsterdam) prévoit que, dans le but de réaliser les objectifs de l'Union les États membres considèrent les domaines suivants comme des questions d'intérêt commun: la coopération en matière pénale et de la police en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, le trafic illicite des médicaments et d'autres formes graves de criminalité internationale. En vertu du nouvel art. 29 du traité UE l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice ... Cet objectif est atteint par la prévention de la criminalité, organisée ou autre, et la lutte contre ce phénomène, notamment le terrorisme, le trafic des êtres humains et les crimes contre les enfants, la coopération plus étroite en particulier entre la police et les autorités judiciaires, par le rapprochement des règles du droit pénal.

Le Traité de Lisbonne prévoit dans l'art.69. Paragraphe D. (2), que le Parlement européen et le Conseil, émettant par des directives en vertu de la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales en matière pénale. Ces règles tiennent compte des différences dans les traditions et les systèmes juridiques des États membres en ce qui concerne les droits des victimes des actes criminels. En outre, l'art.69 B du traité stipule que les directives du Parlement européen et du Conseil, en vertu de la procédure législative ordinaire, établissent des règles minimales relatives à la définition des infractions et des sanctions dans des domaines de la criminalité particulièrement grave ayant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou de la nécessité particulière de lutter contre ce phénomène à partir d'une base commune. Parmi ces domaines de criminalité sont: le terrorisme, le trafic des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite des drogues, le trafic d'armes, la cybercriminalité et la criminalité organisée. Le Traité de Lisbonne a apporté deux innovations fondamentales en matière des droits de l'homme et des droits de l'enfant en particulier, à savoir l'octroi d'un statut juridique à la Charte fondamentale des droits de l'homme et la réglementation des relations de l'UE avec la CEDH. Ainsi, alors que l'UE va adhérer à la CEDH, les actes communautaires sur les droits de l'homme, après avoir été contestés dans la Cour Européenne de Justice peut faire appel à la CEDH. En outre, le traité de Lisbonne donne à la Cour Européenne de Justice la compétence

d'examiner les recours des actes communautaires de droit pénal et de l'homme ainsi que les droits des enfants. La réglementation actuelle de l'UE sur la protection des mineurs contre les tentatives criminelles sont de nature générale et d'établissent certaines règles minimales à cet égard. Ainsi, la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne prévoit que les enfants ont le droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer librement leurs opinions. Leurs opinions seront prises en compte dans les questions qui les concernent en fonction de leur âge et de leur maturité. Dans toutes les décisions concernant les enfants, menées par les pouvoirs publics ou les institutions privées, les intérêts des enfants devraient avoir la priorité. Il existe également des documents communautaires sur la protection des droits des mineurs victimes d'actes criminels, sans viser ceux législatifs. À cet égard, il convient de noter la résolution du Parlement européen sur la protection des enfants et de leurs droits, qui stipule que les droits des enfants doivent être une priorité pour l'UE, condamner sans réserve toutes les formes de violence sexuelle des enfants. Ainsi, la résolution du Conseil sur la contribution de la société civile à la recherche des enfants disparus ou sexuellement exploités nr. 2001 / C 283/01 devrait favoriser la collaboration entre les autorités et la société civile grâce à la transmission mutuelle des informations nécessaire dans la recherche des enfants disparus et sexuellement exploités. La décision du Conseil portant sur l'application du Règlement (CE) Nr. 168/2007 Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, a été investie dans le domaine thématique de la protection des enfants et de leurs droits. La réglementation actuelle de l'UE n'est pas suffisante pour répondre aux exigences rigoureuses de la protection des mineurs contre les tentatives criminelles au niveau communautaire.

4. Protection des mineurs contre les attaques criminelles dans les pays européens

Assurer la protection des mineurs contre les attaques criminelles devrait être plus efficace dans la législation pénale nationale fondée sur les dispositions internationales et régionales. Les crimes contre les mineurs sont considérés comme des crimes avec un plus haut degré de danger social et punis plus sévèrement. Bien que tous les instruments internationaux et régionaux donnent la priorité à la prévention des crimes contre les enfants plutôt qu'à leurs peines, cependant, au niveau national il en a des lacunes, fait du à la législation pénale tardive ou à l'absence de mécanisme visant la protection des enfants contre des attaques criminelles.

La plupart des pays européens incriminent les infractions de meurtre, de viol, d'infanticide, d'avortement, des mauvais traitements causés à l'enfant, d'abandon des enfants, de la corruption sexuelle et la pornographie impliquant des enfants. Toutefois, le texte de ces documents varie d'un État, ainsi que l'instauration de sanctions. Plus sérieux est le fait que certains actes sociaux dangereux pour les enfants n'ont pas de couverture pénale dans certains États et qui sont tolérés, comme par exemple la

diffusion de la pédopornographie et sa diffusion est possible sur l'Internet, y compris les États qui la criminalisent. Ainsi, des images d'actes sexuels avec des mineurs sont considérées légales en Suisse et est punissable par le droit pénal en France, Angleterre, Etats-Unis, en Belgique. À cet égard, il est nécessaire de réglementer des normes communes qui interdisent la diffusion de telles images.

Un autre aspect négatif est que l'art. 6 de la CEDH exige le droit à un procès équitable impliquant des délinquants victimes dans les procès judiciaires. Les procès des mineurs ont un effet négatif sur eux. Dans de nombreux pays européens, il existe des tribunaux spéciaux pour les mineurs dotés d'un personnel qualifié qui remplit les conditions requises pour les mineurs. En outre, l'absence du représentant spécial pour les enfants, des avocats spécialisés, le psychologue et l'enseignant présents lors des procédures judiciaires sont des personnes étrangères pour les mineurs, fait qui est intimidant. Il y a des juridictions pour les mineurs en Angleterre, France, Espagne, Portugal, Italie, Autriche, Belgique, mais en Roumanie il n'y a pas de tribunaux spéciaux pour les mineurs et des juges spécialisés. En Moldova il n'y a pas également de tribunaux spéciaux pour les mineurs ou des sections spéciales à cet égard. Il serait également souhaitable d'établir des normes communes pour la protection des victimes des infractions. Dans certains pays, en France, par exemple, la victime d'un délit reçoit dans de nombreux cas, une compensation automatique de l'état avant le début de toute procédure.

En Roumanie et en Moldavie dans les procédures visant le rapport délinquant-victime, l'accent est mis principalement sur celui qui commet l'acte et beaucoup moins sur celui qui subit les effets directs de l'infraction. Toutefois, dans le Code de procédure pénale et le Code pénal roumain il n'y a pas de réglementation spécifique pour la protection, respectivement pour le traitement procédural des mineurs-victimes de divers actes antisociaux. On n'a pas de réglementation visant une manière distincte de procédure d'audition de l'enfant victime et il n'y a pas d'institutions capables de le protéger, en particulier, les intérêts qui sont traités à égalité avec les besoins des adultes. Il existe cependant un certain nombre d'actes qui sont incriminés comme des crimes et qui ont en tant que sujet passif le mineur. Ainsi, la réglementation des normes communes au niveau communautaire permettra l'unification des règles nationales et de fournir des standards communs pour leur protection.

Bibliographie

1. Radu Moisescu, Lucian Mursa, Protecția Drepturilor Copilului Victimă în Legislația Internă, Protecția Drepturilor Copilului victimă în Legislația Internă, Ghid de practici Instituționale în instrumentarea cauzelor cu minor, de Aurel Dublea, Nicoleta Ștefănoi ș.a., Ed. Asociația Alternative Sociale, Iași, 2005
2. Vasile Păvăleanu, Cooperarea judiciară în materie penală în cadrul Uniunii Europe-
ne, Revista de Drept Penal, nr. 3, București, 2009, p.27-31
3. Marcel Rusu, Protecția Juridică a minorului, Ed. Rosetti, București, 2005
4. Frederic Sudre, Drept european și internațional al drepturilor omului, coord. Raluca-Bercea, trad. Violeta-Irina Avram, Magdalena Roibu, Flaminia-Nera Stîrc-Meclejan, Andreea Verțeș-Olteanu, Ed. Polirom, București, 2006

THE MATERIAL ELEMENT OF CRIME OF DRIVING A VEHICLE BEING IN ACUTE ALCOHOL INTOXICATION OR IN INTOXICATION CAUSED BY NARCOTIC, PSYCHOTROPIC AND/OR OTHER SUBSTANCES WITH SIMILAR EFFECTS

Vitalie BUDECI, post-graduate student, senior lecturer of Law

Road safety is a sine qua non for achieving socio-economic function of the road traffic. Proper accomplishment of the important tasks of economic and social obligations involving road transport requires as a crucial condition, the existence of maximum security arrangements on the road. Only in such conditions road traffic can be economically and socially efficient and may make an increased contribution to the progress of a country.

Keywords: road safety, road traffic, driving, vehicle, acute alcohol intoxication, blood alcohol content, breath alcohol concentration.

Securitatea rutieră reprezintă o condiție sine-qua-non pentru realizarea funcției socio-economice a traficului rutier. Realizarea corespunzătoare a principalelor sarcini ce decurg din obligațiile economice și sociale care implică transportul rutier impune ca o condiție esențială, existența unor mecanisme de securitate maximă pe drum. Numai în astfel de condiții ale traficului rutier, acesta poate fi eficient din punct de vedere economic și social și poate aduce o contribuție sporită la progresul unei țări.

Keywords: securitate rutieră, trafic rutier, conducere, intoxicație alcoolică, alcool.

The objective side of the crime specified in par.(1), art. 264¹ of the Criminal Code of the Republic of Moldova (further — Crim.C. R.M.) is expressed in the prejudicial act that consists in the action of driving a vehicle by a person being in acute alcohol intoxication or in intoxication caused by narcotic, psychotropic, and/or other substances with similar effects. So, essentially, the prejudicial act is expressed in action of driving a vehicle in illicit conditions. In the case of reviewed crime, the illegal character of driving results from non-observance of the obligation, that driver of vehicle has, to avoid the acute alcohol intoxication or in intoxication caused by narcotic, psychotropic, and/or other substances with similar effects.

Driving a vehicle is that technically operation by which a person sets a vehicle going and controls it according to her aims. So, is movement of the vehicle, its being in motion. As long as the vehicle is not started, can't be spoken about its driving. At the same time, the covered distance during driving is irrelevant for the existence of the crime stipulated in par.(1), art. 264¹ Crim.C. RM¹.

1 Barbăneagră A. ș. a. Codul penal al Republicii Moldova. Comentariu. Chișinău: Centrul de

Must be retained the activity of driving, when the driver was found during he was stopping the vehicle, but from the administrated evidences results certainly that before to be stopped he was driving in that conditions. The control and handle of a vehicle impelled by hand in order to start the engine also consists an activity of driving. Also, in the situation of towing, in order to start the engine, that who is at steering wheel of the trailed vehicle effectuates an activity of driving. The control of a vehicle during its movement on a road, acclivous, by virtue of inertness, not through mechanical propulsion, is considered driving.

The essential requirement for completing the prejudicial act crime stipulated in par.(1), art.264¹ Crim.C. R.M., is that during driving the vehicle, the person has to be in acute alcohol intoxication or in intoxication caused by narcotic, psychotropic, and/or other substances with similar effects.

Therefore, it's not sufficient that person consumed the nominated substances in par.(1), art.264¹ Crim.C. R.M., either be under their influence. The necessary condition is person to be in acute intoxication (on the supposition of alcohol intoxication) or in intoxication (on the supposition of intoxication caused by narcotic, psychotropic, and/or other substances with similar effects).

The concept of "intoxication" and "acute intoxication" are judicial concepts that have normative support in the text of criminal law. Concrete, according to the par. (1), art.264¹ Crim.C. R.M., "intoxication" means the condition of psychological and functional disorder supervened after consuming of alcohol, narcotic, psychotropic, and/or other substances with similar effects. We accentuate that for interpret the provisions of par.(1), art.264¹ Crim.C. R.M. (as of another norms of criminal law), this legislative definition has priority, in comparison with another definitions of "intoxication" from other official sources, that may have some discrepancies:

- The definition of concept "intoxication" from the Regulation on way of alcohol testing and medical examination for establish the condition of intoxication and its nature, approved by Government of the Republic of Moldova Decision nr.296 from 16.04.2009: condition supervened after consuming alcohol, drugs and/or other substances that cause intoxication and have consequence the psychological and functional disorder of organism².
- The definition of concept "intoxication" from Plenum Decision nr.20/1999: condition supervened after consuming alcohol, as well as using drugs, toxic substances and other substances that cause haze, which has consequence the formation of an unusual psychological and functional condition³.

Drept al Avocaților, 2003. p.126

- 2 Regulamentul privind modul de testare alcoolică și examinare medicală pentru stabilirea stării de ebrietate și naturii ei, aprobat prin HG nr.296 din 16.04.2009//MO nr. 80-81 din 24.04.2009.
- 3 Hotărârea Plenului CSJ despre practica judiciara cu privire la aplicarea legislației în cadrul examinării cauzelor penale referitor la încălcarea regulilor de securitate a circulației și de exploatare a mijloacelor de transport nr.20 din 08.07.1999.

Beyond these discrepancies (are more formal), we have to recognize that these two subsidiary definitions help us, through the systematic interpretation, to understand the meaning of the collocation “other substances with similar effects”. We conclude that this collocation refers to other substances that alcohol (alcoholic beverages), than narcotic substances and psychotropic substances⁴.

We consider that these other substances are: narcotic or psychotropic substances analogues; drugs (others than narcotic and psychotropic substances); toxic substances; substances with strong effect. About the last two categories of substances, is needed to precise that they must cause intoxication. It's not relevant what substances consumed the offender (or the substances administrated to the offender). Is relevant that the respective substances caused him intoxication.

As has been stated above, on the supposition of alcohol intoxication (alcoholic beverages), it's not important only the presence of intoxication. In order to make difference between crime contraventions, the degree of intoxication has importance. So, it is applied criminal liability, according to the par.(1), art.264¹ Crim.C. R.M., in the case of driving the vehicle by a person in acute intoxication. On the other side, it is applied the contraventional liability according to the par.(1), art.233 of Contravention Code of the R.M., adopted by the Parliament of the RM on 24.10.2008, in the case of driving the vehicle in alcohol intoxication that exceeds the maximal admissible degree established by Government, if the act is not crime.

Appropriately, in par.(1) and (2) art.134¹² Crim.C. R.M. are formulated the definition of concepts “minimal alcohol intoxication” (that proves its significance in the case of contraventional liability) and “acute alcohol intoxication” (that proves its significance in the case of criminal liability).

In concreto, according to in par.(2) art.134¹² Crim.C. R.M. “minimal alcohol intoxication” means person's condition that has blood alcohol content from 0,3 to 0,8 g/l and the breath alcohol concentration from 0,15 to 0,4 mg/l. At the same time, according to par.(3) art.134¹² Crim.C. R.M., “acute alcohol intoxication” means person's condition that has blood alcohol content 0,8 g/l and more, and the breath alcohol concentration 0,4 mg/l and more.

Conjunction “and” from both definitions shows that must be cumulative reassembled the condition of blood alcohol content and the condition of breath alcohol concentration. Therefore will be applied contraventional liability, and not criminal liability, if, for example, the offender's blood alcohol content is 0,9 g/l, but of breath alcohol concentration is 0,3 mg/l. The same solution is required, if, for example, the offender's blood alcohol content is 0,7 g/l, but of breath alcohol concentration is 0,5 mg/l. Any other interpretation will be extensive derogator to the offender. Accordingly, it will be in contradiction with the rule fixed in par.(2) art.3 Crim.C. R.M.⁵

4 Джекебаев У.С., Вайсберг Л.М., Судакова Р.Н. Соучастие в преступлении. Алма Ата: Наука, 1981. P.112

5 Васильев А.Н. Советское уголовное право: Часть особенная. — Москва: Юрид. лит, 1957. p. 116

The nominated interpretation has its basis in the literature of speciality. These two conditions, the condition of alcohol imbibition that exceeds the legal limit and the condition of intoxication, are not necessarily equivalent. There are cases when the driver of vehicle has blood alcohol content less than 1‰, but the driver doesn't have the symptoms of this condition. The active subject has to realize the alternative requirement, to have in blood, at the date of committing the material element, an alcohol imbibition that exceeds the legal limit (0,8 g/l pure alcohol in blood), or to be at the same moment in intoxication.

In contrast with the Romanian criminal law, in autochthonous criminal law the concept of blood alcohol imbibition and intoxication are not at the same level. Consequently, according to the Romanian criminal law, are sanctioned not only the drivers of vehicles with alcohol imbibition degree that exceeds the legal limit, but those who were in intoxication at the steering wheel of the vehicle, without the possibility to determine their alcohol imbibition degree. In this last situation, the probation of offender's intoxication is effectuated on the base of clinical diagnosis, namely proving the way of behavior, attitude, orientation capacity in time and space, memory, safety of hand gestures, pupil state etc.

In the autochthonous criminal law the concept is qualitative different. Or, from art.134¹² Crim.C. R.M. results that can be attested the intoxication when the condition of blood alcohol content followed by the condition of breath alcohol concentration. Of course, on the base of clinical diagnosis can't be established with mathematic precision neither blood alcohol content, nor breath alcohol concentration.

We consider that the cumulative approach of that two conditions of the autochthon legislator is justified, approach required for a more conclusive offender's guilt. The use of breath for quantitative determines of alcohol concentration has difficulties in term of probation due to more aspects.

The results obtained with this method of determination can be not cogent, because the alveolar air proportion of breath is variable in depending on profundity of expiration (being on a par 2/3) or on individual physiological factors of tested subject, and the changes of ventilation and temperature also make heavy a correct appreciation. The specialty studies showed that although the electro-chemical determination of breath alcohol concentration represents an useful method to determine an alcohol intoxication, the results of determination represent a range of uncertainty around the values of 0,99-1,40‰⁶.

The alcohol test is effectuated by authorized persons for this purpose (police officers, medical workers, inspector of "Sobering Control" and others), instructed in the established way and respecting the sanitary-epidemiological normative in force⁷.

6 Ungureanu A., Ciopraga A. Dispoziții penale din legi speciale române. Vol.V. București: Lumina Lex, 1995. p. 132

7 Regulamentul privind modul de testare alcoolică și examinare medicală pentru stabilirea stării de ebrietate și naturii ei, aprobat prin HG nr.296 din 16.04.2009//MO nr. 80-81 din 24.04.2009, pct.9.

For effectuation of alcohol, reason is the consuming of alcohol. Drugs or other substances that cause intoxication, as well as the presence of symptoms after consuming alcohol, drugs and other psychotropic substances, medicaments with their similar effects: smell of alcohol in mouth, instability of body position, waddle, increased tremor of fingers, eyelids, tongue, inappropriate behavior, witness of examined person about consuming alcohol⁸.

The person that has the right to effectuate alcohol test is obliged:

- to verify the functional status of alcohol testing device;
- to inform the subject about his testing for existence of alcohol in breath;
- to explain to tested person the procedure of alcohol test;
- to respect the instruction about the order of alcohol test and sanitary-hygienic norms, unsealing the protective device (mouthpiece) in the presence of the examined person;
- to extract the testing results on paper, to complete it with necessary dates to serve the results on subject under his signature, thereafter annexing the protocol of contravention's finding; In the case examined person's refusing to sign the extract with testing results, he/she will make the respective mention;
- to explain the subject the right to contest, in case if disagreement, the results of alcohol test;
- to bring the person, in case when his/her breath alcohol concentration corresponds with acute alcohol intoxication, to medical institution authorized in effectuation of medical examination and necessary stupeficient assistance.

In case of founding the illicit act according to alcohol test, in additional, in protocol has to be indicated the number and/or series identification of electronic device, number of the sample. The alcohol tested person, who doesn't agree with testing procedure, device's function, testing result, has the right to contest them, by medical examination with mandatory collect of biological evidences⁹.

In this case the person is accompanied by police officer to the closest authorized medical institution, but not later than 2 hours after alcohol test. The subject's refuse to be accompanied by police officer to the closest authorized medical institution with collect of biological evidences, is considered as refuse to contest the results of alcohol test and these results are remain in force.

The conclusion of medical examination for establishing the state of intoxication and its nature is registered in protocol in the order:

- sober;
- alcohol consume, sober;
- consequences of alcohol consuming, sober;
- minimal alcohol intoxication;
- acute alcohol intoxication;

8 Ibidem. pct.10

9 Ibidem pct.12, 13

- consequences of consuming stupeficient products or substances, or medicaments with similar effects, sober;
- intoxication caused by stupeficient products or substances, or medicaments with similar effects (conclusion is established during their consummation, in case when person communicates what he had consumed or by effectuating the test for determine the drugs in biological evidences) and corresposive clinical symptoms;
- intoxication caused by substances that cause haze (conclusion being provisory and becomes final according to the laboratory results of detached evidences (blood, saliva, urine));
- coma generated by consuming stupeficient products or substances, or medicaments with similar effects;
- symptom of narcotic consummation, sober;
- symptom of alcohol consummation, sober;
- conclusion is not made, refuses the medical examination and detaching of biological evidences.¹⁰

Formulating the conclusion of medical examination for establishing the intoxication and its nature, is allowed for clinical examination results, clinical symptoms and symptoms characteristic for intoxication caused by alcohol or drugs and other psychotropic substances or medicaments with their similar effects, results of used methods, results of alcohol test and laboratory analysis.

Intoxication is defined according to the criterions of Regulation, confirmed by laboratory analysis's results of detached biological evidences.

The conclusion of medical examination for establishing the state of intoxication and its nature is communicated to the examined person, after that he signs the protocol.

In case when examined person refuse to sign, the doctor who effectuated the examination will mention this in the protocol¹¹.

The protocol is formulated in two copies, the copy will be kept 5 years in the public medical-sanitary institution that effectuated the medical examination for establishing the intoxication.

The first copy of the medical examination report is issued to the applicant to establish the state of intoxication and its nature, only by signature. Adjustments shall be prohibited in the protocol, as well as abbreviations in the description of clinical manifestation of the intoxication and its nature.

Every case of examination is registered in register that contains the following information:

- number;
- date, month, year of registration;

¹⁰ Ibidem pct.25

¹¹ Ibidem, pct. 29

- first and last name;
- year of birth;
- domicile;
- place of work, function of examined person;
- reason for sending to medical examination for establishing the intoxication and its nature;
- organization, first and last name of the person that accompanies him, number of legitimation;
- date, month, year of sending to medical examination for establishing the intoxication and its nature;
- date, month, year of effectuation of medical examination for establishing the intoxication and its nature;
- first and last name of doctor/doctors who effectuate the medical examination for establishing the intoxication and its nature;
- results of biological evidences;
- conclusion of medical examination for establishing the intoxication and its nature;
- signature of person that received the protocol or address and date of postage.¹²

Register is completed by medical assistant who participates at the medical examination and is kept in the office allocated for this:

- the sheets of register are lashed, paged and sealed;
- register is kept 5 years¹³.

Conclusion of medical examination for establishing the intoxication and its nature, including the laboratory analysis's results of biological evidences can be contested by the examined person or law body that disposed the medical examination, within 3 days from the day of declaring the conclusion, by soliciting repeated laboratory analysis in an authorized medical institution, another one that effectuated the initial investigation¹⁴.

The divergences appeared from these two, conclusions of establishing the intoxication and its nature, as well as the litigations that refers to this examination are solved, at the requirement of person or interested body, by the Control Commission of medical examination for establishing the intoxication and its nature of the Ministry of Health.

In the other side, for individualization of the punishment applied in in par.(1), art.264¹ Crim.C. R.M., it's important one of the stipulations from art.24 Crim.C. R.M.: "The causes of intoxication, its degree and influence on the commission of the crime shall be taken into consideration when determining the punishment". A special

12 Ibidem, pct. 33

13 Ibidem, pct. 34

14 Ibidem, pct.35,36

importance should be attached to the causes of intoxication. So, in descending order designating the increasing offence's gravity can be distinguished three hypotheses:

- accidental intoxication (involuntary), caused without the person's will (for example when a person considers that consumes an inoffensive liquid, that, in fact, proves to be an alcoholic beverage; when the substances were administered, free will, into offender's organism that caused intoxication etc.);
- voluntary intoxication, when the offender consumed willful the respective substances without wanting to cause himself intoxication;
- preordained intoxication, when the offender causes himself willful intoxication;

Or, according to the character i) par.(1) art.76 Crim.C. R.M., determining the punishment, is considered attenuating circumstance the committing of crime by a person in intoxication, caused by involuntary or forced consummation of the substances mentioned in art.24 Crim.C. R.M. or by consuming this substances without knowing their effect. At the same time, according to the char. j), par.(1), art.77 Crim.C. R.M., determining the punishment, is considered aggravating circumstance the committing of crime by a person in intoxication, caused by consuming the substances enumerated in art.24 Crim.C. R.M. The Court has the right, not to consider this as aggravating circumstance according as characters of crime.

In another sense, is necessary to register that in par.(2) art.77 Crim.C. R.M. is stipulated: "If the circumstances mentioned in par.(1) are also set forth in the corresponding articles of the Special Part of this Code as evidence of these criminal components, they may be not concurrently considered aggravating circumstances."

In practice of application of criminal law, this stipulation is not every time respected. Of course, it's inadmissible such a practice in par.(2), (4), (6) art.264 and in par.(1) art.264¹ Crim.C. R.M. the intoxication is an essential index, indispensable. Therefore, it will be inequitable, in the case of crime stipulated in these norms, to take intoxication into consideration at the individualization of the crime. In would be an erroneous understanding of the Principle of individualization of criminal liability and criminal punishment, fixed in art.7 Crim.C. R.M. In conclusion, the application of criminal liability according to the par.(1) art.264¹ Crim.C. R.M. or par.(2), (4) or (6) art.264 Crim.C. R.M. excludes the invocation of stipulation from char. j) par.(1) art.77 Crim.C. R.M.

In another context, must not be applied criminal liability to the person, who being in intoxication, drove the vehicle to transport a person to a medical institution who's life or health was in danger. In this hypothesis or similar hypotheses, from art.38 Crim.C. R.M. results that, will attest state of extreme necessity, that excludes the criminal character of the act. Of course, the person must realize that she/he doesn't cause more serious damages than could be produced, if the danger was not occurred by driving a vehicle in intoxication.

Finalizing the analysis of the objective side of the crime stipulated in par.(1) art.264¹ Crim.C. R.M., we'll mention that this crime is a forma one. It is considered

consumed from the moment of driving a vehicle by a person being in acute alcohol intoxication or in intoxication caused by narcotic, psychotropic, and/or other substances with similar effects.

For qualification of a crime according to the par.(1) art.264¹ Crim.C. R.M., doesn't matter if were or not produced the prejudicial consequences. The producing of prejudicial consequences exceeds the limits of the crime from par.(1) art.264¹ Crim.C. R.M. Therefore, is necessary a supplementary qualification according to art.149 or 157 Crim.C. R.M. This is in the case when the offender didn't violate any rule of traffic safety or operation of vehicles. But, if in the above conditions, he violated them, to him will be applied the liability according to par.(2), (4) or (6) art.264 Crim.C. R.M.. Of course, for qualification, it will not be necessary retained stipulation from par.(1) art.264¹ Crim.C. R.M.¹⁵.

15 Васильев А.Н. Советское уголовное право: Часть особенная. — Москва: Юрид. лит, 1957. p. 154

INTERNATIONAL LEGAL ASSISTANCE IN CRIMINAL MATTERS

ASPECTS OF THE LEGAL ASSISTANCE BETWEEN THE EUROPEAN UNION MEMBER STATES

Silvia CAPCELEA

ASISTENȚA JUDICIARĂ INTERNAȚIONALĂ ÎN MATERIE PENALĂ.

ASPECTE ALE ASISTENȚEI JURIDICE ÎNTRE STATELE MEMBRE ALE UNIUNII EUROPENE

Asistența juridică internațională în materie penală este solicitată de către autoritățile judiciare competente din statul solicitant și se acordă de către autoritățile legale ale statului solicitat, pe baza tratatelor internaționale, sau în cazul în care nu există astfel, pe bază de reciprocitate. Prezentul articol face o trecere în revistă elementelor cooperării internaționale dintre statele membre ale Uniunii Europene în acest domeniu.

Cuvinte cheie: *asistența juridică, Uniunea Europeană, principiile*

The international legal assistance in criminal matters is requested by the competent legal authorities of the requesting state and is granted by the legal authorities of the requested state, based on the international treaties, or if such don't exist, based on reciprocity.

Keywords: *legal assistance, european union, principles*

By criminal legal assistance, one understands narrowly the assistance, which the legal bodies of a state grant during the criminal procedure to the legal body in which the legal activity takes place and that consists in the execution, rendering and communication of the procedural acts necessary for the settlement of that cause¹.

According to the provisions of the art.1 from the *Law of the Republic of Moldova nr. 371 of 01.12.2006 on international legal assistance in criminal matters*, the legal assistance consists in the: transmission of the records, data and information, the communication of the procedural acts, citation of the witnesses, experts and prosecuted persons, rogatory commissions, the transfer, at request, of the criminal procedures, the extradition, transfer of the prosecuted persons, the recognition of the criminal decisions of the foreign courts, the communication of the criminal record. But the criminal assistance also comprises other forms of assistance, such as the immediate transmission of information.

The international legal assistance in criminal matters is requested by the competent legal authorities of the requesting state and is granted by the legal authorities

1 Nicolae VOLONCIU, Criminal Procedure Treaty. Special Part. Vol. II, Publishing Company Paideia, Bucharest, page 484

of the requested state, based on the international treaties, or if such don't exist, based on reciprocity.

The most important multilateral conventions in this matter were adopted under the aegis of the European Council and the United Nations Organization. At the same time, the Republic of Moldova concluded 9 bilateral treaties.

The best known Multilateral Convention and, by the nature of things, the most often used by the Republic of Moldova is the European Convention on Legal Assistance in Criminal Matters, adopted in Strasbourg on April 20, 1959. This Convention of the Council of Europe is applied by the Republic of Moldova in connection with the other 45 member states of the Council of Europe, but also with non-member states that approved it. It is complemented by the Additional Protocol from March 17, 1978 and the second Additional Protocol, from November 8, 2001. The second Additional Protocol, is not valid for the Republic of Moldova, since the inappropriateness of the signing and approval of this Protocol was ascertained.

This inappropriateness to adhere to the Protocol was focused on the problem to adjust the inner normative framework to the provisions of the Protocol, on the exhaustive analysis of the Protocol's regulating object and the legal, economic, political as well as other consequences.

Thus, the main impediment for the ratification of this Protocol consists in allowing to establish the direct communication channels between the competent legal authorities, avoiding the central bodies, which will allow to the non-constitutional Transnistrian bodies to address directly to the foreign authorities requesting the granting of the assistance in the examination of the criminal cases.

Referring to the art.33 of the Protocol, the formulation of the reserves on these regulations is not admitted. On the other side, the statements may be formulated to the art.4 of the Protocol, according to the paragraph 8 of this article, only regarding the situations when the petitions on assistance are addressed to the Republic of Moldova for execution, and not in contrary situations when the Republic of Moldova is applicant part. In this situation body of the self-proclaimed Transnistrian Republic will be able to address to the foreign authorities petitions on international legal assistance (including for the interrogation through video conferences, interrogation through telephone conference, the spontaneous transmission of information to the foreign authorities, the restitution of the goods to the legal owners, without affecting the rights of third parties in good faith, the temporary transfer of detained persons, the direct transmission by mail of the legal documents to the addressees, cross-border prosecutions, controlled deliveries, the attraction for the undercover activity of the foreign investigator, the constitution of the mixed investigation teams etc.), which will constitute a huge risk for the Republic of Moldova regarding the impossibility to assure the observance of the human rights within a criminal process in the Transnistrian region (including in terms of Ilascu case and others against Moldova before the ECHR).

The fact that the defining of the legal bodies is left at the discretion of each state is just, according to the art.6 from the Protocol. This possibility is granted to the

states and based on the art.24 of the Convention, to which our state formulated the corresponding declaration, a fact which do not hinder the committing of the abuses from the non-constitutional bodies from the Eastern region.

In conclusion, we want to highlight the fact that a solution by the Ministry of Foreign Affairs and European Integration was proposed, regarding the request of a foreign state to observe the *pacta sunt servanda* principle, which is not enough in post factum situations, because the breaches committed within the procedural actions may be attacked by the use from the parties in the process of the internal ways provided for by the criminal procedure legislation of each state in part. Thus, the interference of the executive power bodies of the Republic Moldova in the activity of the legal power of a foreign state is not possible.

Even when a solution in the favour of the Republic of Moldova is obtained, when a conflict is settled before the European Commission for criminal problems of the Council of Europe (as provided for in the art. 29 of the Protocol), there is no expedient lever to convince a non-constitutional body from the left side of Dniester river to give up on the proofs obtained by the use of unauthorized means of communication, underlying a conviction similar to that against Ilascu group.

Legal assistance petitions addressed to the states that are not part of the instruments of the Council of Europe will be formulated based on bilateral treaties, based on the UNO conventions, whether applicable or not, if any multilateral or bilateral legal instrument lacks, based on reciprocity.

Legal assistance between the European Union Member States

The Amsterdam Treaty stipulates that the European Union must maintain and develop a space of freedom, security and justice. The freedom presupposes the existence of a common legal space, in which the European citizens could address to the justice in one of the member states as well as in one's own country. At the same time, the possibility for the law breakers to exploit the differences between the states' legal systems must be eliminated, that is why it is necessary that the court decisions are recognized and executed abroad without the formalities provided for by the classical conventions of international legal assistance.

Within the Council of Europe from Tampere, Finland, from October 15 and 16, 1999 it was ascertained that the mutual acknowledgement of the decisions is the *headstone* of the legal cooperation between the member states of the European Union.

During the Dutch Presidency of the EU Council, the Hague Program was adopted, setting itself to accelerate the measures intended to give life to a common legal space.

The legal cooperation in criminal matters within the European Union is fulfilled based on some community instruments adopted based on the Title VI from the Treaty on European Union, which, lately, in the context of the decisions taken in

Tampere and Hague, are more and more based on the principle of mutual acknowledgement. If initially the Conventions prevailed, in the last years it has been opted for the solution of the adoption of some framework-decisions and decisions of the Council, presenting the advantage that the ratification by the member states is no longer necessary (For example, the EU Convention on legal assistance in criminal matters from May 29, 2000 came into force only in August 2005, since only then the condition of the 8 ratifications was achieved) and facilitates the harmonization of the legislation.

The EU Convention on legal assistance in criminal matters from May 29, 2000 represents the main legal instrument in this domain between the member states of the European Union.

This convention was adopted by the EU Council aiming at facilitating the Convention of the Council of Europe from April 20, 1959, which it complements. The community legal instrument allows the communication of the procedural acts by mail and regulates modern forms of assistance: the hearing through video-conference and by telephone, the controlled deliveries, the cross-border supervision, spontaneous transmission of information, etc. *The important thing is that, in most of the situations, the Convention allows the direct contact between the requesting and requested legal authorities.*

To identify the legal authority from a EU member state to which they can send directly the petition of legal assistance, the magistrates may use the European legal Atlas, available on the site of the European Legal Network to the address http://www.ejn-crimjust.eu.int/atlas_advanced.aspx. At the same time, they may appeal to the national contact sites of the European Legal Network.

In the Schengen space the provisions on legal cooperation from the Convention on the application of the agreement from Schengen of June 14, 1985 regarding the gradual elimination of the controls on the common borders, Schengen, June 19, 1990 must be applied.

Principle of Legal Assistance

The legal assistance may be requested (granted) based on a bilateral or multilateral treaty applicable between the Republic of Moldova and the requested state, or if such instrument is lacking, based on reciprocity. The art.3 from the Law nr.371/01.12.2006 stipulates that, when an international treaty lacks, international legal assistance may be granted on the principle of reciprocity by diplomatic channels. The reciprocity for all forms of international legal assistance is assured according to the provisions of the Criminal Procedure Code, art.536 para.(2) and namely the conditions of reciprocity are confirmed by a letter, through which the minister of justice or the Prosecutor General binds to grant, in the name of the Republic of Moldova, legal assistance to the foreign state or the international criminal court in the execution of some procedural actions, guaranteeing the procedural rights, provided for by the

national law, of the person in whose regard the assistance is executed. These provisions constitute a common right in the matter for the court authorities of the Republic of Moldova. The lack of the reciprocity does not hinder the execution on the territory of the Republic of Moldova of a request of legal assistance if:

- a) the request on legal assistance turns out to be necessary due to the nature of the deed or the imperative character of fighting against certain grave forms of criminality;
- b) the request on legal assistance may contribute to the improvement of the defendant's or convict's condition or to the social reintegration of such;
- c) the request on legal assistance may serve to the clarification of the legal situation of a citizen of the Republic of Moldova.

Generally, the request on legal assistance is formulated by the legal authorities: prosecutor, judge, investigating magistrate (where necessary).

When the Moldovan authorities are those requesting for assistance it is necessary that the requests are executed as clear as possible, and to have in view the obligatory elements of any assistance request, as well as the specific ones, depending on the activity requested to be done.

If the authorities of the Republic of Moldova are the requested ones, besides the form of request these must also check the content of such with the aim to ascertain if the request comprises the fundamental rights principles and if this can be executed.

When examining the request on legal assistance addressed to the Republic of Moldova, the following situation which may attract the refusal in granting the requested assistance will be taken into account:

- a) the criminal procedure from the requesting state does not meet or observe the conditions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed on November 4, 1950 or of any other pertinent international treaty in the domain ratified by the Republic of Moldova;
- b) the request on legal assistance is formulated in a case on the list of some extraordinary courts, others than those constituted by the pertinent international treaties, or in regard of the execution of the punishment applied by such court;
- c) the fact motivating the request on legal assistance is the object of a running procedure or this fact may also constitute the object of a criminal prosecution connected to the competence of the criminal prosecution bodies of the Republic of Moldova;
- d) accepting the request on legal assistance may involve serious consequences for the person regarded because of the age, the health condition or for any other personal reason.

In the sense of the Criminal Procedure Code, art.534 para.(1) clause 1), the following are not considered offences of political nature:

- a) the attempt on the life of a head of state or a family member of such;
- b) the crimes against the humanity provided for in the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, adopted on December 9, 1948 and the United Nations General Assembly, to which the Republic of Moldova adhered according to the Parliament's Decision nr.707-XII from September 10, 1991;
- c) the offences provided for in the Geneva Convention from 1949 for the improvement of the fate of the injured and diseased from the campaign armed forces at the art.50, in the Geneva Convention from 1949 for the improvement of the fate of the injured, diseased and castaways of the maritime armed forces at the art.51, in the Geneva Convention from 1949 on the treatment of war prisoners at the art.129 and in the Geneva Convention from 1949 on the protection of civil persons during war time at the art.147, to which the Republic of Moldova adhered according to the Parliament's Decision nr.1318-XII from March 2, 1993;
- d) any similar violation of the laws of war, which is not provided for in the Geneva Conventions enumerated at letter c);
- e) the offences provided for in the European Convention for the punishment of terrorism at the art.1, adopted in Strasbourg on January 27, 1997, in other pertinent international treaties;
- f) the actions provided for in the Convention against the torture and other punishments or cruel, inhuman or degrading, adopted on December 17, 1984 by the United Nations General Assembly;
- g) any other offence the political character of which was eliminated by the international treaties the Republic of Moldova is part of.

Ne bis in idem

Ne bis in idem is a fundamental principle known in most of the lawful systems, according to which a person can undergo a criminal investigation only once for the same deeds.

This principle is found in most of the international instruments, by choice in the art.4 from the 7th Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms from November 22, 1984 and in the art. 14 paragraph 7 from the International Convention on Civil and Political Rights from December 19, 1966. According to these instruments the principle is compulsory only for the state in which the criminal decision was pronounced (at national level), which does not hinder other states to start or continue the criminal procedures for the same deed². The situation is different in the event of the art. 53 – 57 from the European

² Art. 4 paragraph 1 from the Protocol 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms from November 22, 1984 „No one shall be liable to be tried or

Convention on the international validity of the repressive decisions from May 28, 1970, Hague and the art. 35 – art.37 from the European Convention on the transfer of criminal procedures from May 15, 1972, in the sense that both conventions recognize the transnational effects of the principle, instituting numerous exceptions.

At the level of the European Union, the principle is regulated by the art.50³ from the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the art.54 – art.58 from the Convention of applying the Schengen Agreement from June 19, 1990, the art.4 from the Convention on the Protection of the Financial Interests of the European Communities from July 26, 1995⁴, the art. 7 from the Convention on the Fight against the acts of corruption committed by the officials of the European Community or the officials of the European Union Member States⁵, the art. 3 and 4 from the Framework Decision on the European bench warrant.

A special contribution under this aspect is attributed to the Convention of applying the Schengen Agreement. The Convention binds to the application of the principle between the Member States at transnational level. The Convention introduces in the legal order of the European Union Member States a „ne bis in idem” resulting from the decisions of conviction or acquittal, which were pronounced in other Member States.

The principle knows three exceptions in this case as well, according to which, the interested Member State may prosecute a person in criminal proceedings even if such has been finally convicted in other Member State⁶.

Under the aspect of legal assistance, the principle ne bis in idem rises the question if, in the event when the Moldovan or foreign authorities (depending on the position they hold) are requested assistance in a case in which these have already pronounced a final decision or execute researches. The answer is different depending

punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been convicted by a final decision in accordance with the law and penal procedure of that State.”

3 No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted within the Union, by a final decision, according to the law.

4 The Convention is ratified by all Member States and is in force from October 2002.

5 The Convention was ratified by all Member States.

6 The Article 55 allows to the Member States the formulation, at the date of ratification, of statements by which these reserve the right not to apply the principle in the following situations: a) the deeds referred to in the foreign decision were committed entirely or partly on the territory of the Member State. In this case, the exception is not applied if the facts were committed partly on the territory of the member state where the decision was pronounced; b) the deeds referred to in the foreign decision constitute an offence against the safety of the state or against other essential interests of the Member State; c) the deeds referred to in the foreign decision were committed by an officer of the Member State by the breaching of his official liabilities.

on the situations which might occur: the person was acquitted, if he had already executed the punishment, if the criminal investigation is running, if the assistance is requested for the investigation of the participants at the committing of the offence or for the revision of the final decision. Also, in the event of the offences of drug trafficking or of other offences knowing several normative modalities, the legal assistance can be granted or not.

Bulgaria, for example, according to its declaration to the art.2 from the European Convention of Legal Assistance in Criminal Matters, reserved the right to refuse the assistance if regarding the same person and for the same deeds there runs a criminal procedure or a final criminal decision has been pronounced or if the cessation of the criminal procedure or the acquittal of the person involved has been ordered. At the same time, Cyprus reserved the right to refuse the assistance if the person constituting the object of the request on assistance has been convicted by the Cyprian authorities for an offence resulting from a law-breaking activity, the same which lead to the investigation of the person in the requesting state.

Double incrimination

On principle, the legal assistance may be granted in the widest possible manner. The international legal assistance is not admissible if in the Republic of Moldova or in any other state a criminal proceeding for the same deed has been carried out and if:

- a) by a final court decision the acquittal or cessation of the criminal proceeding was ordered;
- b) the punishment applied by a final convicting court decision was executed or constituted the object of a reprieve or the amnesty in the aggregate or on the non-executed part.

Specialty of Legal Assistance

According to the specialty principle, the authorities are not entitled to use the documents obtained in the result of the execution of the request for other reasons than those for which the assistance has been requested. The liability to observe the specialty may arise from a bilateral or multilateral treaty when the assistance is granted based on reciprocity, from the assurance granted at the request of the requested state. As a whole, in the case of the multilateral treaties such liability is not provided clearly in the text, the member states being able to formulate reserved according to which these reserve the right to grant assistance under the condition to observe the specialty rules. Even in the case of the treaties in which such regulation exists, it is provided not as a liability, but as a possibility.

In the case if such reserve has not been formulated or if the assistance is granted based on reciprocity, the specialty rule is applied as the requested authorities im-

pose or not such liability, at the date in which the acts fulfilled in the settling of the request are transmitted.

Need and proportionality of the assistance

Regarding the granting of the assistance, it is wrong to consider that the requesting state must request for assistance only after its internal means for the criminal investigation of the offence being the object of the case have been exhausted. The important thing is that the assistance granted must respond to the requests of the foreign authorities, this to the extent to which it does not affect some fundamental interests of the Republic of Moldova (the limits of legal cooperation) or do not breach the principles of fundamental right. At the same time, the authorities of the Republic of Moldova must set limits for what was requested, and to the extent to which, for the granting of the assistance, additional information is necessary, to request for the transmission of such.

The response to the request for assistance must comprise only those acts requested by the foreign authorities or those that could have relevance for such (in no case the entire folder will be transmitted).

In conclusion we may say that the unprecedented extension of the rod of criminality determined this tight international cooperation aiming at increasing the efficiency of the criminal justice systems.

LES DROITS RECONNUS AUX VICTIMES D'ACTES DE TERRORISME

Cristina ILIEV, docteurant

Critique: Serghei ȚURCAN, docteur es droit, maître de conférences universitaire

Le phénomène terroriste est mondiale, la communauté internationale cherche assidument à prévenir et réprimer ces actes atroces. Alors que la situation des victimes qui subissent les conséquences des actes terroristes reste incertaine. Néanmoins, récemment des normes juridiques viennent soulignées le statut, les besoins et les droits fondamentaux des victimes d'actes terroristes. De plus en plus on met l'accent sur la place des victimes et la protection de leurs droits à être assistées, informées, protégées, conseillées et indemnisées suite à la douleur et la perte matérielle soufferte après un acte terroriste.

Mots-clés: droits, victime, terrorisme, droits fondamentaux des victimes d'actes terroristes, assistance, l'accès à la justice, droit d'être protégé, droit d'être informé, droit d'être assisté.

DREPTURILE RECUNOSCUTE VICTEMELOR ACTELOR TERORISTE

Fenomenul terorist este unul mondial, comunitatea internațională cu perseverență caută să prevină și combată actele teroriste. Iar situația victimelor care îndură consecințele acestor acte teroriste rămâne una nesigură. Totuși, ultimii ani, norme juridice regionale și internaționale vin să specifice statutul, necesitățile și drepturile fundamentale ale victimelor actelor teroriste. Tot mai mult și mai mult se pune accent pe locul victimelor și asigurarea drepturilor lor de a fi asistate, informate, protejate și indemnizate urmare suferinței și prejudiciului material provocat de un act terorist.

Cuvinte-cheie: drepturi, victime, terorism, asistență, acces la justiție, dreptul de a fi protejat, dreptul de a fi informat, dreptul de a fi asistat.

Le terrorisme est aujourd'hui considéré comme une menace contre la paix et la sécurité internationale: il répand partout l'horreur et touche aveuglement les personnes. En effet, d'un terrorisme plutôt cible, comme l'était celui du XIX^{ème} siècle qui s'attaquait soit à des hommes d'Etat bien identifiés ou à des membres de corps de l'Etat bien repérés tels que la police ou l'armée, nous constatons que nous avons à faire face, la plupart du temps, à des actes de terrorisme qui frappent aveuglement et font de nombreuses victimes. Il suffit pour s'en persuader de citer, entre autres, les attentats du 11 septembre, ceux de Madrid du 11 mars 2005. C'est pourquoi, dans toutes les enceintes — régionales et internationales — la lutte contre le terrorisme constitue depuis de nombreuses l'une des préoccupations majeures de tous les Etats de la communauté internationale. Ainsi, les différents aspects et stratégies de cette

lutte ont été consacrés à la fois par des instruments régionaux et universels et par des résolutions du conseil de sécurité et l'Assemblée générale des Nations Unies.

Toutefois, au regard des stratégies auxquelles ces différents textes font référence, quelle est la place accordée aux victimes des actes de terrorisme ? La riposte des actes terroristes existe, mais elle ne prend que très rarement en compte les victimes de ces actes.

En réalité, il faut sortir du cadre exclusif du terrorisme pour trouver des normes qui s'intéressent aux victimes. Il s'agit, au niveau universel de la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*¹, de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (article 8), du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques (article 2). Au niveau régional on peut citer, à titre d'exemple, la convention européenne relative au dédommagement des victimes² et la décision cadre de 2002 et la proposition directive de 2002³.

Au vu de toutes ces normes internationales comme régionales, il est possible de dégager un certain nombre de droits fondamentaux applicables à toutes les victimes d'infractions, en particulier celles des actes de terrorisme, et qui forment une sorte de « statut de la victime ». Certains de ces droits sont expressément reconnus, d'autres restent à préciser. L'assistance à la victime doit être une préoccupation constante de la politique criminelle au même titre que le traitement pénal du délinquant⁴. L'article premier de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales indique qu'aux fins de la décision-cadre on entend par victime « la personne physique qui a subi un préjudice, y compris une atteinte à son intégrité physique ou mentale, une souffrance morale ou une perte matérielle, directement causé par des actes ou des omissions qui enfreignent la législation pénale d'un Etat membre ». Dans le cadre de notre étude, nous nous référons à la définition dominante fournie par la résolution 40/34 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Selon cette résolution « on entend par **victimes**, des personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle, ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions qui enfreignent les lois pénales en vigueur dans un Etat membre, y compris celles qui proscrivent les abus criminels de pouvoir ». Une « victime » peut être également la famille proche ou les personnes à la charge de la victime directe et les personnes qui, en intervenant pour venir en aide à une victime ou pour empêcher la victimisation, ont subi

1 Adoptée par la résolution 40/34 du 29 novembre 1985 de l'AGNU

2 Elaborée par le Conseil de l'Europe le 24 novembre 1983

3 Ces deux normes sont l'œuvre de l'Union européenne respectivement le 15 mars 2001 et le 16 octobre 2002

4 Conseil de l'Europe, *Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes*, rapport explicatif, Bureau des Traités, STE n° 116.

un préjudice. La définition distingue trois types de victimes : — les personnes qui subissent un préjudice direct; — les personnes à la charge d'une victime directe ou des membres de sa famille qui souffrent indirectement de la victimisation première; — les personnes qui subissent un préjudice en intervenant pour venir en aide aux victimes ou pour empêcher la victimisation.

Alors l'assistance doit comporter des mesures visant à réparer aussi bien la détresse que les dommages matériels de la victime. Ainsi, c'est plus qu'une simple indemnisation, c'est une vraie assistance aux victimes.

Le respect et la défense des droits de l'homme — non seulement des personnes soupçonnées de terrorisme, mais également de celles qui en sont victimes ou en subissent les conséquences — est le dénominateur commun à tous les volets d'une stratégie antiterroriste efficace. En d'autres termes, l'Etat a une responsabilité en matière de protection contre le terrorisme, des lors que celui-ci constitue une violation du droit à la vie.

L'assistance en matière de terrorisme doit viser à répondre aux besoins et aux préoccupations des victimes, en identifiant les moyens à mettre en œuvre pour leur venir en aide et protéger leurs droits fondamentaux en excluant tout arbitraire et tout traitement discriminatoire ou raciste. L'extension de l'assistance aux étrangers victimes d'infractions violentes paraît s'imposer, en raison notamment de la manifestation de solidarité et d'équité que traduit la contribution de l'Etat à l'indemnisation de la victime. Cet élan de solidarité doit s'étendre, sous certaines conditions, à d'autres personnes se trouvant sur le territoire de cet Etat.

D'après un avis du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, au Comité d'Expert de lutte contre le terrorisme du Conseil (CODEXTER), la protection accordée aux victimes devrait couvrir de nombreux autres aspects, tels que l'assistance d'urgence et à long terme, l'accès effectif à la justice — notamment l'accès aux procédures pénales —, l'accès à l'information et à la protection de leur vie privée et familiale, de leurs dignité et sécurité, notamment lorsqu'elles coopèrent avec la justice.

L'accès à la justice et au traitement équitable

Le droit d'accéder à la justice des victimes des actes de terrorisme est corollaire à l'obligation pour chaque Etat de fournir un recours légal national à une victime de violations des droits de l'homme et des normes du droit international humanitaire commises sur son territoire. Des dispositions de nombreux instruments de protection des droits de l'homme l'exigent expressément ou tacitement. Il en va ainsi, entre autres de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de la Convention européenne des droits de l'homme, de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

Il ne s'agit pas d'un vague droit d'accès qui est préconisé, mais l'aménagement de procédures qui soient « *rapides, équitables, peu coûteuses et accessibles* ». Le droit d'accès d'une victime aux instances judiciaires comprend l'accès à tous les mécanismes publics disponibles dans le cadre des législations nationales en vigueur et en vertu du droit international. Il faudrait veiller à ce que les obligations de droit internationales garantissent le droit d'accès individuel ou collectif aux instances judiciaires et à un procès équitable trouver une place dans les législations nationales. Le droit d'accéder à la justice permet non seulement de considérer la personne de la victime, mais aussi à celle-ci d'entamer une procédure pénale qui prévoit des sanctions judiciaires ou administratives à l'encontre des personnes responsables des actes dont elles souffrent.

En outre, signalons que l'accès à la justice est primordial : la victime ne doit pas être freinée du fait de dépenses à engager, qu'il s'agisse de caution, de frais de procédure ou d'avocat.

Selon la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, les victimes doivent être traitées avec compassion et dans le respect de leur dignité. Dans cet esprit, les victimes d'actes de terrorisme doivent se voir reconnaître un certain nombre de droits complémentaires de celui relatif à l'accès à la justice qui ouvre certes le droit à la réparation. Il faut, en effet, reconnaître que la souffrance des victimes des actes de terrorisme ne peut se satisfaire que de la fonction retributive de la justice pénale. C'est la raison pour laquelle des services leur sont reconnus. Les missions des services destinés aux victimes sont multiples : information, accueil, écoute, protection, soutien, accompagnement, du jour de la révélation de la victimisation à la réparation du préjudice.

Le droit d'être informé

Aucun droit ne peut être mis en œuvre si son titulaire n'est pas informé de son existence. Le droit à l'information doit être mis au premier plan et être très accessible car les règles de droit sont très compliquées et complexes et la culture judiciaire et juridique du citoyen moyen est très faible. Le devoir d'information pèse sur tous les intervenants, tout au long de la chaîne judiciaire, du dépôt de la plainte à l'exécution du jugement. L'information en question doit concerner aussi bien la connaissance générale des droits et obligations pesant sur les victimes que la connaissance particulière des différentes phases du procès ou simplement de l'enquête qui les concerne. L'information porte également sur les droits dont dispose précisément la victime pour faire aboutir ses demandes, relativement aux indemnisations qu'elle est en droit d'attendre.

Le droit d'être assisté ou accompagné

Pour pouvoir comprendre l'action judiciaire, les victimes ont besoin d'un conseil qui les oriente et les conseille dans leurs choix. Le recours à un conseil (il s'agit ordinairement d'un avocat) sera facilité aux victimes qui ne disposent pas des moyens

financiers nécessaires (tel est le cas, par exemple en France, de l'objet de l'aide juridictionnelle).

Le personnel des services de police, de justice et de santé ainsi que celui des services sociaux doit recevoir les formations appropriées qui les mèneront à être sensibilisés aux besoins des victimes ainsi qu'à la connaissance des institutions qui pourront garantir une aide rapide et appropriée à celles-ci⁵. Il est nécessaire d'insister sur le fait que les victimes des actes de terrorisme se trouvent dans une situation très spéciale qui nécessite l'appui de services particulièrement compétents du fait du traumatisme subi.

Afin de couvrir les besoins immédiats des victimes d'actes terroristes, les Etats devraient assurer une assistance d'urgence appropriée et gratuite, notamment médicale, psychologique, sociale; ils devraient également faciliter aux victimes, à leur demande, l'accès à une assistance spirituelle. Concrètement, les actions éligibles sont une assistance médicale immédiate et les mesures de protection contre les risques sanitaires, notamment par l'examen des victimes par des médecins compétents, la fourniture de médicaments, de matériel médical et de vaccins. Toutes ces mesures visent à contre-carrer des maladies dont la durée d'incubation peut prendre plusieurs années, mais aussi des maladies chroniques dont ne seraient pas encore guéries certaines victimes faute de soins. Cette assistance doit s'étendre à une prise en charge psychologique et sociale aux victimes directes d'actes de terrorisme et à leur famille.

Le droit d'être protégé

De manière générale, la victime encourt des risques en s'adressant à la justice. La révélation de l'auteur de l'infraction et la dénonciation de son auteur peuvent conduire ce dernier ou ses acolytes à vouloir intimider la victime ou s'en prendre à ses proches. L'Etat doit donc, dans le cadre de sa mission de l'ordre public, se préoccuper du sort et de la sécurité des victimes de terrorisme. Il ne s'agit pas seulement d'élever le niveau du plan de la sécurité nationale et d'abandonner les victimes à leur sort. Les victimes doivent également être protégées des médias. L'avidité populaire pour le fait divers conduit parfois les journalistes à dépasser le cadre objectif du droit d'informer. Ainsi, la publication de photographies représentant très concrètement les victimes dans le drame ne devrait pas avoir lieu, au moins qu'avec leur plein consentement.

Le droit de la victime d'actes terroristes à être indemnisée consiste dans le versement d'une somme d'argent pour réparer le dommage subi par la victime d'un fait criminel. La réparation est désormais largement admise même si sa mise en œuvre pratique pose encore des difficultés. Néanmoins ce sujet doit être soumis à des développements plus poussés, dans une autre étude, compte tenu de son importance à l'heure actuelle.

5 Résolution 40/34, op-cit., §§ 14 à 17

THE CHARACTERS AND THE LEGAL GUARANTEES OF THE PROPERTY RIGHT

Rodica CIUBOTARU, master of laws

Recenzent: Natalia OSOIANU, PhD, senior lecturer

The property right appears as a subjective right that gives a legal form to the acquisition of a property item and permits a subject of law — a person — to possess, to use and to dispose of this item in a direct and straightforward way, with the help of his own resources and on his behalf, or indirectly, as an effect of proprietor's evaluation of principal real property rights obtained over the object on the basis of and in accordance with legislation in force. In the context of these hypotheses, starting with the idea of certain new civil regulations, the author has laid down an aim of examining the characteristics and legal warranties of the property right.

Keywords: property right, possession, using, disposing

CARACTERELE ȘI GARANȚIILE LEGALE ALE DREPTULUI DE PROPRIETATE

Dreptul de proprietate apare ca acel drept subiectiv care dă formă juridică apropierii unui bun și care permite subiectului de drept, persoanei să posedă, să folosească și să dispună de lucrul respectiv, fie direct și nemijlocit prin putere proprie și în interes propriu, fie indirect și mijlocit ca efect al punerii în valoare de către titularii lor a drepturilor reale principale constituite asupra lui în cadrul și cu respectarea legislației în vigoare. În lumina acestor ipoteze, pornind de la ideea unor noi reglementări civile, mi-am propus spre examinare caracterele și garanțiile juridice ale dreptului de proprietate.

Cuvinte cheie: drept de proprietate, posesie, folosință, dispoziție

Among the most diverse wishes and tendencies of human being that reflects its economic nature, an important place occupies its interest to own goods. The property generates safety in the direct complicity of human to property and phenomena and thereby continuously urges him to act for the preservation and rational use of objects in the surrounding world.

Since ownership is an important legal institution of civil law whose practical application is found more frequently in the relations between people, because more often a good or a set of goods belongs to the owner, I decided that knowing this institution in the smallest details would be an essential premise in finding the most optimal means to exercise it.

In the Article 315 of the Civil Code of Moldova only the perpetuity of ownership is revealed¹. But the exclusive nature of property rights is specified in article 127 of

¹ Civil code of the Republic of Moldova No. 1107 of 06.06.2002. In: Official Journal of the

the Constitution of the Republic of Moldova, only public property. The prevalent opinion in the special literature is that these two legal characters are the grounds for the existence and exercise of ownership rights by its owners. The legal definitions of property rights in other states contain also an absolute feature, so the owner has the right „to enjoy and decide the destiny of a good exclusively and absolutely”².

Of course, in accordance with constitutional provisions, Article 46 and Article 316 of the Civil Code of the Republic of Moldova, ownership is guaranteed and inviolable. However, it must be exercised by its owners within the limits disposed by law and in accordance with the rules of social cohabitation.

a) Fundamental characteristics of ownership:

— *Absolute character.* The dominant philosophical current during the preparation and adoption of the French Civil Code was characterized in terms of interesting us aspect by the idea that any restriction on the powers that ownership confers on its holder is inadmissible. For the revolutionaries of 1789 years the property is inherent to human nature so that a restriction of this right is an attack against the person. But this was not the legal sense of the absolute character chosen by the editors of the French Civil Code. They understood that the property cannot be defined only by its relations; limits generated either the existence of other adjacent landowners, requiring regulation of the coexistence, or by socio-economic interests belonging to the society.³ Ownership is the only absolute real right in the sense that its existence does not depend on any other rights that would serve as the basis for its establishment. In other words, ownership is defined by itself and not by reference to other rights⁴.

Therefore, ownership is absolute, because it is recognize to its owner in its relations with all others who are obliged to respect the prerogatives of ownership and to do nothing of the kind to breach, or impede him in the performance of the attributes conferred to him by this right.

Also, ownership is absolute in the sense that it can be exercised, usually as a whole, in terms of all three of its attributes, but this does not mean that it cannot be dismembered; by contrary, its attributes can be separated, possession and use can be exercised by others than the owner, of course, but with his consent. The basic rule on the absolute character of ownership, according to the judges from Austria, Hungary, France, and Germany starting with Nineteenth century and until now, the absolute character of ownership was discussed and often criticized. In this way new doctrines have emerged, saying that it is not absolute but limited because ownership is exercised within the limits determined by law⁵.

Republic of Moldova, No. 82-86 of 22.06.2002, art. 315.

2 Civil code of Romania from 01.12.1865. Bucharest: Lumina Lex, 1994, art. 480.

3 French Civil code of 30.08.1816. France: Dalloz, 1999.

4 Chelaru E. Drepturile reale principale: Curs de drept civil. București: ALL BECK, 2000, p. 17-18.

5 Filipescu I. Dreptul civil, Dreptul de proprietate și alte drepturi reale: Ediție revăzută și completată. București: ALL BECK, 1998, p. 58-59.

— *Completeness character* Since Justinian it is stated that ownership is a full right as it gives to its holder the “*plena in re potestas*”, ie all three attributes: the possession, use and disposition. This character distinguishes it from all other real rights total, elements of ownership, which are not complete as far as it gives only partial exercise of these attributes. Thus, referring to these elements of the ownership, compared with the property right that is generating them, their owners are the beneficiaries of restricted attributes. Thus, its usufructuary has only right of possession and use. None of the holders of property rights component does not have among the attributes that gives them these rights, the disposition right, be it material o legal. A loss of the disposition attribute is equivalent to loss of ownership itself⁶.

— *Exclusive character* Besides the fact that property rights are complet, it is also an exclusive right, meaning that the attributes or powers inherent to this right are not only full, but also independent of any other person’s powers over the respective good, except the cases where property is dismantled. The idea of exclusive right highlights the fact that this right is exercised by its holder only, with all the attributes of ownership recognized and the exclusion of others people, which means that a good cannot be in the same time wholly own by several property owners. This character appears also in the art. 1 of the Law on the property stating that the owner is entitled to possession, use and disposition of his property, which means that the owner is allowed to do what he want with his property. As we can see, this character derives from the default attributes of the owner. Finally the exclusivity operates not only in relations to others but also to the state⁷.

However the right of ownership may be limited and without the owner’s consent. It is possible that by law, to set up to the benefit of certain person real rights that can to be imposed to the owner, regardless of their will.

This derives from Article 315 para. 3 of the Civil Code, stating that the ownership may be limited by law or by the rights of a third party⁸. In the same sense, the legal status of construction land properties requires a number of obligations which are restrictions to the exclusive ownership of property.

— *Perpetuity and transferability* “Ownership is perpetuating by transmission” said with power of a principle, a French author. In other words “life” of ownership is extended through the transmission of a heritage to another, from one person to another. Beyond biological limits of human life, which is limited in time, by sending it from one person to another, ownership is becoming permanent. Thus, transmission occurs in this situation as a logical and practical corollary of the perpetuity of ownership. Perpetuity of ownership means that this real right exists as long as good exists. It does not disappear by being unused. This character of ownership resides directly

6 Baeșu S. Drept Civil: Drept de proprietate. Chișinău: Arc, 1995, p 25-30.

7 Roșca N. Dispoziții generale privind dreptul de proprietate. În: Revista Națională de Drept, 2004, nr. 11, p. 5-7.

8 Civil code of the Republic of Moldova No. 1107 of 06.06.2002. In: Official Journal of the Republic of Moldova, No. 82-86 of 22.06.2002, art. 315 para.3.

from the content of art. 315 par. 2 of the Civil Code of Moldova. Please note that the ownership of an asset should not necessarily belong to the same owner continuously over time, the good and the right on it can be transmitted by acts between alive or acts for the cause of death, which means that by its transmission, ownership is in perpetuating in another patrimony. So the specific for the perpetual character of ownership is the duration of existence of its object, regardless of patrimony in which it is contained in the time period of its existence. Ownership of property can pass from a person's heritage to another person's patrimony because of voluntary causes or due to force, imposed to their owners. It should be noted that the forced passage of owned to the state can be made only in cases and under conditions provided by law. For example, expropriation for the public interest is expressly provided in the Constitution, Art. 46 para. 2 and art. 316 of the Civil Code of the Republic of Moldova. So the perpetual nature of ownership is revealed by the fact that it is a hereditary right, it is inalienable in terms of extinction, is inviolable and may not be transferred by coercion. However, the right of property compels to the observance of all the tasks and limits foreseen by law or custom, to which the owner should obey⁹.

— *Legal character*, according to which the ownership content and the exercise of the prerogatives of the owner are determined by law. The law itself establishes the rights and obligations of the owner, modes of acquiring and termination of property rights, so any owner should act in accordance with the provisions established by law¹⁰.

Usually ownership is presented as a pure, simple right, belonging exclusively to a single owner. Certainly, the power exerted on the object represents its own power and it is not delegated or borrowed from the state. It should be emphasized that during the emergence of socialism, the role of the Institute of ownership was in decline. At that time the property loses its meaning, because private property itself ceases to exist and only the state had the right to acquire ownership of a good.

But today the transition to market economy in Moldova led to great changes in all spheres of social life, thus determining the appearance of new business units, changing the government, adopting the new Civil Code. A new emphasis in social life is attributed to ownership in its new forms that are recognized and protected by law.

9 The Constitution of the Republic of Moldova of 29.07.1994. In: Official Journal of Republic of Moldova, No.1 of 12.08.1994, art. 46.

10 Ursu I., Angheni S. Dreptul civil: Drepturile reale, Teoria generală a obligațiilor civile. București: Oscar Print, 1998. Vol. II. p. 75 -78.

CONDUITA ILICITĂ — PREMIZĂ A RĂSPUNDERII CIVILE

Diana Anca ARTENE, doctorandă

ILLEGAL BEHAVIOUR — A PREMISE OF CIVIL LIABILITY

A matter of right conduct is unlawful if between it and the disposal of legal rules is an incompatibility. The fault therefore means a behavior, action or inaction that rejects a legal provision. Unlawful nature of conduct stipulated in the legal norm is left to the subjective impression of a person or another.

Keywords: *illegal behaviour, civil liability, error*

În prezentul articol se face o trecere în revistă a principalelor elemente ale conduitei ilicite ca fapt generator de răspundere civilă și se trasează liniile directoare.

Cuvinte cheie: *conduită ilicită, răspundere civilă, greșeală*

O conduită a unui subiect de drept este ilicită dacă între ea și dispoziția unei norme juridice există o incompatibilitate.¹

Prin conduită ilicită se înțelege deci un comportament, acțiune sau inacțiune, care nesocotește o prevedere legală.²

Caracterul ilicit al comportamentului este stipulat în norma juridică și nu este lăsat la aprecierea subiectivă a unei persoane sau a alteia.³

1. Considerații generale

În doctrina s-a arătat că aprecierea iliciteții se face, de regulă, prin observarea, descrierea naturii acțiunii sau inacțiunii săvârșite de autorul ei în raport cu natura juridică corespunzătoare, sau prin măsurarea ei în raport cu consecințele faptei, care se circumscriu în conținutul conduitei.

Când consecințele sunt negative, păgubitoare în raport cu o normă suntem în prezența iliciteții, chiar dacă autorul faptei nu a prevăzut și nu a urmărit de la început producerea lor ori nu a avut reprezentarea producerii lor.⁴

S-a spus, că atunci când faptele indivizilor sunt contrare legii sau regulilor de conviețuire socială, având ca efect încălcarea drepturilor subiective sau cel puțin a

1 N. Popa: „Teoria generală a dreptului“, Editura Proarcadia, București, 1996, p.325.

2 D. Țop: „Introducere în studiul dreptului“, Editura Daniel, Târgoviște, 2000, p. 160.

3 D. Mazilu: „Teoria generală a dreptului“, Editura All Beck, București, 1999, p.317.

4 L. Barc: „Răspunderea și sancțiunea juridică“, Editura Lumina Lex, București, 1997, p.98.

intereselor altuia, interese care nu sunt potrivnice normelor juridice sau moralei, acestea sunt ilicite.⁵

De asemenea, s-a arătat că fapta ilicită constă într-o comportare nepermisă, neîngăduită de lege, care contravine prevederilor normei juridice⁶ sau în orice faptă prin care încălcându-se normele dreptului obiectiv, sunt lezate drepturile subiective sau interesele legitime ale altei persoane, cauzându-se acesteia prejudicii.⁷

2. Noțiune

Pe planul teoriei generale a dreptului, noțiunea de faptă ilicită are o sferă largă cuprinzând orice abatere de la normele legale, chiar dacă abaterea nu se răsfrânge direct și nemijlocit asupra prejudicierii unui anumit drept subiectiv, întrucât prin această încălcare se aduce atingere intereselor majore ale indivizilor, cărora legea nu le dă expresie și ocrotire.

Caracterul ilicit se stabilește în legătură nemijlocită cu o prescripție cuprinsă într-o normă juridică. Neobservarea și încălcarea prescripției cuprinsă în norma juridică lezează ordinea de drept, echilibrul vieții sociale și pun în pericol siguranța circuitului juridic.⁸

În drept, iliceitatea este o noțiune controversată, fiind asociată uneori culpei, vinovăției, iar alteori prejudiciului, susținându-se că existența culpei face să se prezume caracterul ilicit al faptei⁹ sau că simplul fapt al cauzării pagubei ar fi ilicit.¹⁰

Iliceitatea a fost confundată uneori cu prejudiciul și cu pericolul social, pornindu-se de la ideea că aceste noțiuni implică atingerea unui drept subiectiv sau cel puțin a unui interes. Un exemplu în acest sens îl oferă codul civil italian, care în art. 2043 leagă noțiunea de ilicit cu cea de daună.

În doctrina noastră, s-a statuat că fapta ilicită nu este absorbită de daună și nici nu se identifică cu ea, dauna fiind tocmai rezultatul faptei.¹¹

Este adevărat că în viață, faptele umane ne apar nu numai ca manifestări obiective ale conștiinței și voinței, dar, cel mai adesea, din modul în care ele se obiectivează, rezultă însăși atitudinea subiectivă a persoanei. Sunt motive pentru care unii autori, apreciind global fapta ilicită și atitudinea subiectivă față de această faptă nu disting între caracterul ilicit și cel culpabil al faptei, incluzând caracterul ilicit în cel

5 L. Pop: „Teoria generală a obligațiilor“, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 214.

6 M. Eliescu: „Răspunderea civilă delictuală“, Editura Academiei, București, 1972, p. 143.

7 I. Dogaru, P. Drăghici: „Drept civil. Teoria generală a obligațiilor“, Editura Themis, Craiova, p.237; L.Pop: „Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor“, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 212.

8 N. Popa: Teoria generală a dreptului“, Editura Actami, București, 1996, p.325.

9 D. Alexandresco: „Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine“, vol.V, Tipografia Națională, Iași, 1898, p. 465-469.

10 I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu: „Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor“, București, 1943, p.78 și urm.

11 I. Deleanu: „Dreptul subiectiv și abuzul de drept“, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1988, p.94.

culpabil și rețin drept element al răspunderii — fapta culpabilă săvârșită de o anumită persoană.

Au fost autori¹² care tratând răspunderea delictuală au arătat că aceasta se sprijină pe noțiunea de culpă, care este caracteristică oricărui fapt ilicit, pozitiv sau negativ și care constă în oricare abatere de la o obligație, legală sau contractuală, orice trecere peste complexul regulilor de drept pozitive impuse de lege oricărui individ, orice element anormal în felul de a se purta al cuiva, în timp ce alții au scris: „... culpa nu poate să existe și nu poate da loc la o sancțiune decât atunci când cineva depășește limitele dreptului său și prin aceasta calcă în domeniul dreptului subiectiv al altuia, cauzându-i astfel o pagubă”.¹³

Despre faptul că prima condiție cerută pentru a exista responsabilitate este aceea că „faptul trebuie să constituie o culpă sau o greșeală” vorbea și Dimitrie Alexandresco¹⁴: „Asupra acestui punct nu mai încapă nici o îndoială, cuvântul greșeală se găsește chiar în art.998. Considerând după art.998 și 999, pentru ca un fapt să întrunească elementele unui delict sau quasi-delict trebuie neapărat ca el să constsitiue o greșeală din partea aceluia care l'a severșit”.

Pentru ca responsabilitatea prevăzută de art.998, 999 să aibă ființă, scria același autor, se cere, însă, ca „faptul comis să fie ilicit sau nedrept, după cum se exprimă art.1724 și 1725 din Codul Calimach (1294 Codul austriac), adecă oprit de lege”. „Faptul ilicit consistă în atingerea nedreaptă a dreptului altuia. *Dammum injuria datum, quod non jure factum est, id est contra jus...*”¹⁵

În timp ce doctrina noastră vorbește, în general, de o răspundere pentru faptă, doctrina franceză vorbește de o răspundere pentru greșeală, faute, a cărei definiție se situează pe terenul ilicitului.

Astfel, este cunoscută definiția lui Planiol, după care greșeala ar consta în încălcarea unei obligații preexistente¹⁶, sau a lui Savatier¹⁷, pentru care greșeala este încălcarea unei îndatoriri legale sau morale determinate, ori a îndatoririi generale de a nu dăuna pe altul.

De asemenea, Jossierand, precizează că „a săvârși o greșeală delictuală să se vatăme un drept, fără a se putea sprijini pe un drept superior sau cel puțin echivalent”¹⁸, iar

12 C. Hamagiu, I.Rosetti-Bălănescu, Al.Băicoianu: „Tratat de drept civil român”, vol.II, Editura All, București, 1998, p.467-469.

13 M. Cantacuzino: „Elementele dreptului civil”, Editura. All, București, 1998, p.414.

14 D. Alexandresco: „Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cuprincipalele legislațiuni străine”, vol.V, Tipografia Națională, Iași, 1898, p. 396.

15 D. Alexandresco: „Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine”, vol.V, Tipografia Națională, Iași, 1898, p. 468.

16 M. Planiol: „Études sur la responsabilité civile”, p.283, citat de M.Eliescu: „Răspunderea civilă delictuală”, Editura Academiei, București, 1972, p.173.

17 R. Savatier: „Traité de la responsabilité civile”, ed.2-a, vol.I, p.5 și urm.

18 L. Jossierand: „Cours de droit civil positif-francais”, vol.II, Paris, Sirex, 1933, nr.426.

Carbonnier¹⁹, definește greșeala ca fiind încălcarea unei obligații preexistente prin care se aduce atingere unui drept²⁰.

Este evident, deci, că în dreptul civil francez, dar și în cel belgian, ilicitul este socotit a fi absorbit în vinovăție, ilicitul, alături de imputabilitate, fiind înfățișat ca element al greșelii.²¹

Cu toate acestea, în doctrina clasică s-a spus că o iliceitate simplă nu este îndestulătoare pentru a constitui o greșeală generatoare de răspundere, nedreptatea, ilicitul trebuind să fie conștiente.²² Se făcea astfel distincție între greșeală și iliceitate, între caracterul și caracterul vinovat al conduitei umane.

În dreptul german, codul civil pretinde în acest context, pentru nașterea răspunderii civile: un act potrivit dreptului (rechtswidrig) care, în același timp, să constituie o greșeala (verschulden).

Asemenea distincții pot fi identificate și în dreptul altor state, precum Elveția.

Doctrina noastră a definit greșeala ca fiind "atitudinea psihică a autorului faptei ilicite față de această faptă și de rezultatul ei"²³.

În general, s-a acceptat că nu trebuie indusă în conținutul noțiunii de greșeală conștiința caracterului ilicit al faptei²⁴, deși au fost și autori care au susținut că ilicitul ar fi un simplu element al greșelii, absorbit în vinovăție.²⁵

În prezent, practica noastră judiciară, dar și doctrina susțin că distincția dintre fapta licită și greșeala autorului său este nu numai posibilă, ci și necesară²⁶.

Distincția este posibilă, deoarece fapta ilicită este manifestarea exterioară sau obiectivarea voinței și conștiinței autorului, iar greșeala sau vinovăția este atitudinea psihică, interioară față de acea faptă. De asemenea, ea este necesară deoarece sunt situații când deși fapta ilicită există, totuși răspunderea civilă nu intervine pentru motivul că lipsește vinovăția sau greșeala autorului său. Așa, de pildă, este cazul faptelor ilicite săvârșite de o persoană lipsită de discernământ.²⁷

19 J. Carbonnier: „Droit civil, Les biens et les obligations, P.U.F., Paris, 1964, p.608.

20 În același sens. A.Weill et Fr.Terré: „Droit civil, Les obligations,, Dalloz, Paris, 1975, p.672; R.Demogue: „Traité des obligations en général“, Paris vol.III, 1923, p.367, B.Starck „Droit civil Obligations“, Librairies Techniques, Paris, 1972, p.113, citați de S.Neculaescu: „Teoria generală a obligațiilor“, Editura Lumina Lex, București, 2001, p.222.

21 L. Barac: „Răspunderea și sancțiunea juridică“, Editura Lumina Lex, București, 1997, p.45.

22 R. Von Ihering: „La faute en droit privé“, Trad.Mantenabre, vol.II, p.9-19.

23 M Eliescu : „Răspunderea civilă delictuală“, Editura Academiei, București, 1972, p.176.

24 S. Neculaescu: „Teoria generală a obligațiilor“, Editura Lumina Lex, București, 2001, p.222.

25 N.D. Ghimpa: „Responsabilitatea civilă delictuală și contractuală. Studiu de doctrină și jurisprudență“, București, 1946, p.122.

26 A se vedea în acest sens: T.R.Popescu, P.Anca: „Teoria generală a obligațiilor“, Editura Științifică, București, 1968, p.179 și 182; I.M.Anghel, Fr.Deak, M.F.Popa: „Răspunderea civilă“, Editura Științifică, București, 1970, p.72 și 107, C-tin Stătescu, C.Bârsan: „Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor“, Editura Academiei, București, 1981, p.160.

27 L. Pop: „Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor“, Editura Lumina Lex, București, 1998, p.814

Societatea nu este o masă amorfă de indivizi care desfășoară activități întâmplătoare, disparate, neconcordante, ci un spațiu mai mult sau mai puțin structurat care permite orientarea activității umane spre un scop precis.

Aționând într-o ambianță socială și nu într-un spațiu pasiv sau neutru, rezultatele acțiunii omului sunt evaluate în funcție de rezonanța socială și nu doar în funcție de rezonanța intimă, personală.

Subiectul acțiunii, agentul, acționează întotdeauna în temeiul unui anumit program, alcătuit în baza scopurilor mai apropiate sau mai depărtate, program care îi conferă superioritate asupra comportamentului animalelor. De vreme ce „omul este singurul animal în stare să-și gândească viitorul“, să-și definească existența, în funcție de un anumit proiect, în momentul în care-și anticipează viitorul acțiunilor sale, întreprinde un act de strategie, ce implică previziune și răspundere.

Acțiunea umană impune astfel respectarea anumitor norme, normarea acestei acțiuni, subordonarea ei unor scopuri și interese, potrivit unui sistem de principii și criterii, știut fiind că, viața și activitatea socială sunt supuse normativității sociale și juridice (adică unui ansamblu de norme, principii, reguli sociale inclusiv juridice), care impun indivizilor obligația de a-și înscrie conduita și acțiunile lor în limitele acestei normativități.

În acest spațiu, comportamentele indivizilor sunt permanent supuse aprecierii din partea societății, apreciere care nu este spontană, ci are în vedere un sistem de valori și deci un sistem de norme (prin care este materializat sistemul de valori), al căror scop este acela de a modela comportamentele, conduitele oamenilor, în sensul integrării lor în ordinea socială existentă.²⁸

Nerespectarea sau încălcarea normativității sociale, inclusiv juridice, declanșează reacția socială de respingere, de neacceptare sau de condamnare a subiectului uman respectiv și de obligare a sa, sub imperiul unor sancțiuni, de a se încadra în limitele stabilite.²⁹

Chiar și în asemenea situații, comportamentul uman — ca manifestare liberă a unei ființe raționale, conștiente — se raportează totuși la unele principii, norme, valori, repere ale existenței sociale, în limitele a ceea ce se consideră a fi: bine-rău, permis-nepermis, drept-nedrept, licit-ilicit.³⁰

Prin act de conduită, în sens larg, se înțelege actul de voință și conștiință materializată și obiectivizată a omului³¹.

În conduita și acțiunea umană se împletesc atât manifestările raționalității, ale conștiinței și voinței controlate de capacitatea de a gândi și raționa ale subiectului, cât și o serie de stări afectiv-emoționale ale psihologiei sale. Luate în sine, sentimen-

28 L. Lorincz, M.Străoanu: „Răspunderea juridică- parte a răspunderii sociale“, în „Studii șercetări juridice“ nr.1/1970, p.9.

29 Gh. Bobeș: „Teoria generală a dreptului“, Editura Dacia, Cluj Napoca, 1994, p.255.

30 A. Sida: „Introducere în teoria generală a dreptului“, Editura Augusta, Timișoara, 1997, p.186.

31 Gh. Bobeș: „Teoria generală a dreptului“, Editura Dacia, Cluj-Napoca, 1994, p.255.

tele, emoțiile sau stările afective cuprinse în asemenea manifestări sau chiar reacțiile intenționale apărute în plan mental, dar neexteriorizate sau materializate nu au o semnificație sau relevanță din punctul de vedere al dreptului, decât în măsura în care nu s-au materializat într-o formă sau alta în fapta respectivă.³²

Conduita umană a fost definită ca fiind ansamblul faptelor concrete ale individului, adică al actelor directe ale omului, aflate sub controlul voinței și rațiunii sale³³, dar și ca o „secvență de atitudini pragmatice, active sau pasive, ca execuții ale unor operații sau programe și ca așteptări sau abțineri în alte circumstanțe...”³⁴

La o analiză mai atentă, se observă că noțiunea de „faptă” este mai largă, incluzând și conduita umană și putând avea mai multe înțelesuri. Ea trebuie concepută mai mult figurativ, pentru că „este doar un simbol cu o extensie maximă, în care sunt subsumate conduite, situații, împrejurări și nu, cum s-ar putea crede, o faptă bine individualizată”³⁵

În literatura juridică, noțiunile de faptă ilicită și conduită ilicită se folosesc alternativ, dar cu aceeași semnificație.

Astfel cum am mai arătat prin conduită licită se înțelege un comportament fie el acțiune fie inacțiune care nesocotește o prevedere legală.

Așadar pentru a vorbi despre un comportament ilicit, acesta trebuie să încalce o normă juridică, ilicitul fiind stipulat de un text de lege, nefiind lăsat la aprecierea subiectivă a unei persoane sau a alteia³⁶.

Aprecierea comportamentului ilicit se face prin observarea, descrierea naturii acțiunii sau inacțiunii săvârșite de autorul ei în raport cu natura juridică corespunzătoare, sau prin măsurarea ei în raport cu consecințele faptei, consecințe care se circumscriu în conținutul conduitei.

Profesorul Dongoroz definea în Tratatul său din 1969 licitul juridic ca fiind tot ceea ce regulile de conduită nu opresc, precum și tot ceea ce este conform cu regulile de conduită constituie sfera permisului (adică ceea ce este îngăduit), iar ilicitul este tot ceea ce este contrariu unei reguli de conduită constituie sfera nepermisului³⁷.

În consecință a face ceea ce regulile de conduită nu oprește, a face ceea ce regula de conduită ordonă, a face în conformitate cu regula de conduită ceea ce această regulă permite, în anumite condiții, a reacționa contra unei acțiuni neconvenabile, în felul și măsura prescrisă de regula de conduită, înseamnă a avea o conduită licită, a rămâne în sfera licitului.

32 A. Sida: „Introducere în teoria generală a dreptului”, Editura Augusta, Timișoara, 1997, p. 193.

33 M. Luburici: „Teoria generală a dreptului”, Editura Oscar Prinț, București, 1998, p. 217.

34 C. Popa: „Dimensiuni ale conduitei umane. Perspectivă praxiologică. „Conduită, norme și valori””, Editura Politică, București, 1986, p.19.

35 S. Neculaescu: „Teoria generală a obligațiilor”, Editura Lumina Lex, București, 2001, pag.212.

36 D. Mazilu: „Teoria generală a dreptului”, editura All Beck, București, 1999, p. 317

37 Vintilă Dongoroz, Drept Penal, București, 2000, p.12

Din contra, ceea ce regula de conduită oprește, a nu face ceea ce regula de conduită ordonă, a face contrar reguli de conduită înseamnă a avea o conduită ilicită, a păși în sfera ilicitului.

3. Ilicitul concret și ilicitul abstract

Regula de conduită prin conținut nu determină decât în mod abstract ceea ce este ilicit. În regula de conduită nu găsim decât noțiunea conceptului ilicitului, adică ilicitul abstract, adică obiectivitatea ideologică a faptului. Când însă regula de conduită a fost efectiv încălcată de cineva, fapta constituie ilicitul concret. Ilicitul concret trebuie să corespundă noțiunii ilicitului abstract, să se încadreze în această noțiune, cu alte cuvinte, să constituie în realitatea faptelor exact aceeași situație, pe care regula de conduită o definește ideologic.

Ilicitul juridic concret există din momentul în care preceptul unei norme juridice a fost încălcat în mod efectiv prin activitatea unui membru al colectivității (obiectivitatea reală a faptului ilicit). Ilicitul juridic este în același timp și un fapt neconform cu dreptul, respectiv este antijuridic³⁸.

Așadar caracterul ilicit se stabilește în legătură nemijlocită cu o prescripție cuprinsă de o normă juridică; neobservarea și încălcarea prescripției cuprinsă în norma juridică lezează ordinea de drept, echilibrul vieții sociale și pun în pericol siguranța circuitului juridic³⁹.

Profesorul Eliescu aprecia în lucrarea sa⁴⁰, că atunci când faptele indivizilor sunt contrare legii sau regulilor de conviețuire socială, având ca efecte încălcarea drepturilor subiective sau cel puțin a intereselor altuia, interese care nu sunt potrivnice normelor juridice sau morale, acestea sunt ilicite.

În teoria generală a dreptului, noțiunea de faptă ilicită are o sferă largă cuprinzând orice abatere de la normele legale, chiar dacă abaterea nu se răsfrânge în mod direct și nemijlocit asupra prejudicierii unui anumit subiect de drept. Acest lucru se datorează faptului că prin această abatere se aduce atingere intereselor majore ale indivizilor cărora legea nu le dă expresie și ocrotire.

O altă definiție dată în doctrină faptei ilicite este cea a profesorului Liviu Pop⁴¹ conform căreia faptele juridice ilicite sunt acțiuni omenești săvârșite fără intenția de a naștere la raporturi juridice de obligații, care totuși produc asemenea efecte în temeiul sau puterea legii, împotriva voinței autorului lor, și prin care se încalcă norma de drept sau bunele moravuri.

Așadar caracterul ilicit se stabilește în legătură nemijlocită cu o prescripție cuprinsă de o normă juridică; neobservarea și încălcarea prescripției cuprinsă în norma juridică lezează ordinea de drept, echilibrul vieții sociale și pun în pericol siguranța circuitului juridic⁴².

38 Vintilă Dongoroz, *Drept Penal*, București, 2000, p.14

39 N. Popa: „Teoria generală a dreptului“, editura Actami, București, 1996, p. 325

40 M. Eliescu: „Răspunderea civilă delictuală“ Editura Academiei, București, 1972, p. 143

41 L.Pop: „Teoria generală a obligațiilor“, Editura Lumina Lex, 1998, p.140

42 N. Popa: „Teoria generală a dreptului“, editura Actami, București, 1996, p. 325

Fapta ilicită prin ea însăși și privită izolat nu poate constitui izvor de obligații civile; pentru nașterea acestui tip de raport juridic, fiind necesar, pelângă existența faptei ilicite și întrunirea altor condiții, dintre care cele mai importante fiind: un prejudiciu, un raport de cauzalitate suficient de caracterizat între fapta ilicită și prejudiciul suferit de victimă și culpa autorului⁴³.

În doctrină noțiunile de fapt ilicit sau de ilicite sunt controversate acestea fiind uneori asociate noțiunii de culpă, vinovăție, iar alteori noțiunii de prejudiciu, în acest sens susținându-se că existența culpei face să se prezume caracterul ilicit al faptei sau că simplul fapt al cauzării pagubei ar fi ilicit⁴⁴.

În viața reală faptele umane ne apar nu numai ca manifestări obiectivate ale conștiinței și voinței, și de aceea, cel mai adesea, din modul în care ele se obiectivează, rezultă însăși atitudinea subiectivă a persoanei; din acest motiv unii autori, apreciind global fapta ilicită și atitudinea subiectivă față de această faptă nu disting între caracterul ilicit și cel culpabil al acesteia, incluzând caracterul ilicit în cel culpabil și reținând drept element al răspunderii: „fapta culpabilă săvârșită de o anumită persoană“.

Au fost autori⁴⁵ care tratând răspunderea delictuală au arătat că aceasta se sprijină pe noțiunea de culpă, aceasta fiind caracteristică fiecărui fapt ilicit fie el pozitiv sau negativ. În acest sens noțiunea de culpă constă în oricare abatere de la o obligație, legală sau contractuală, orice trecere peste complexul regulilor de drept pozitive impuse de lege oricărui individ, orice element anormal în felul de a se purta al acestuia.

Aproape în același sens M. Cantacuzino aprecia că „... culpa nu poate să existe și nu poate da loc la o sancțiune decât atunci când cineva depășește limite dreptului său și prin aceasta calcă în domeniul dreptului subiectiv al altuia, cauzându-i astfel o pagubă“

În alte sisteme de drept⁴⁶ noțiunea de ilicit este legată de cea de daună; dar doctrina noastră a statuat contrarul, apreciind că fapta ilicită nu este absorbită de daună și nici nu se identifică cu aceasta, dauna fiind tocmai rezultatul faptei ilicite.

Spre deosebire de sistemul nostru de drept unde se vorbește, în general, de o răspundere pentru faptă, în sistemul francez de drept se vorbește de o răspundere pentru greșeală⁴⁷ a cărei definiție se situează pe terenul ilicitului. Este binecunoscută definiția dată de „părintele răspunderii juridice“- Planiol conform căreia greșeala ar consta în încălcarea unei obligații preexistente⁴⁸, dar și cea a profesorului Savatier pentru care greșeala este încălcarea unei îndatoriri legale sau morale determinate, ori a unei îndatoriri generale de a nu dăuna altuia.

43 L.Pop: „Teoria generală a obligațiilor“, Editura Lumina Lex, 1998, p.142

44 I.Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu: „Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor“ București, 1943, p.78

45 C. Hamangiu, I.Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu: „Tratat de drept civil român“ vol II, editura ALL București, 1998, p.94

46 Art. 2043 din Codul civil italian

47 faute

48 M. Planiol: „Etudes sur la responsabilite civile“, p. 283

O altă definiție dată greșelii în doctrina franceză asemănătoare celei a lui Platiniol este aceea a lui Carbonnier⁴⁹ care aprecia greșeala ca fiind încălcarea unei obligații preexistente prin care se aduce atingere unui drept.

Tot în doctrina franceză, Josserand⁵⁰, aprecia că: „a săvârși o greșeală delictuală înseamnă să se vatăme un drept, fără a se putea sprijini pe un drept superior sau cel puțin echivalent.

Așadar atât în dreptul francez cât și în cel belgian ilicitul unei fapte este socotit absorbit de vinovăție, alături de imputabilitatea fiind apreciat ca un element al greșelii.

Codul civil german pretinde pentru nașterea răspunderii civile un act potrivit dreptului așadar o faptă ilicită (rechtswidrig) care, totodată, să constituie o greșeală (verschulden). Acest dualism există și în dreptul altor țări cum ar fi Elveția sau Austria.

În aceste sisteme de drept se face astfel distincția între greșeală și ilicite, între caracterul ilcit și caracterul vinovat al conduitei umane.

Prin urmare putem concluziona că în doctrina clasică simplă existența a unui fapt ilicit nu este o greșeală îndestulătoare pentru atragerea răspunderii, nedreptatea, ilicitul trebuind să fie conștiente.

În prezent în practica noastră judiciară dar și în doctrină se susține că distincția între fapta ilicită și greșeala autorului său este nu numai posibilă ci și necesară⁵¹.

Distincția este posibilă deoarece fapta ilicită este manifestarea exterioară sau obiectivarea voinței și conștiinței autorului, iar greșeala sau vinovăția este atitudinea psihică, interioară față de această faptă. Această distincție este necesară pentru a reglementa și situații în care există faptă ilicită dar nu și răspundere juridică deoarece nu există vinovăție, greșeală cum ar fi cazul faptelor săvârșite de persoanele lipsite de discernământ.

49 J. Carbonier: „Droit civil, Les biens et les obligations“, Paris , 1964, p. 608

50 L. Josserand: „cours de droit civil positif francais“, vol II, Paris , 1933, p. 426

51 A se vedea în acest sens Ctin Stătescu, c. Bârsan: „Teoria generală a obligațiilor“Editura Academiei, București, 1981, p. 160; T.R. Popescu, P. Anca:“ Teoria generală a obligațiilor“Editura Științifică, București, 1968, p. 182“

UNELE ASPECTE TEORETICE PRIVIND OBIECTIVELE ADMINISTRAȚIEI PUBLICE

Sorin NEACȘU, doctorand

Recenzent: Lilea MĂRGINEANU, doctor, conferențiar universitar

THEORETICAL ASPECTS OF THE OBJECTIVES OF PUBLIC ADMINISTRATION

This article is dedicated to shaping government objectives, goals and making a distinction between central and local government types. It presents a classification of the active administration, consultative and deliberative and outlines the guidelines in this area.

Keywords: *public administration, classification, objectives, scope, forms*

Prezentul articol este dedicat conturării obiectivelor administrației publice, făcând o delimitare între scopurile și tipurile administrației publice centrale și locale. Se prezintă o clasificare a administrației în activă, consultativă și deliberativă și se trasează liniile directoare din acest domeniu.

Cuvinte cheie: *administrație publică, clasificare, obiective, scop, forme*

Mutațiile survenite în cadrul sistemului de administrare sunt cu atât mai pregnante, cu cât transformările induse la nivelul acestuia, au căpătat consistențe, în urma adoptării Constituției.

Atât în plan structural-organizatoric, cât și cel material-funcțional, administrația publică a căpătat o nouă filosofie, dobândind o configurație inedită în sistemul global al administrației. Fiind chemată să satisfacă interesul general exprimat prin lege, administrația publică constituie activitatea prin care se exercită legea, ea fiind foarte strâns legată de puterea executivă.

Și dacă activitate de stat este o activitate de organizare a relațiilor sociale, ideea de organizare fiind punctul-cheie în administrarea publică, în sens larg „administrația publică este o activitate de organizare a anumitor relații sociale, mai concret a legilor și a celorlalte acte ale organelor statului“¹.

O organizare optimă nu poate fi rezultatul întâmplării, orice organizare trebuie fundamentată științific. Deci, funcționarea rațională și eficientă a administrării publice cere implementarea metodelor științifice de organizare a activităților administrative.

Aceasta este cu atât mai important unde știința administrației dăce primii pași și elaborările teoretice în acest domeniu sunt actuale și țin să fie urmate de îndrumări practice pentru organele administrației publice.

1 Gorjan I. Drept administrativ. Administrație publică. București: Lumina Lex, 2005, p.83.

Administrația țării este încredințată unor autorități statale, ele fiind administrația centrală și unitățile sale teritoriale precum și administrația locală, chemată să administreze interesele colectivităților locale, în conformitate cu Constituția.

Pornind de la acest raționament putem mai bine să ne dăm seama care sunt deosebiriile dintre autoritățile administrației publice locale și diferitele servicii publice ale administrației publice centrale de specialitate (ministere, departamente) care acționează într-un anumit teritoriu, dar sunt structuri exterioare ale anumitor autorități administrative centrale.

E necesar de precizat ca în cadrul structurii teritoriale a organelor administrației locale și centrale, relațiile dintre ele sunt foarte variate și, în fine, ele trebuie să colaboreze reciproc, deoarece au un scop comun — organizarea serviciilor publice pentru cetățenii din teritoriu.

Organele administrației publice pot activa eficient în condițiile când toate transformările din societate se efectuează într-o consecutivitate bine determinată și au un suport legislativ adecvat, care le-ar permite nu numai să dirijeze aceste procese, dar să se reformeze ele însele, pornind de la cerințele înaintate de evoluția societății.

Amploarea schimbărilor intervenite în ultimul deceniu în structura organelor (autorităților) statului au produs, în mod obiectiv, transformări de esență și în planul administrării publice, în general, și al organizării și funcționării sale, în special.

O colectivitate umană, aflată pe un anumit nivel de dezvoltare și de coeziune, nu poate exista decât dispunând de o administrație, care are ca obiect general satisfacerea nevoilor importante ale vieții acestei colectivități, viața implicând administrarea.

Administrația publică are ca scop realizarea valorilor care exprimă interesele statului sau ale unei colectivități distincte, recunoscută ca atare de stat, valori care sunt exprimate în acte elaborate de către puterea legiuitoare. Obiectul administrației publice îl reprezintă organizarea executării și executarea în concret a legii, obiect circumscris de puterea legiuitoare. Administrația publică, în statul de drept, reprezintă principala pârghie prin care se realizează valorile stabilite la nivelul eșcherului politic.²

Administrația se regăsește pretutindeni, în toată complexitatea vieții sociale, constituind una dintre cele mai utile activități umane. De aceea, administrația este legată și de puterea judecătorească ale cărei hotărâri sunt aplicate și executate în cadrul administrației publice, la nevoie, putându-se recurge la mijloace de constrângere statală. Pe de altă parte, puterea judecătorească exercită un permanent control asupra activității administrației, dacă avem în vedere doar două domenii, anume contenciosul administrativ și cel contravențional.

Dar, cel mai strâns, administrația este legată de puterea executivă. Administrația publică se realizează atât de organele puterii executive (Președintele României, Guvernul României și Ministererele) cât și de autoritățile administrației publice locale (prefecții, consiliile județene, primarii și consiliile locale), care nu sunt organe ale puterii executive, precum și de regii autonome și instituții social-culturale care, de asemenea, nu

2 Prisecaru I. V. Tratat de drept administrativ roman. București: Lumina Lex, 1993, p.127.

sunt organe ale puterii executive. Într-adevăr, dacă statului i se recunoaște dreptul originar de exercitare a administrației publice, doctrina și practica recunosc faptul că aceasta poate fi exercitată și de colectivitățile locale, prin instituții publice proprii, constituite în acest caz vorbindu-se de un drept derivat, iar activitatea purtând denumirea de administrație publică locală.

Totuși sub autoritatea și conducerea generală a Guvernului își desfășoară activitatea administrația publică.

În doctrina juridică se consideră că funcțiile administrației publice se pot rezuma la acțiuni, consultare și deliberare. De aceea, administrația a fost clasificată în activă, consultativă și deliberativă.

Administrația este activă când aplică și execută legea sau când se ia o măsură de utilitate publică, este consultativă când dă avize administrației în cadrul căreia funcționează și este deliberativă când un organ colegial ia decizii care obligă administrația activă. Astfel, spunem că administrația este activă atunci când un agent constatator încheie un proces-verbal de contravenție sau când un primar decide asupra unei probleme de interes local, administrația este consultativă când ministrul finanțelor avizează un proiect de hotărâte de guvern, întocmit de alt minister și este deliberativă când Colegiul director al serviciului Român de Informații ia o decizie.

În doctrină recentă, de drept administrativ, se identifică principalele **funcții** ale administrației publice:

- funcția de mecanism intermediar de execuție ce are menirea de a organiza și a asigura execuția, în ultimă instanță folosind autoritatea sa sau chiar constrângerea;
- funcția de instrument de conservare a valorilor materiale și spirituale ale societății;
- funcția de organizare și coordonare a adoptărilor ce se impun datorită transformărilor care se produc inerent în evoluția diferitelor componente ale societății, în special în structura economică a acesteia.

Schimbările intervenite în structura autorităților ori organelor statului și, în mod deosebit, a principiilor care le guvernează, după 1989, au produs transformări de esență în planul administrației publice, în general, dar mai ales în cel al administrației publice locale. Administrația publică locală nu mai este o parte din administrația statului, ci o administrație destul de autonomă cu care cea a statului coadministrează problemele administrativ teritoriale.

Conținutul administrației publice este dar de două categorii de activități:

- activități cu caracter dispozitiv sau de dispoziție;
- activități cu caracter prestator sau de prestație.³

Prin activitățile executive cu caracter de dispoziție se stabilește ce trebuie să facă sau să nu facă, ce le este permis sau interzis subiecților de drept, persoane fizice sau juridice, administrația publică putând interveni în anumite cazuri, cu aplicarea de

3 Bondar F. Politici publice și administrație publică. București: Politom, 2007, p.89.

sanctiuni pentru nerespectarea conduitei prescrise.

Denumirea de activități executive cu caracter de dispoziție relevă caracterul pregnant al folosirii puterii conferite de lege administrației publice de a organiza executarea legii. Acest proces este deosebit de complex și laborios, parcurgând mai multe etape, respectiv documentare, studii, avize, variante, opțiuni, deliberări, decizii etc.

Cea de-a doua categorie de activități ce formează conținutul administrației publice este prestarea de servicii. Administrația publică, mai ales în statul de drept, democratic, nu se poate reduce, însă, la activitățile executive de dispoziție. Activitatea administrației constă și din diferite prestații, de interes general realizate pe baza și în executarea legii din oficiu sau la cererea cetățenilor, persoanelor juridice sau diferitelor organe ale statului.

Prestația cuprinde administrația publică în domeniul salubrității publice și a ocrotirii mediului ambiant, furnizarea de gaze naturale, curent electric, servicii telefonice, radio, televiziune, poștă, transport în comun, construcții și închirieri de locuințe, asistență sanitară, spectacole și activități culturale, educative și multe altele.

Persoanele fizice și persoanele juridice recurg la prestațiile pe care le realizează administrația publică în cele mai variate ocazii și cele mai diferite domenii de activitate. Organele administrației publice au misiunea de a satisface nevoile cetățenilor și ale colectivității, realizarea prestațiilor respective având caracterul unor servicii publice pe care administrația le pune la dispoziția cetățenilor. Aceste prestații se îndeplinesc tot pe baza și în executarea legii, ele reprezintă o formă specifică de executare în concret a legii.

Activitățile executive cu caracter de prestație se realizează atât prin acte juridice, cât și prin operații materiale. Unele dintre actele juridice prin care se realizează prestațiile sunt acte administrative. Astfel, sunt certificatele medicale sau diplomele eliberate de școli sau facultăți. Uneori prestațiile administrației publice se realizează în baza unor contracte administrative ce se încheie între administrație și alte persoane.

Activitățile de prestație care fac parte din conținutul administrației publice derivă din funcțiile statului de drept.⁴

Într-adevăr, statul modern pe lângă funcțiile tradiționale de reglementare a activității membrilor societății și de executare a acestor reguli, mai are de realizat o multitudine de prestații în favoarea membrilor societății.

În unele cazuri, activități de organizare a executării legii și de executare a acesteia se realizează și de către organizații particulare, activitățile lor fiind de interes public, prevăzute în conformitate cu prevederile acesteia, deși nu fac parte din sistemul de organizare a statului. Așa, de exemplu, este cazul barourilor de avocați, unităților sanitare ori instituțiilor de învățământ particulare care desfășoară activități de interes și utilitate publică, dar nu fac parte din sistemul de organizare a administrației publice.

Cele două categorii de activități ale administrației prezintă tot atâtea dimensiuni care urmează a fi studiate prin prisma noțiunilor de poliție administrativă și respectiv, serviciu public.

4 Iorgovan A. *Tratat de drept administrativ*, vol. I. București: Nemira, 1996, p.119.

COMENTARIUL CAPITOLULUI VI AL CONSTITUȚIEI REPUBLICII MOLDOVA „GUVERNUL” (PARTEA I)

Serghei ȚURCAN, doctor, conferențiar universitar

COMMENT OF CHAPTER VI OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA „GOVERNMENT» (PART I)

Chapter VI of the Constitution of the Republic of Moldova regulates the organization and functioning of the Government as an executive body, endowed with overall responsibility for carrying out domestic and foreign state policies which governs the public administration. The role and structure of the Government are examined in this article, as well as the procedure for its investment, government reshuffle and the incompatibilities in the exercise of government member dignity.

Keywords: Government, program of activities, investiture, government reshuffle, prime minister, ministers.

Capitolul VI al Constituției Republicii Moldova reglementează modul de organizare și funcționare a Guvernului ca organ executiv colegial, înzestrat cu competență generală în domeniul realizării politicii interne și externe a statului, care exercită conducerea generală a administrației publice. În acest articol se analizează rolul și structura Guvernului, procedura de investire a acestuia, remanierea guvernamentală și incompatibilitățile în exercitarea demnității de membru al Guvernului.

Cuvinte cheie: Guvern, program de activitate, investire, remaniere guvernamentală, prim-ministru, miniștri.

Articolul 96 Rolul

(1) Guvernul asigură realizarea politicii interne și externe a statului și exercită conducerea generală a administrației publice.

(2) În exercitarea atribuțiilor, Guvernul se conduce de programul său de activitate, acceptat de Parlament.

Noțiunea de „Guvern” poate avea un triplu sens. Într-o accepțiune foarte largă, acest termen desemnează totalitatea organelor politice ale statului. Într-un sens mai puțin larg, același termen reprezintă totalitatea organelor care formează puterea executivă. Într-un termen restrâns, prin „guvern” se înțelege numai autoritatea executivă formată din ansamblul miniștrilor¹. În opinia noastră *Guvernul* este organul executiv

1 Drăganu Tudor. Drept constituțional și instituții politice. Tratat elementar. Vol. II. București: Lumina Lex, 1998, p. 308.

colegial, înzestrat cu competență generală în domeniul realizării politicii interne și externe a statului, care exercită conducerea generală a administrației publice².

Evidențiem următoarele trăsături caracteristice ale Guvernului³:

- Guvernul este un *organ executiv* — acționează în temeiul și în aplicarea legilor în vigoare. Funcția executivă are ca obiect organizarea aplicării și aplicarea în concret a legilor, asigurarea bunei funcționări a serviciilor publice instituite în acest scop, precum și emiterea de acte normative și individuale sau efectuarea de operațiuni materiale, prin care, pe baza legii, se intervine în viața particularilor pentru a le dirija activitatea sau a le face anumite prestații. Guvernul desfășoară o activitate exclusiv executivă, principala sa atribuție constituind-o organizarea și asigurarea executării legilor de către autoritățile publice⁴. Guvernul reprezintă componentul de bază al puterii executive, deoarece lui îi revin cele mai importante atribuții în realizarea funcției de implementare a legilor. În acest scop Guvernul este investit cu anumite funcții cu caracter de putere, deoarece fiind adoptat cadrul necesar organizatoric pentru executarea legii el devine obligatoriu. Asigurarea politicii interne și externe a statului are loc prin organizarea executării legilor, deoarece Parlamentul stabilește direcțiile principale ale politicii interne și externe a statului⁵.
- Guvernul este un *organ central al administrației publice* — este un organ a cărui competență se extinde pe întreg teritoriu al statului, care prin activitatea sa asigură realizarea politicii interne și externe a țării și exercită conducerea generală a administrației publice. Guvernul se caracterizează prin poziția pe care o deține în raport cu organele de specialitate ale administrației publice. Din acest punct de vedere, el apare ca fiind organul de conducere și coordonare a organelor centrale și de specialitate, precum și, cu respectarea principiului autonomiei și a descentralizării serviciilor publice, a organelor locale ale administrației publice.
- Guvernul este un *organ cu competență materială generală*, în sensul că el dispune de atribuții executive în toate ramurile și în toate domeniile activității administrative, fiind abilitat să ia măsuri interesînd fie numai pe unele dintre ele, fie ansamblul lor.
- Guvernul este un *organ colegial*, caracter care rezultă din componența sa (investirea guvernului este colectivă și nu individuală și este legată de un program de guvernare, care se raportează la un întreg și nu la componentele lui), din modul de lucru (el lucrează numai în ședințe), precum și din modul de adoptare a actelor juridice de competența sa⁶, or, caracterul colegial

2 A se vedea: Țurcan Serghei. Guvernul ca autoritate executivă. În: Reintegrarea Moldovei. Soluții și modele. Chișinău: TISH, 2005, p. 127-159.

3 Drăganu Tudor. Op. cit., p. 214, 310.

4 Hotărîrea Curții Constituționale nr. 10 din 04.03.1997, MO nr. 18 din 20.03.1997.

5 Popa Victor. Autoritățile Publice ale Republicii Moldova. Compendium privind structura, organizarea și funcționarea lor. Chișinău: TISH, 2004, p. 45

6 Prisacaru Valentin. Tratat de drept administrativ român. Partea generală. Ediția a III-a. Bu-

al Guvernului rezidă în coparticiparea tuturor membrilor săi la procesul de luare a deciziilor, care se adoptă cu majoritatea voturilor. Guvernul nu poate acționa decât ca un tot. Altminteri, coeziunea și coerența, de care depind eficiența politicii sale, ar fi compromise⁷.

Rațiunea fundamentală a Guvernului o reprezintă asigurarea realizării liniilor politice interne și externe ale țării, încorporate în programul de guvernare acceptat de Parlament, ceea ce, în planul juridicului înseamnă inițierea de proiecte legislative, adoptarea de hotărâri pentru aplicarea acestora, vegherea ca toate autoritățile administrației publice să acționeze cu operativitate și profesionalism în respectarea Constituției și a legii⁸.

Prin „*politică internă*” înțelegem forma de organizare, de activitate și de conducere a unei comunități umane în limitele teritoriului național, potrivit unui program care reflectă ideologia, valorile, idealurile, interesele acesteia⁹. Astfel, Legea cu privire la Guvern¹⁰ stabilește direcțiile principale ale activității Guvernului, care: creează condiții pentru stabilirea și asigurarea suveranității economice și politice a Moldovei; elaborează concepția dezvoltării social-economice a republicii, programul și mecanismul trecerii la economia de piață; asigură libera inițiativă, deetatizarea, privatizarea, demonopolizarea economiei și dezvoltarea relațiilor de piață; elaborează strategia dezvoltării tehnico-științifice, promovează o politică națională în domeniul culturii, științei, tehnicii, tehnologiei; rezolvă problemele reglementării de stat a progresului tehnico-științific; garantează tuturor subiecților proprietății libertatea activității economice, diversitatea formelor de proprietate și egalitatea lor în drepturi, are grijă de păstrarea proprietății; protejează interesele naționale în activitatea economică, financiară și valutară; formează un sistem eficient de ocrotire socială a populației, creează condiții pentru creșterea nivelului de trai, pentru satisfacerea necesităților culturale și spirituale ale cetățenilor republicii; promovează politica de stat în domeniul ocrotirii sănătății populației; asigură apărarea drepturilor consumatorilor prin organizarea și coordonarea controlului și supravegherii de stat a calității produselor, lucrărilor, serviciilor; asigură utilizarea rațională a resurselor naturale și integritatea lor, protecția ecologică a populației și a mediului ambiant; asigură legalitatea, ordinea publică, drepturile și libertățile cetățenilor; promovează politica securității naționale, dirijează activitatea de apărare a Republicii Moldova etc.

curești: Lumina Lex, 2002, p. 112.

7 Constantinescu Mihai, Deleanu Ion, Iorgovan Antonie, Muraru Ioan, Vasilescu Florin, Vida Ioan. Constituția României, comentată și adnotată. București: Regia Autonomă „Monitorul Oficial”, 1992, p. 243.

8 Iorgovan Antonie. Tratat de drept administrativ. Vol. I. Ediția a III-a. București: ALL BECK, 2001, p. 363.

9 DEXI. Dicționar explicativ ilustrat al limbii române. Chișinău: Arc, Gunivas, 2007, p. 1506.

10 Art. 3, alin. (1) din Legea nr. 64 din 31.05.1994 cu privire la Guvern, MO nr. 131-133 din 26.09.2002.

Termenul „*politică externă*” semnifică totalitatea obiectivelor și a acțiunilor pe care și le asumă un stat pe planul relațiilor internaționale; totalitatea metodelor și a mijloacelor prin care statul acționează pentru realizarea obiectivelor asumate¹¹. Astfel, în domeniul politicii externe Guvernul: poartă tratative și ia parte la negocieri, acordă împuterniciri pentru inițierea negocierilor și semnarea tratatelor, încheie tratate internaționale și asigură îndeplinirea lor; stabilește relații multilaterale între Republica Moldova și state străine, organizații internaționale, asigură schimbul de informație, de studenți și specialiști; prezintă Președintelui Republicii propuneri privind acreditarea și rechemarea reprezentanților diplomați ai Republicii Moldova, înființarea, desființarea și schimbarea rangului misiunilor diplomatice; reprezintă Republica Moldova în relațiile internaționale; asigură promovarea unui curs unic și coerent în domeniul politicii externe.

Constituția abilitază Guvernul cu atribuția de a exercita *conducerea generală a administrației publice*. Administrația publică constituie o varietate de activități a unui ansamblu de organe investite prin Constituție și lege, în regim de putere publică, să aducă la îndeplinire legile sau în limitele legii să realizează valorile politice, sociale și economice care exprimă interesul general al societății. Dreptul de conducere generală a administrației publice, recunoscut Guvernului, asigură unitatea de acțiune a autorităților administrației publice centrale și locale, pentru aducerea la îndeplinire a dispozițiilor legii și îndeplinirea sarcinilor care le revin, privind administrarea domeniului public¹².

Guvernului i se incumbă atât conducerea generală a administrației publice centrale, cât și conducerea generală a administrației publice locale, ca părți ale administrației publice. Conducerea generală semnifică dirijarea și coordonarea serviciilor descentralizate în teritoriu și doar coordonarea serviciilor descentralizate ale autorităților publice locale¹³. În conformitate cu împuternicirile sale Guvernul: conduce, coordonează și controlează activitatea ministerelor, a altor autorități administrative centrale; stabilește funcțiile ministerelor, ale altor autorități administrative centrale și ale celor din subordinea sa; exercită controlul legalității și oportunității activității ministerelor, altor autorități administrative centrale și a organelor din subordine, având competența de a abroga hotărârile și ordinele ilegale ale miniștrilor, conducătorilor altor organe din subordine; coordonează și exercită controlul asupra activității organelor administrației publice locale, creînd condiții pentru funcționarea autoadministrării.

Sintagma „exercită conducerea generală a administrației publice” evocă existența unor raporturi de drept administrativ între Guvern și oricare altă autoritate a administrației publice, raporturi care diferă sub aspectul conținutului, în funcție de principiile ce stau la baza structurii administrației: unele vor fi raporturi de subordonare (față de ministere), altele vor fi raporturi de colaborare (față de autoritățile administrației publice autonome) și altele vor fi raporturi de tutelă administrativă (față de autoritățile locale

11 DEXI, p. 1506.

12 Popa Victor. Dreptul Public. Chișinău: AAP, 1998, p. 360; Popa Victor. Autoritățile Publice ale Republicii Moldova. p. 51.

13 Hotărârea Curții Constituționale nr. 2 din 13.03.2007, MO nr. 4 din 23.02.2007.

alese). Or, administrația publică (totalitatea organelor de stat prin care se desfășoară activitatea executivă și de dispoziție a statului în scopul realizării funcțiilor sale) are drept obiectiv tocmai realizarea unei valori politice, ea se plasează între activitatea de formulare a acestor valori și activitatea de materializare concretă a acestora¹⁴.

În exercitarea atribuțiilor, Guvernul se conduce de programul său de activitate, acceptat de Parlament. Programul de activitate este obligatoriu pentru Guvern. În cadrul procedurii complexe de investire a Guvernului, anume acordarea de către Parlament a votului de încredere asupra programului de activitate, reprezintă etapa principală și definitorie în formarea Guvernului. Votul de investitură marchează trecerea din sfera competiției pentru putere în sfera exercitării puterii politice, ceea ce presupune aplicarea unor linii politice și, corespunzător, promovarea unor valori politice încorporate în programul de Guvernare, acceptat de Parlament, cu prilejul votului de investitură. Votul de investitură dă legitimitatea echipei guvernamentale, în sensul acceptării unui program politic ca program oficial de guvernare a națiunii¹⁵.

Programul de activitate reprezintă planul de activitate cuprinzând etapele propuse pentru o anumită perioadă; expunerea scrisă a principiilor, a țelurilor urmărite și a mijloacelor preconizate pentru realizarea lor ale unui Guvern¹⁶, or, programul de activitate nu este altceva decât Programul național de guvernare în care sunt materializate programele partidelor de guvernare¹⁷. Activitatea Guvernului în vederea realizării programului de activitate trebuie să se desfășoare cu respectarea principiilor democrației, legalității, utilității sociale și transparenței.

Putem constata faptul că în marea majoritate a țărilor lumii, în prezent asistăm la o expansiune fără precedent a activității Guvernului, crescând semnificativ rolul acestuia în exercitarea puterii de stat. Aceasta se datorează mai multor factori: Guvernul considerat mult timp drept un organ secundar și subordonat este în realitate elementul motrice și dinamic al sistemului politic, veritabilul autor și realizator al politicii naționale, invocându-se: un argument tehnic (conține un număr restrâns de membri, care se află în raporturi ierarhice); un argument politic (conține persoane din conducerea partidului majoritar din Parlament, or, majoritatea parlamentară, în mare măsură, e lipsită de independență și votează conform deciziilor liderilor săi politici, care, mai ales în regimurile parlamentare, conduc cu executivul); un argument juridic (dispune de suficiente mecanisme constituționale pentru a influența activitatea Parlamentului); un argument instituțional (beneficiază nu numai de mijloace administrative și financiare indispensabile, dar și de forță publică)¹⁸.

14 Iorgovan Antonie. Op. cit., p. 363.

15 Iorgovan Antonie. Op. cit., p. 362.

16 DEXI, p. 1572.

17 Popa Victor. Autoritățile Publice ale Republicii Moldova. p. 45.

18 A se vedea: Gicquel Jean. Droit constitutionnel et institutions politiques, 17-e édition, Paris: Montchrestien, 2001, p. 699; Iorgovan Antonie. Op. cit., p. 39; Favoreu Louis, Gaïa Patrick, Chevontian Richard, Mestre Jean-Louis, Pfersmann Otto, Roux André, Scoffoni Guy. Droit constitutionnel, 4-e édition, Paris: Dalloz, 2001, p. 531.

Articolul 97 Structura

Guvernul este alcătuit din Prim-ministru, prim-viceprim-ministru, viceprim-miniștri, miniștri și alți membri stabiliți prin lege organică.

Acest articol stabilește structura Guvernului, în componența căruia putem distinge membri ai Guvernului numiți prin decret prezidențial în baza votului de încredere acordat de Parlament și membri ai Guvernului din oficiu, stabiliți prin lege organică, care sunt confirmați prin decret prezidențial. Astfel, din prima categorie fac parte: prim-ministrul, prim-viceprim-ministru, viceprim-miniștri și miniștrii, iar din a doua — Președintele Academiei de Științe a Moldovei și Guvernatorul (Bașcanul) Unității teritoriale autonome Găgăuzia.

Constituția nu stabilește careva cerințe pentru deținerea funcției de membru al Guvernului, Legea cu privire la Guvern fixând că membri ai Guvernului pot fi numai persoanele care dețin cetățenia Republicii Moldova și au domiciliul în țară.

După statutul juridic al funcțiilor deținute și garanțiile necesare pentru exercitarea atribuțiilor de serviciu, persoanele oficiale exponents ale unui interes politic sau public deosebit se divizează în două categorii: persoane oficiale exponents ale unui interes politic deosebit și persoane oficiale exponents ale unui interes public deosebit. În prima categorie se includ persoanele ce dețin funcții politice în cadrul instituțiilor politice, care sînt eminentamente persoane politice și care în exercitarea atribuțiilor trebuie să manifeste loialitate și consecvență pentru realizarea scopurilor politice. Astfel, Prim-ministrul, miniștrii trebuie să dea dovadă de consecvență, loialitate și atașament politic față de programul de guvernare, pentru îndeplinirea căruia au fost investiți în funcțiile respective¹⁹.

Toți membrii Guvernului dețin funcția de demnitate publică, funcție publică instituită în temeiul actelor emise de Parlament, în limitele competenței, stabilite de Constituție și de alte legi, ce se ocupă prin mandat obținut indirect, prin numire în condițiile legii. În acest sens, toți membrii Guvernului, fie că au funcția de ministru sau altă funcție, sunt pe picior de egalitate, avînd aceleași drepturi și obligații, ca membri ai Guvernului aflîndu-se exclusiv în raporturi de colaborare²⁰. Astfel, membrii Guvernului: poartă răspundere pentru sferile de activitate ce le-au fost încredințate și pentru activitatea Guvernului în ansamblu; participă la examinarea chestiunilor în cadrul ședințelor Guvernului; pot prezenta Guvernului propuneri cu privire la examinarea chestiunilor ce țin de competența lui, pot iniția elaborarea unor hotărîri și ordonanțe ale Guvernului.

În exercitarea mandatului, membrii Guvernului în calitate de persoane cu funcție de demnitate publică au următoarele drepturi: să adopte decizii în limita competențelor legale și să ceară executarea acestora; să obțină în modul stabilit informația și materialele necesare pentru exercitarea funcției și, după caz, să aibă acces la documentele

19 Hotărîrea Curții Constituționale nr. 10 din 16.04.2010, MO nr. 58-60 din 23.04.2010.

20 Iorgovan Antonie. Op. cit., p. 366.

și la informațiile ce conțin secret de stat; să viziteze, din oficiu sau la solicitare, întru exercitarea funcției și în modul stabilit, alte autorități publice, alte persoane fizice și juridice, de drept public sau privat; să beneficieze de dreptul la integritate personală, la o atitudine adecvată și respectuoasă din partea subordonaților, altor factori de decizie și a cetățenilor; să beneficieze de dreptul la remunerarea și stimularea muncii în condițiile legii; să beneficieze de dreptul la protecția securității, la ocrotirea sănătății și la condiții favorabile pentru exercitarea eficientă a funcției deținute²¹.

Prim-ministrul conduce Guvernul și coordonează activitatea membrilor acestuia, respectând atribuțiile ce le revin.

Prim-viceprim-ministrul și viceprim-miniștrii înfăptuiesc în conformitate cu obligațiile lor coordonarea activității ministerelor, a altor autorități administrative centrale și a celorlalte organe din subordinea Guvernului, exercită controlul asupra activității lor și le dau în mod operativ indicații pentru asigurarea îndeplinirii hotărârilor, ordonanțelor Guvernului și dispozițiilor primului-ministru și soluționării altor probleme ale activității lor; examinează în prealabil propunerile și proiectele hotărârilor și ordonanțelor, prezentate de Guvern.

Ministrul este persoana desemnată să conducă un minister, adică acel organ din sfera puterii executive care are o competență materială determinată într-un anumit domeniu, formînd o totalitate de servicii administrative publice grupate într-un minister²². Numărul miniștrilor, membri ai Guvernului, care au menirea de a realiza direcțiile principale ale programului de guvernare acceptat de Parlament, variază de la un guvern la altul, în funcție de anumite împrejurări de ordin atît obiectiv, cît și subiectiv, purtînd un caracter tehnic sau, mai des, politic. Apariția unui nou minister poate fi justificată prin necesitatea promovării intereselor generale ale societății, cum ar fi: protecția mediul, integrarea europeană etc., însă, la formarea ministerelor deseori predomină necesitățile și interesele formațiunilor politice ce formează Guvernul²³.

Președintele Academiei de Științe este membru al Guvernului din oficiu, aceasta avînd justificarea în faptul că susținerea cercetării-dezvoltării, stimularea unui climat inovațional stabil reprezintă o prioritate strategică în dezvoltarea social-economică a Republicii Moldova, politica de stat în sfera științei și inovării realizîndu-se de comunitatea științifică în persoana Academiei de Științe, unica instituție publică de interes național în sfera științei și inovării, coordonatorul activității științifice și de inovare, consultantul științific al autorităților publice ale Republicii Moldova. Președintele Academiei de Științe este ales de Asamblie prin vot secret, pentru o perioadă

21 Art. 5 al Legii nr. 199 din 16.07.2010 cu privire la statutul persoanelor cu funcții de demnitate publică, MO nr. 194-196 din 05.10.2010.

22 Prisacaru Valentin. Op. cit., p. 144; Constantinescu Mihai, Iorgovan Antonie, Muraru Ioan, Tănăsescu Elena Simina. Constituția României revizuită. Comentarii și explicații. București: ALL BECK, 2004, p. 231.

23 A se vedea: Popa Victor. Autoritățile Publice ale Republicii Moldova, p. 41; Guceac Ion. Curs elementar de drept constituțional. Vol. II, Chișinău: Tipografia Centrală, 2004, p. 402; Creangă Ion. Curs de drept administrativ. Vol. I, Chișinău: Epigraf, 2003, p. 141.

de 6 ani, dintre membrii titulari ai Academiei de Științe. El este responsabil în fața Asambleii și Guvernului de activitatea sa²⁴.

Guvernatorul (Bașcanul) Unității teritoriale autonome Găgăuzia este membru din oficiu al Guvernului, fiind persoana oficială supremă a Găgăuziei. Lui i se subordonează toate autoritățile administrației publice ale autonomiei. Guvernatorul Găgăuziei este ales prin vot universal, egal, direct, secret și liber exprimat pentru un mandat de 4 ani; candidatul la funcție trebuie să fie cetățean al Republicii Moldova care a împlinit vârsta de 35 de ani și posedă limba găgăuză. Guvernatorul exercită conducerea activității autorităților administrației publice și emite, în condițiile legi, hotărâri și dispoziții care sînt executorii pe tot teritoriul autonomiei²⁵.

Articolul 98 Investiura

(1) După consultarea fracțiunilor parlamentare, Președintele Republicii Moldova desemnează un candidat pentru funcția de Prim-ministru.

(2) Candidatul pentru funcția de Prim-ministru va cere, în termen de 15 zile de la desemnare, votul de încredere al Parlamentului asupra programului de activitate și a întregii liste a Guvernului.

(3) Programul de activitate și lista Guvernului se dezbate în ședința Parlamentului. Acesta acordă încredere Guvernului cu votul majorității deputaților aleși.

(4) În baza votului de încredere acordat de Parlament, Președintele Republicii Moldova numește Guvernul.

(5) Guvernul își exercită atribuțiile din ziua depunerii jurământului de către membrii lui în fața Președintelui Republicii Moldova.

(6) În caz de remaniere guvernamentală sau de vacanță a funcției, Președintele Republicii Moldova revocă și numește, la propunerea Prim-ministrului, pe unii membri ai Guvernului.

Prin *investitură* înțelegem complexul de acte și fapte juridice, cu procedurile corespunzătoare prevăzute de Constituție, care definesc legalitatea și fundamentează legitimitatea instalării unei echipe guvernamentale²⁶. Investiura Guvernului are un caracter complex necesitînd parcurgerea unor etape obligatorii, în următoarea consecutivitate: desemnarea candidatului pentru funcția de prim-ministru; pregătirea de către candidatul la funcția de prim-ministru a programului de activitate și a componenței nominale a Guvernului; dezbaterea programului de activitate în ședința Parlamentului; acordarea de către Parlament a votului de încredere asupra progra-

24 Art. 55, art. 71, alin. (1), art. 82 din Codul cu privire la știință și inovare al Republicii Moldova nr. 259 din 15.07.2004, MO nr. 125-129 din 30.07.2004.

25 Art. 14 din Legea nr. 344 din 23.12.1994 privind statutul juridic special al Găgăuziei (Gagauz-Yeri), MO nr. 3-4 din 14.01.1995.

26 Iorgovan Antonie. Op. cit., p. 367; Constantinescu Mihai, Iorgovan Antonie, Muraru Ioan, Tănăsescu Elena Simina. Op. cit., p. 163.

mului de activitate; numirea Guvernului de către Președintele Republicii; depunerea jurământului de către membrii Guvernului.

1. *Desemnarea candidatului pentru funcția de prim-ministru.* Autoritatea competentă de a desemna candidatul pentru funcția de prim-ministru este Președintele Republicii. Președintele este obligat să consulte Parlamentul, iar legislativul, la rândul său, este obligat să-și expună părerea asupra candidaturii propuse. Cadrul legislativ nu reglementează însă modalitățile, procedeele și formele consultării, ele rămânând la discreția părților. Constituția stabilește că desemnarea candidatului are loc după consultarea fracțiunilor parlamentare. Interpretarea extensivă a textului presupune necesitatea consultării tuturor fracțiunilor parlamentare, pe când Regulamentul Parlamentului stipulează cerința consultării majorității parlamentare, adică a fracțiunii sau coaliției fracțiunilor, anunțată prin declarație, care cuprinde mai mult de jumătate din deputații aleși. Desemnarea candidatului la funcția de prim-ministru prezintă semnificația unui mandat acordat de Președintele Republicii personalității însărcinate cu formarea listei viitorului Guvern, elaborarea programului de guvernare și prezentarea cererii pentru acordarea votului de încredere către Parlament²⁷. În același timp, Constituția nu prevede pentru Președintele Republicii posibilitatea de a condiționa desemnarea candidatului la funcția de Prim-ministru prin promovarea unui program concret de activitate sau a unei liste a viitorului Guvern²⁸. Desemnarea candidatului se face prin emiterea unui decret prezidențial.

2. *Pregătirea de către candidatul la funcția de prim-ministru a programului de activitate și a componentei nominale a Guvernului.* Candidatul desemnat pentru funcția de Prim-ministru este unica persoană autorizată să formeze lista viitorului Guvern, dar și unica persoană împuternicită să ceară Parlamentului acordarea votului de încredere pentru cele două elemente obligatorii ale investiției și este liber să stabilească componența nominală a viitorului Guvern, procedînd, în cazurile necesare, din proprie inițiativă la consultări. Avînd în vedere că persoana desemnată pentru funcția de Prim-ministru solicită Parlamentului acordarea votului de încredere asupra programului de activitate și întregii liste a Guvernului, este evidentă necesitatea consultării de către acesta a formațiunilor politice parlamentare. Ca urmare a consultărilor, în Programul de activitate al Guvernului, precum și în lista membrilor Guvernului pot interveni modificări, evident cu consimțămîntul candidatului la funcția de Prim-ministru²⁹.

3. *Dezbaterea programului de activitate în ședința Parlamentului.* Termenul în care va fi cerut votul de încredere este de 15 zile începînd cu data nominalizării candidatului pentru funcția de prim-ministru. Acesta trebuie să fie un termen rezonabil, suficient pentru pregătirea programului guvernamental și a componentei nominale a Guvernului, perioadă în care candidatul la funcția de Prim-ministru

27 Constantinescu Mihai, Deleanu Ion, Iorgovan Antonie, Muraru Ioan, Vasilescu Florin, Vida Ioan. Constituția României, comentată și adnotată. București: Regia Autonomă „Monitorul Oficial”, 1992, p. 228.

28 Hotărîrea Curții Constituționale nr. 15 din 23.03.1999, MO nr. 39 din 22.05.1999.

29 Idem.

trebuie să convingă parlamentarii înainte de procedura votării că programele electorale sau unele părți din ele, ale partidelor care vor acorda vot de încredere, au fost luate în considerare, și se conțin în programul de activitate³⁰. Menționăm faptul că Parlamentul nu doar ia act de programul de activitate al Guvernului, ci organizează dezbateri asupra acestuia, adică îl discută, îl analizează pe larg, sub toate aspectele și din diferite puncte de vedere, supunându-l discuției în contradictoriu. Programul de activitate al Guvernului se dezbate în ședința Parlamentului, cu respectarea prevederilor Regulamentului Parlamentului. Astfel, lista Guvernului va fi supusă dezbaterii Parlamentului după prezentarea raportului Comisiei juridice, numiri și imunități; la cererea Primului-ministru, Biroul permanent va înscrie cu prioritate pe ordinea de zi chestiunile privind acordarea votului de încredere întregii liste a Guvernului și programului lui de activitate.

4. *Acordarea de către Parlament a votului de încredere asupra programului de activitate.* Formarea guvernului depinde, în fond, de rezultatul alegerilor parlamentare. Aceasta este și firesc, deoarece partidele care în urma alegerilor au primit vot de încredere popular asupra programelor electorale, desemnează guvernul pentru a transpune aceste programe în viață. Există o legătură logică între competența Guvernului de a elabora și prezenta Parlamentului acest program și acceptarea lui de către Parlament, care în continuare are obligația de a asigura Guvernul cu cadrul legislativ necesar pentru realizarea acestuia, astfel constituindu-se un tandem: legislativ-executiv în realizarea politicii interne și externe a statului³¹; raționamentul sistemelor constituționale contemporane dictează ca guvernele să fie formate astfel încât să se bucure de încrederea majorității parlamentare³². Parlamentul acordă încredere Guvernului prin adoptarea unei hotărâri cu votul majorității deputaților aleși, ce constituie votul a cel puțin 51 de deputați³³. În acest sens, prin sintagma „majoritatea parlamentară” se înțelege majoritatea absolută a deputaților aleși în Parlament, care, în baza dispozițiilor constituționale, pot acorda vot de încredere Guvernului. Din punct de vedere gramatical sintagma „majoritatea parlamentară” poate fi interpretată ca partea cea mai mare a componenței Parlamentului ori ca o superioritate numerică, cu care se votează un act juridic³⁴. Investirea Guvernului este o voință a Parlamentului, deoarece acesta aprobând direcțiile principale ale politicii interne și externe a statului, va exprima în programul de guvernare platforma politică a partidului majoritar din Parlament sau a coaliției de partide, program de care se va conduce guvernul în activitatea sa. Or, Guvernul dobândește legitimitate îtrucit va fi expresia indirectă a voinței electoratului. Votul de încredere are ca obiect programul de activitate și componența în ansamblu a Guvernului, nu fiecare membru în parte. Efectul neacordării votului de încredere

30 Popa Victor. *Autoritățile Publice ale Republicii Moldova*, p. 46.

31 Popa Victor. *Drept parlamentar*, p. 116.

32 Guceac Ion. *Op. cit.*, p. 397.

33 Art. 87, alin. (1), lit. b) din Regulamentul Parlamentului, adoptat prin Legea nr. 797 din 02.04.1996, MO nr. 50 din 07.04.2007.

34 Hotărârea Curții Constituționale nr. 21 din 02.07.1998, MO nr. 69 din 23.07.1998.

Guvernului poate fi dizolvarea Parlamentului, acesta putînd fi dizolvat de Președintele Republicii, în termen de 45 de zile de la prima solicitare, în cazul respingerii a cel puțin două solicitări de investitură.

5. *Numirea Guvernului de către Președintele Republicii.* Președintele Republicii Moldova numește Guvernul într-un termen rezonabil, după ce acesta a obținut votul de încredere al Parlamentului și în nici un caz nu trebuie să afecteze intrarea Guvernului în exercițiul funcțiilor sale, în general, și al funcțiilor de conducere generală a administrației publice, în special. Norma constituțională privind numirea Guvernului de către Președintele Republicii după ce Parlamentul i-a acordat acestuia vot de încredere are un caracter imperativ și, prin urmare, este obligatorie pentru Președinte și nu depinde de voința acestuia, fie că este sau nu este de acord cu componența nominală a Guvernului, fie pentru alte motive. Președintele, în baza votului de încredere acordat de Parlament, numește Guvernul printr-un decret. Șeful statului numește Guvernul ca rezultat al aprobării acestuia de către Parlament prin acordarea votului de încredere asupra Programului de activitate și a întregii liste a Guvernului. Prin urmare, Președintele nu poate refuza numirea Guvernului, ea trebuie să fie conformă exigențelor ce rezultă din votul de încredere acordat de Parlament³⁵, or, numirea Guvernului de către Președinte nu este o investitură, ci nominalizarea investiturii făcute de Parlament. Prin urmare, numirea Guvernului de către Președintele Republicii are un caracter îndeosebi solemn, ea nu implică posibilitatea unei aprecieri, de oportunitate sau de alt fel³⁶; ea apare ca un act pur protocolar, fără consecințe juridice în ceea ce privește raporturile dintre Președintele Republicii, pe de o parte și Guvern, pe de altă parte³⁷.

6. *Depunerea jurământului de către membrii Guvernului.* În termen de trei zile de la data numirii Guvernului, membrii acestuia vor depune individual, în fața Președintelui Republicii Moldova, următorul jurământ: „Jur să-mi dăruiesc toată puterea și priceperea propășirii Republicii Moldova, să respect Constituția și legile țării, să apăr democrația, drepturile și libertățile fundamentale ale omului, suveranitatea, independența, unitatea și integritatea teritorială a Moldovei“. Momentul acesta este deosebit de important, deoarece Guvernul, în întregul său, și fiecare membru al acestuia, în parte, încep să-și exercite mandatul numai după depunerea jurământului³⁸. E semnificativ faptul că membrii Guvernului depun același jurământ pe care îl depune și Președintele Republicii, or, Constituția a conceput un executiv bicefal, Președintele Republicii și Guvernul, dar care desfășoară, în esență, aceeași activitate statală, formînd aceeași putere, puterea executivă. Ca atare, la identitate de activități se impune identitate de jurământ³⁹.

35 Hotărîrea Curții Constituționale nr. 15 din 23.03.1999, MO nr. 39 din 22.05.1999.

36 Muraru Ioan, Constantinescu Mihai. *Drept parlamentar românesc*. București: All Beck, 2005, p. 260.

37 Constantinescu Mihai, Iorgovan Antonie, Muraru Ioan, Tănăsescu Elena Simina. *Op. cit.*, p. 169.

38 Călinoiu Constanța, Duculescu Victor. *Drept constituțional european*. București: Lumina Lex, 2008, p. 106.

39 Constantinescu Mihai, Iorgovan Antonie, Muraru Ioan, Tănăsescu Elena Simina. *Op. cit.*, p. 171.

Remanierea guvernamentală reprezintă acțiunea prin care se operează modificări în componența nominală a Guvernului, unul sau mai mulți membri ai acestuia fiind substituiți prin alții⁴⁰. Remanierea guvernamentală nu poate fi privită drept o sancțiune juridică, ci mai curînd ca o oportunitate politică, or, în realizarea programului de activitate a Guvernului, asupra căruia acesta a primit votul de încredere a Parlamentului, poate apărea necesitate înlocuirii membrilor Guvernului care nu își îndeplinesc în mod corespunzător atribuțiile, fiind pusă în pericol realizarea acestui program, ceea ce poate provoca chiar și demiterea Guvernului.

Remanierea guvernamentală presupune respectarea imperativă a următoarelor reguli:

- *Inițiativa remanierii guvernamentale poate veni în exclusivitate din partea prim-ministrului*. Această regulă își are justificarea în faptul că în conformitate cu dispozițiile art. 98, alin. (2) și art. 101, alin. (1) din Constituție, candidatul la funcția de prim-ministru cere votul de încredere a Parlamentului asupra programului de activitate și a întregii liste a Guvernului și anume prim-ministrul este persoana care conduce Guvernul și coordonează activitatea membrilor acestuia, or, „investirea guvernului este colectivă și nu individuală și este legată de un program de guvernare, care se raportează la un întreg și nu la componentele lui”⁴¹. Menționăm faptul că Președintele Republicii revocă și numește, la propunerea Primului-ministru, inclusiv a Primului-ministru interimar, pe unii membri ai Guvernului, inclusiv ai Guvernului demisionat;
- *Decizia privind revocarea și numirea noilor membri ai Guvernului este luată de Președintele Republicii Moldova*, or, în conformitate cu prevederile art. 98, alin. (1), (4), (5), Președintele Republicii Moldova desemnează candidatul pentru funcția de prim-ministru; Președintele Republicii Moldova numește Guvernul în baza votului de încredere acordat de Parlament; Guvernul își exercită atribuțiile din ziua depunerii jurământului de către membrii lui în fața Președintelui Republicii Moldova. Atribuțiile Președintelui Republicii privind participarea la remanierea guvernamentală, de fapt, se reduc doar la legiferarea formală a unor acțiuni la propunerea Prim-ministrului⁴².
- *Remanierea guvernamentală se face prin emiterea unui decret* — conform art. 94, alin. (1) din Constituție, în exercitarea atribuțiilor sale, Președintele Republicii Moldova emite decrete. Considerăm că decretul prin care se realizează remanierea guvernamentală trebuie contrasemnat în mod obligatoriu de prim-ministru.

40 A se vedea: Țurcan Serghei. Unele considerații teoretico-practice privind remanierea guvernamentală. În: Materialele conferinței internaționale științifico-practice „Promovarea drepturilor omului în contextul integrării europene: teorie și practică”, Chișinău: ULIM, 2009, p. 232-237.

41 Constantinescu Mihai, Iorgovan Antonie, Muraru Ioan, Tănăsescu Elena Simina. Op.cit., p. 171.

42 Popa Victor. Autoritățile Publice ale Republicii Moldova, p. 41.

Procedura nominalizată este valabilă și în cazul vacanței a funcției, adică în cazul în care o funcție nu are titular, nu este ocupată de nimeni, este liberă.

Cert este faptul că remanierea guvernamentală nu poate privi prim-ministrul, în măsura în care norma constituțională este univocă în acest sens — în cazul demisiei Prim-ministrului, ca expresie și consecință a solidarității guvernamentale, demisionează întregul Guvern.

Remarcăm faptul, că remanierea guvernamentală nu poate depăși numărul membrilor Guvernului care a primit investitura, precum și că prin măsura remanierii guvernamentale nu pot fi instituite noi portofolii ministeriale. Orice modificare în structura Guvernului poate fi operată doar prin amendarea legii organice cu privire la Guvern.

Articolul 99 Incompatibilități

(1) Funcția de membru al Guvernului este incompatibilă cu exercitarea oricărei alte funcții retribuite.

(2) Alte incompatibilități se stabilesc prin lege organică.

Incompatibilitatea reprezintă interdicția legală ca cineva să poată ocupa simultan două funcții, două atribuții care prin caracterul său sunt contradictorii⁴³. Incompatibilitatea presupune interzicerea cumulului de funcții, aceasta justificându-se prin faptul stabilirii unei protecții și independențe de orice influențe de orice proveniență, în scopul asigurării obiectivității în executarea unei funcții publice și evitarea concentrării, de către una și aceeași persoană, a unor prerogative excesive⁴⁴, or, instituirea unor incompatibilități are drept scop protejarea membrilor Guvernului în raport cu multiplele presiuni exterioare care se pot exercita asupra acestora și pentru a evita posibile conflicte de interese⁴⁵.

Incompatibilitățile funcționale impuse autorităților publice constituie măsuri de drept menite să asigure real funcționarea statului de drept și democrația. Art. 6 din Constituție stipulează expres separarea puterilor legislativă, executivă și judecătorească și colaborarea lor în exercitarea prerogativelor ce le revin. Conform acestui principiu, toate ramurile puterii de stat trebuie să-și desfășoare activitatea în strictă concordanță cu rigorile constituționale, nici una nu este în drept să comită imixțiuni sau să-și aroge atribuțiile celorlalte puteri. Consacrarea constituțională a incompatibilităților ce țin de exercitarea mandatului de deputat, a celui de Președinte al Republicii Moldova sau de membru al Guvernului, a funcțiilor de judecător, procuror etc. constituie o garanție a îndeplinirii de către legislativ, executiv și autoritatea judecătorească a prerogativelor ce le revin potrivit prevederilor Constituției. Realizarea principiului general al separației și colaborării puterilor în stat are drept scop asigurarea funcționalității

43 DEXI, p. 897.

44 A se vedea : Popa Victor, *Drept Parlamentar*, p. 97; Constantinescu Mihai, Deleanu Ion, Iorgovan Antonie, Muraru Ioan, Vasilescu Florin, Vida Ioan. *Op. cit.*, p. 231.

45 Constituția României. Comentariu pe articole. Coordonatori Muraru Ioan, Tănăsescu Elena Simona. București: C. H. Beck, 2008, p. 969.

statului într-un cadru strict constituțional, excluderea oricăror tentative de instituire a dictaturii și a regimului totalitar⁴⁶.

Cumularea calității de membru al Guvernului cu cea de deputat este contrară regulii specializării și a regulii independenței ale principiului separației puterii în stat. Aceasta ar fi o cale de concentrare a puterii în mâna executivului, ar face în practică ineficient controlul parlamentar asupra Guvernului, putîndu-se ajunge, într-o interpretare puțin exagerată, dar nu și absurdă, ca Guvernul să se autocontroleze, atîta timp cît este format numai din parlamentari. Iar în cazul proiectelor de legi inițiate de Guvern membrii acestuia care ar fi deputați vor participa la vot, putînd influența în mod decisiv, soarta acestor proiecte, devenind, în asemenea situații, un fel de judecător în propria cauză⁴⁷.

Astfel, problema incompatibilităților apare ca o dimensiune a rezonabilității și credibilității care trebuie să caracterizeze exercițiul unei funcții publice într-o societate democratică, într-un stat de drept. Înainte de toate, ideea de incompatibilitate are ca fundament principiul separației puterilor. În al doilea rînd, are ca fundament principiul legalității în activitatea statală, principiu care se bazează pe două prezumții în ceea ce privește actele oficiale: prezumția de autenticitate (actul emană de la cine se afirmă că emană) și prezumția de veridicitate (actul conține ceea ce în mod real s-a decis), dar ambele prezumții pleacă de la premiza obiectivității celor care exercită funcțiile publice. Aceștia trebuie să exprime interesul public și nu interesele personale sau ale unor grupuri izolate⁴⁸.

Incompatibilitățile funcției de membru al Guvernului, din punct de vedere al izvorului care le consacră, pot fi de două feluri: de ordin constituțional și de ordin legal. Astfel, conform dispozițiilor constituționale funcția de membru al Guvernului este incompatibilă cu exercitarea oricărei alte funcții retribuite, prin funcție înțelegîndu-se orice activitate administrativă pe care o prestează cineva în mod regulat și organizat într-o instituție, în schimbul unui salariu.

În conformitatea cu prevederile alin. (2) al art. 99, alte incompatibilități se stabilesc prin lege organică. Astfel, ministrul nu este în drept: 1) să dețină o oricare altă funcție în organele autorităților publice centrale și locale; 2) să se încadreze în organele de conducere a unităților comerciale; 3) să practice activitate de întreprinzător personal sau prin terțe persoane; 4) să dețină o altă funcție retribuită, cu excepția activității științifico-pedagogice⁴⁹. Demnitarul nu este în drept să desfășoare orice altă activitate

46 Hotărîrea Curții Constituționale nr. 9 din 08.04.2010, MO nr. 56-57 din 20.04.2010.

47 A se vedea: Burdeau Georges, Hamon Francis, Troper Michel, Droit constitutionnel, 25-e édition, Paris: LGDJ, 1997, p. 104; Muraru Ioan, Tănăsescu Elena Simina. Drept constituțional și instituții politice. Ediția 13. Vol. II. București: C. H. Beck, 2009, p. 242; Apostol Tofan Dana. Drept administrativ. Vol. I. Ediția 2-a. București: C. H. Beck, 2008, p. 175.

48 Constantinescu Mihai, Iorgovan Antonie, Muraru Ioan, Tănăsescu Elena Simina. Op. cit., p. 172.

49 Art. 29, alin. (2) din Legea nr. 64 din 31.05.1994 cu privire la Guvern, MO nr. 131-133 din 26.09.2002.

remunerată, cu excepția activităților didactice și științifice. Situația de incompatibilitate urmează să înceteze în decursul unei luni din momentul apariției acesteia⁵⁰, or, incompatibilitatea naște, prin existența ei, dreptul titularului funcției guvernamentale de a opta pentru una din funcțiile care nu pot fi exercitate concomitent de una și aceeași persoană. În aceste condiții, cel care se află într-o stare de incompatibilitate este chemat să-și exprime opțiunea pentru una din funcții. Calitatea de membru al Guvernului necesită concentrarea sporită a eforturilor, fapt ce face că această funcție să fie incompatibilă cu toate celelalte funcții de stat sau private, or, incompatibilitatea cu funcțiile private se justifică pe necesitatea asigurării independenței membrului Guvernului și a evitării confundării intereselor generale cu cele personale. Cumul cu funcțiile private ar putea pune sub semnul întrebării corectitudinea atitudinilor membrului Guvernului în problemele legate de specificul întreprinderilor sau societăților (financiare, industriale, comerciale etc.) în care ar deține o funcție⁵¹. Membrii Guvernului, pe perioada cît dețin această funcție, nu pot desfășura activitățile menționate tocmai pentru ca, pe de-o parte, să lise asigure toate condițiile, astfel încît întreaga putere de muncă să fie consacrată îndeplinirii sarcinilor ce le revin în funcția pe care o au, de membri ai Guvernului, iar, pe de altă parte, pentru a se evita orice suspiciune referitoare la integritatea etico-profesională⁵².

În același timp, reieșind din faptul că membrii Guvernului sunt persoane oficiale exponente ale unui interes politic deosebit, eminentamente persoane politice care în exercitarea atribuțiilor trebuie să manifeste loialitate și consecvență pentru realizarea scopurilor politice, să dea dovadă de atașament politic față de programul de guvernare, pentru îndeplinirea căruia au fost investiți în funcțiile respective, demnitarul poate avea calitatea de membru al partidelor politice legal constituite, cu excepțiile prevăzute de legea specială. Însă, demnitarul, în exercitarea atribuțiilor funcționale, trebuie să se abțină de la propagarea doctrinei și ideologiei partidului sau organizației social-politice al cărei membru sau al cărei exponent este, inclusiv să se abțină de la participarea la colectarea de fonduri, la folosirea resurselor administrative, la afișarea însemnelor sau a obiectelor inscripționate cu sigla sau cu denumirea partidelor politice ori a candidaților acestora, de la crearea sau contribuirea la crearea unor subdiviziuni ale partidelor politice în cadrul autorității publice pe care o conduce sau în al cărei cadru își exercită funcția de demnitate publică⁵³.

50 Art. 12 din Legea nr. 199 din 16.07.2010 cu privire la statutul persoanelor cu funcții de demnitate publică.

51 A se vedea: Guceac Ion. Op. cit., 2004, p. 403; Muraru Ioan, Constantinescu Mihai. Op. cit., p. 328-329.

52 Prisacaru Valentin. Op. cit., p. 140.

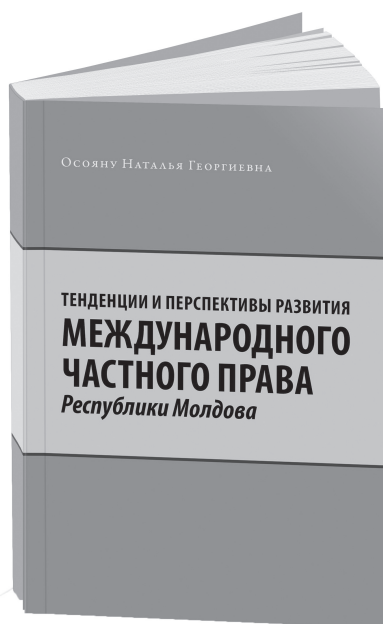
53 Art. 10 din Legea nr. 199 din 16.07.2010 cu privire la statutul persoanelor cu funcții de demnitate publică.

ОСОЯНУ Н.Г.
**«ТЕНДЕНЦИИ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ
МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА
РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА»**

(Кишинев, 2011)

Среди задач, стоящих перед молдавской доктриной международного частного права, особо выделяется необходимость обретения ею самостоятельности в разработке теорий и концепций, отражающих проблемы, свойственные именно МЧП РМ. Оригинальная монография Н.Г. Осояну появилась в нужное время: концепции, предлагаемые автором, являют собой современный ответ на пути к решению целого комплекса задач по определению направленности развития нормотворчества в области международного частного права Республики Молдова.

В молодых суверенных государствах, к числу которых принадлежит Молдова, эволюция международного частного права играет особо важную роль, поскольку формирующиеся трансграничные экономические связи нуждаются в эффективном правовом регулировании. Несложно проследить эволюцию законодательства в данной области, опираясь на данные о нормативно-правовых актах, принятых молдавским Парламентом, однако исследование тенденций и перспектив развития международного частного права РМ, осуществленное в предлагаемой читателю и научной общественности монографии, затрагивает гораздо более глубокие процессы, включающие взаимодействие и взаимовлияние правовых систем Молдовы, России и Румынии. Такой подход к теме исследования, опирающийся на использование свойственной доктрине права Европейского Союза метода поиска идентичностей (стр.9-10), является новаторским не только для молдавской правовой науки в целом и для молдавского международного частного права в частности. Важность и необходимость его применения позволяет выявить общие закономерности, присущие развивающимся национальным системам международного частного права.



Метод поиска идентичностей позволил автору классифицировать факторы, оказывающие влияние на становление и развитие МЧП РМ, и выделить среди них экономическую идентичность в качестве генерального фактора, чьё воздействие на правовое регулирование трансграничных частнопровых отношений является наиболее важным (стр.67, 148). Вместе с тем, автор констатирует негативные эффекты, порождённые иными, в данном случае - субсидиарными видами идентичности – языковой, геополитической, исторической, - и приходит к справедливому выводу о том, что идентичности подвержены взаимовлиянию и могут усиливать или ослаблять друг друга (стр.108).

Осуществленный автором монографии сравнительно-правовой анализ молдавского, российского и румынского правового регулирования трансграничных частнопровых отношений показал, что отдельные проблемы, свойственные молдавскому МЧП, берут своё начало в чрезмерных и зачастую необоснованных ничем, кроме языковой идентичности, заимствованиях из румынской правовой доктрины и из румынского законодательства. Автор называет это явление «румынизацией молдавского МЧП» (стр.23). «Румынизация», как показано в монографии, привела к ослаблению жизненно важной связи между доктриной, законодательством и правоприменительной деятельностью в области МЧП, в результате чего проблемы, изначально свойственные системе международного частного права любого молодого суверенного государства, существенно усугубились. Нельзя опровергнуть тот факт, что в наше парадоксальное время особую важность для любой страны имеет укрепление экономических связей через межгосударственное «разделение труда» – то есть, посредством выявления экономической идентичности. Использование остальных идентичностей в случае Молдовы неизбежно приведёт к болезненному переделу ещё неокрепшей экономики, политизации и разрушению среднего класса, а также испортит отношения с соседними странами.

В монографии затронуты и другие вопросы, представляющие интерес для молдавского МЧП: фактическое двуязычие и связанные с ним особенности гармонизации МЧП (стр.98), сближение молдавского международного частного права с правом Европейского Союза (стр.86), многочисленные ошибки и неточности, искажающие смысл положений Книги пятой Гражданского Кодекса РМ (стр.107). Автор не ограничивается констатацией проблемы, но предлагает для каждого конкретного случая способы изменения действующего законодательства.

В целом можно сделать вывод, что монография «Тенденции и перспективы развития международного частного права Республики Молдова» представляет собой оригинальное научное исследование, отличающееся нестандартным подходом и имеющее как теоретическую, так и практическую ценность. Автор дополняет понятийный аппарат доктрины МЧП РМ такими новыми

понятиями, как «идентичность» и «метод поиска идентичностей», и вводит в научный оборот материалы европейских доктрин, не ограничиваясь традиционными отсылками к румынским теоретикам МЧП. Оценивая монографию в целом, можно назвать её своего рода итоговым документом, обобщившим имеющуюся национальную литературу с учётом вклада в её развитие ведущих представителей молдавской доктрины МЧП и предложившим классификацию молдавского МЧП как правовой системы состоявшегося самостоятельного и признанного государства.

Анна ПРИХОДЬКО,

Постоянный член Российской Ассоциации международного права, к.ю.н., преподаватель кафедры международного частного права Московской Государственной Юридической Академии им. О.Е. Кутафина