

UNIVERSITATEA LIBERĂ INTERNAȚIONALĂ DIN MOLDOVA
FREE INTERNATIONAL UNIVERSITY OF MOLDOVA

ȘCOALA DOCTORALĂ ULIM
THE ULIM GRADUATE SCHOOL

FACULTATEA DREPT
FACULTY OF LAW

*Politiae legibus,
non leges politis adaptandae*

REVISTA

**STUDII JURIDICE
UNIVERSITARE**

ISSN 1857-4122

ANUL XIV

Nr. 1

2021

UNIVERSITATEA LIBERĂ INTERNAȚIONALĂ DIN MOLDOVA (ULIM)
FREE INTERNATIONAL UNIVERSITY OF MOLDOVA

FACULTATEA DREPT
FACULTY OF LAW

STUDII JURIDICE UNIVERSITARE

Publicație științifică de profil Categoria B

Apare de 2 ori pe an

Responsabilitatea pentru autenticitatea, originalitatea și caracterul novator, irepetabil al conținuturilor științifice expuse în prezenta lucrare revin în exclusivitate autorului (autorilor)

2021, Anul XIV, Nr. 1 (53)

Volumul a fost recomandat spre publicare de Senatul ULIM (Proces verbal № 1 din 29.09.2021)

FONDATOR / FOUNDER: Academician, Prof. univ., Dr. hab., **Andrei GALBEN**

REDACTOR-ŞEF / EDITOR-IN CHIEF: Conf. univ., Dr., Vitalie GAMURARI

SECRETAR DE REDACȚIE / EDITORIAL SECRETARY: Ms., Alexandru BOSTAN

COLEGIUL DE REDACȚIE / BOARD OF EDITORS:

Prof. univ., Dr. hab., Andrei SMOCHINĂ (*ULIM*)

Prof. univ., Dr. hab., Dumitru BALTAG (*ULIM*)

Conf. univ., Dr. hab., Mihai POALELUNGI (*ULIM*)

Prof. univ., Dr., Xavier PHILIPPE (*Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France*)

Conf. univ., Dr. hab., Natalia SOCOLOVA (*Academia de Drept, Moscova, Rusia (MFOA)*)

Conf. univ., Dr. hab., Olena GRINENKO (*Asociația Juriștilor din Ucraina, Kiev, Ucraina*)

Conf. univ., Dr., Andrey KOZIK (*Asociația de Drept Internațional, Belarus, Minsk, Belarus*)

Conf. univ., Dr., Mykola GNATOVSKYY (*Vice-președinte Asociația de Drept Internațional a Ucrainei, Institutul de Relații Internaționale, Universitatea Națională „Taras Shevchenko” Kiev, Ucraina (KIMO)*)

Conf. univ., Dr., Oksana SENATOROVA (*Universitatea Națională de Drept „Yaroslav the Wise”, Harkov, Ucraina*)

Conf. univ., Dr., Vladimir VARDANEAN (*Parlament, Armenia*)

Conf. univ., Dr., Serghei ȚURCAN (*Curtea Constituțională a Republicii Moldova*)

Conf. univ., Dr., Alexandru CAUIA (*ULIM*)

Conf. univ., Dr., Natalia OSOIANU (*ULIM*)

Dr., Alexandrina IOVIȚĂ (*UNAIDS, Geneva, Elveția*)

Revista STUDII JURIDICE UNIVERSITARE reprezintă o publicație periodică științifico-teoretică și informațional-practică editată de Școala Doctorală ULIM și Facultatea Drept, Universitatea Liberă Internațională din Moldova. Articolele științifice sunt recenzate.

Revista STUDII JURIDICE UNIVERSITARE este o revistă cu acces deschis, în mod liber accesibilă on-line (www.ulim.md/sju), conform Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Tot conținutul revistei este indexat și arhivat în Instrumentul Bibliometric Național (ibn.idsi.md), DOAJ, CEEOL, IndexCopernicus, CiteFactor, elibrary.ru și HeinOnline.

Adresa: str. Vlaicu-Pârcălab, 52, Chișinău, Republica Moldova, MD 2012,
tel: (+373 22) 22-99-74; e-mail: revistasju@gmail.com; vgamurari@gmail.com; www.ulim.md/sju

Tiraj: 100 ex.

ISSN 1857-4122

© Universitatea Liberă Internațională din Moldova

CUPRINS

ARGUMENT	7
FOREWORD	9

DREPT INTERNAȚIONAL

Vitalie GAMURARI, Ionuț-Gabriel DULCINATU. Statutul victimei în viziunea justiției penale internaționale și celor naționale: aspect comparat (<i>partea I</i>).....	13
Alexandru CAUIA, Feodor BRIA. Evoluția reglementării juridice internaționale a navigației aeriene civile (<i>partea II</i>).....	20
Olga BENEȘ. Evoluția jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la cererile interstatuale	32

DREPT PUBLIC

Andrei SMOCHINĂ, Eugeniu TROCIN. Dreptul la apărare ca garanție complexă a dreptului de acces liber la justiție	41
Nicolae FALĂ, Mihail POALELUNGI. Particularitățile construcției juridice ale suspendării executării actului administrativ individual defavorabil (<i>partea I</i>)	55
Ion POSTU, Elena TENTIUC. Repere conceptuale ale încorporării, ca formă simplă a sistematizării legislației	75
Gheorghe SULT. Aplicarea pedepsei la încheierea acordului de recunoaștere a vinovăției în Republica Moldova	84

DREPT PRIVAT

Evlampie DONOS, Silvia STICI. Instituția consumatorului de resurse energetice în legislația și practica judiciară a Republicii Moldova și a Uniunii Europene	97
Ion RUSU. Arhitectura juridică a interferenței funcționale a principiului echității cu principiul legalității	109

ȘTIINȚE PENALE

Mihail SORBALA. Incursiuni generale privind aplicarea legii penale.....	135
Vitalie BUDECI, Olesia RUSU. Analiza juridico-penală a infracțiunii de trafic de ființe umane.....	142

TRIBUNA DOCTORANDULUI

Corneliu GUȘANU. Organizația Națiunilor Unite, Comitetul Internațional al Crucii Roșii și dreptul internațional umanitar (<i>partea II</i>)	151
Sergiu SUVAC. Evoluția ideilor despre libertatea de gândire. Abordare filozofico-juridică	159
Elena-Tatiana NĂVODARIU. Obiectivele justiției în materie penală a Bosniei și Herțegovinei în contextul punerii în aplicare a instituțiilor justiției tranziționale ca factor al reconcilierii naționale	167
Florin CIOBANU. Considerații cu privire la autorul infracțiunii ca purtător de informație cu semnificație criminalistică.	178
Ionuț POPESCU. Considerații juridico-procesuale privind utilizarea cunoștințelor specializate la cercetarea la fața locului	186
Elena DEMIAN. Natura juridică a contractului de franchising	196
Corina ZACON. Inițiativa Organizației Națiunilor Unite de reglementare a activităților companiilor militare și de securitate private.	203

RECENZII

Vitalie GAMURARI. Recenzie la manualul „ <i>Droit pénal international</i> ” Autor: Didier REBUT, 3-ème édition, Paris : DALLOZ, 2019. 882 p.	209
--	-----

IN MEMORIAM

Doctor habilitat, profesor universitar Victor POPA.	211
--	-----

DATE DESPRE AUTORI	213
------------------------------	-----

INFORMATION ABOUT THE AUTORS	214
--	-----

CERINȚE FAȚĂ DE MANUSCRISE	215
--------------------------------------	-----

REQUIREMENTS FOR MANUSCRIPTS.	216
---------------------------------------	-----

SUMMARY

FOREWORD (<i>in romanian</i>).....	5
FOREWORD.....	7

INTERNATIONAL LAW

Vitalie GAMURARI, Ionuț-Gabriel DULCINATU. The Status of the Victim in the Vision of International Criminal Justice and National Criminal Justice: A Comparative Study (<i>part II</i>).....	13
Alexandru CAUIA, Feodor BRIA. Evolution of International Legal Regulations For Civil Air Navigation (<i>part II</i>).....	20
Olga BENEȘ. Evolution of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights on Interstate Requests.....	32

PUBLIC LAW

Andrei SMOCHINĂ, Eugeniu TROCIN. The Right to Defense as a Complex Guarantee of the Right of Free Access to Justice.....	41
Nicolae FALĂ, Mihail POALELUNGI. Peculiarities of the Legal Construction of the Suspension of the Execution of the Unfavorable Individual Administrative Act (<i>part I</i>)....	55
Ion POSTU, Elena TENTIUC. Conceptual Benchmarks of Incorporation, as a Simple Form of Systematization of Legislation.....	75
Gheorghe SULT. Application of the Penalty to the Conclusion of the Criminal Recognition Agreement in the Republic of Moldova.....	84

PRIVATE LAW

Evlampie DONOS, Silvia STICI. The Institution of the Consumer of Energy Resources in the Legislation and Judicial Practice of the Republic of Moldova and the European Union. . .	97
Ion RUSU. Legal Architecture of Functional Interference of the Principle of Equity With the Principle of Legality.....	109

CRIMINAL SCIENCES

Mihail SORBALA. General Incursions Regarding the Application of the Criminal Law ..	135
Vitalie BUDECI, Olesea RUSU. Legal-Criminal Analysis of the Crime of Trafficking in Human Beings.....	142

TRIBUNE OF THE POST-GRADUATE STUDENTS

Corneliu GUSANU. United Nations, International Committee of the Red Cross and International Humanitarian Law (<i>part II</i>)	151
Sergiu SUVAC. The Evolution of Ideas About Freedom of Thought. Philosophical-Legal Approach	159
Elena-Tatiana NĂVODARIU. Objectives of Criminal Justice in Bosnia and Herzegovina in the Context of the Implementation of Transitional Justice Institutions as a Factor of National Reconciliation	167
Florin CIOBANU. Considerations Regarding the Perpetrator as a Carrier of Information of Criminal Significance	178
Ionuț POPESCU. Legal-Procedural Considerations Regarding the Use of Specialized Knowledge in Examination of the Crime Scene.	186
Elena DEMIAN. The Legal Nature of the Franchise Contract	196
Corina ZACON. United Nations Initiatives to Regulate the Activities of Private Military and Security Companies	203

REVIEWS

Vitalie GAMURARI. Review on the book “ <i>Droit pénal international</i> ”. Author: Didier REBUT, 3-ème édition, Paris : DALLOZ, 2019. 882 p.	209
---	-----

IN MEMORIAM

Doctor of juridical sciences, university professor Victor POPA.	211
--	-----

INFORMATION ABOUT THE AUTORS	214
--	-----

REQUIREMENTS FOR MANUSCRIPTS.	216
---------------------------------------	-----

ARGUMENT

Paci sunt maxime contraria, vis et enjuria

Publicația periodică științifico–teoretică și informațional–practică „*Studii Juridice Universitare*“ a fost fondată în 2008, iar pe parcursul anilor a suferit mai multe modificări, inclusiv de fond și de formă, de fiecare având un scop nobil — îmbunătățirea calității volumelor publicate.

Astfel, respectând rigorile față de o revistă științifică, stabilite de autoritățile competente, a fost acceptat trecerea la formatul editării a **două numere per an** — Nr. 1 și Nr. 2, rezervând posibilitatea de editare a unui număr special, fie cu ocazia unei manifestări științifice semnificative, fie a unui proiect științific internațional.

Revista a trecut mai multe etape din punct de vedere al editării. A fost fondată în cadrul Facultății Drept, apoi a fost editată împreună cu Școala Doctorală Drept, modificarea respectivă fiind dictată de noul cadru legal — adoptarea de către Parlament la 17.07.2014 a Codului Educației al Republicii Moldova, în vigoare din 23.11.2014, dar, în egală măsură și a Regulamentului privind organizarea studiilor superioare de doctorat, ciclul III, aprobat prin Hotărârea Guvernului nr.1007 din 10.12.2014.

Actualmente revista este editată de Facultatea Drept și Școala Doctorală ULIM, care la rândul său a unificat cele 3 (trei) școli doctorale existente anterior, având în cadrul său și 3 (trei) reviste acreditate de ANACEC.

În acest context, aducem la cunoștință faptul că, revistei „*Studii Juridice Universitare*“, prin Decizia Consiliului de Conducere al Agenției Naționale de Asigurare a Calității în Educație și Cercetare nr. **72 din 27 noiembrie 2020**, i-a fost eliberat Certificat de recunoaștere a revistei în calitate de **publicație științifică de profil Seria RȘP Nr. 024 Tipul B!** Acest succes Revista datorează întregului Colectiv al Facultății Drept, al Școlii Doctorale ULIM, membrilor Colegiului de redacție, inclusiv din Republica Moldova și din centrele universitare din alte țări. Or, gradul înalt de cercetare este garantat inclusiv de componența solidă a Colegiului de redacție, compus din experți de talie națională și internațională.

Printre obiectivele promovate de revistă și în continuare, evidențiem publicarea unor lucrări de valoare, ce reflectă rezultatele cercetărilor curente în care sunt antrenati reprezentanți ai mediului academic, inclusiv cadre didactice ale facultății, reprezentanți ale instituțiilor din Republica Moldova și din alte state.

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 continue să promoveze elementul novator implementat în numerele precedente — 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 aceștia au posibilitate să-și publice rezultatele cercetărilor, lucrările fiind recenzate de experți în domeniu.

Una din rubricile tradiționale este prezentarea noilor lucrări științifice apărute în perioada respectivă. Prezentul număr este dedicat manualului „Droit pénal international”, autor Didier REBUT, 3-ème édition, Paris : DALLOZ, 2019 – 882 p.

Rubrica *IN MEMORIAM* este dedicată dlui **Victor POPA**, profesor universitar, doctor habilitat, care a activat în cadrul Facultății Drept și a Școlii Doctorale Drept, ULIM.

Materialele publicate în revistă sunt plasate și pe site-ul revistei și indexate în multiple baze de date internaționale, fapt ce contribuie la sporirea calității lucrărilor prezentate. Sperăm că această practică ulterior va duce 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 journal aimed both at theoretical research and practical information *Studii Juridice Universitare (University Legal Studies)* was established in 2008, and in the course of the years had experienced many modifications of form and substance, each of them with a noble scope — the improvement of published volumes.

Thus, respecting the rigors of a scientific journal, established by the competent authorities, it was accepted to switch to the format of publishing **two issues per year** — No. 1 and No. 2, reserving the possibility of editing a special issue, either on the occasion of a significant scientific event or an international scientific project.

The journal went through several stages in terms of publishing. It was founded within the Faculty of Law, then it had been published together with the Doctoral School of Law, the respective amendment being dictated by the new legal framework — the adoption by the Parliament on 17.07.2014 of the Education Code of the Republic of Moldova, in force since 23.11.2014, as well as the Regulation on the organization of higher doctoral studies, cycle III, approved by Government Decision no. 1007 of 10.12.2014.

Currently, the journal is published by the Faculty of Law and the ULIM Doctoral School, which in turn unified the 3 (three) previously existing doctoral schools, having within it 3 (three) journals accredited by ANACEC.

In this context, we inform you that the journal *University Legal Studies*, in accordance with the Decision of the Board of Directors of the National Agency for Quality Assurance in Education and Research no. 72 of November 27, 2020, was issued a **Certificate of recognition of the journal as a scientific publication of the profile RSP Series No. 024 Type B!** This success is due to the entire staff of the Faculty of Law, the ULIM Doctoral School, the members of the Editorial Board, including from the Republic of Moldova and from university centers in other countries. However, the high degree of research is also guaranteed by the solid composition of the Editorial Board, composed of national and international experts.

Among the objectives continually promoted by the magazine, we have to emphasize the publication of valuable works, which reflect the results of the current research and in which are engaged representatives of the academic medium, including faculty staff and representatives of the institutions from the Republic of Moldova and other states.

The journal is structured into sections that reflect actual problems of different legal domains, as follows: *International Law, Public Law, Private Law* and *Criminal Sciences*.

The magazine continues to promote the innovative element implemented in the previous issues — the aforementioned sections include the research of post-graduate students, the criterion being the finalization of the doctoral studies and completion of thesis, including the beginning of the procedure of its defense. This exception is aimed at confirmation of high level of doctoral studies. This rule is applied in the same measure to the experts, whose research presents an interest, especially for the practitioners.

Promoting the idea of supporting young researchers, the magazine provides a special section — *The Tribune of Post-Graduate Student*, which gives those researchers a possibility to publish the results of their work, the articles being reviewed by experts in the domain.

One of the traditional rubrics is presenting new scientific works published during the corresponding period. This issue is dedicated to the book “Droit pénal international”, by Didier REBUT, 3-ème édition, Paris : DALLOZ, 2019 – 882 p.

The *IN MEMORIAM* section is dedicated to Mr. **Victor POPA**, university professor, doctor of juridical sciences, who worked within the Faculty of Law and the Doctoral School of Law, ULIM.

The articles published in the journal are also placed on the journal’s website and indexed in multiple international databases, which contributes to increasing the quality of the papers presented. We hope that this practice will in the long run contribute to the promotion of the image of the local legal science in the various European states, and the journal *Studii Juridice Universitare* will retain its role of a real promoter of scientific values and European traditions of legal education.

*Vitalie GAMURARI, PhD, associate professor,
Editor-in-chief*

DREPT INTERNAȚIONAL

INTERNATIONAL LAW

STATUTUL VICTIMEI ÎN VIZIUNEA JUSTIȚIEI PENALE INTERNAȚIONALE ȘI CELOR NAȚIONALE: ASPECT COMPARAT (PARTEA I)

Vitalie GAMURARI, doctor în drept, conferențiar universitar (ORCID: 0000-0003-3634-8554)

Ionuț-Gabriel DULCINATU, doctorand (ORCID: 0000-0001-6154-7796)

THE STATUS OF THE VICTIM IN THE VISION OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE AND NATIONAL CRIMINAL JUSTICE: A COMPARATIVE STUDY (PART I)

The evolution of the process of recognizing the victim as an important subject for national and international criminal justice has been and is a long one. The reciprocal influence of national and international law has also left its mark on the determination of the place and role of the victim in criminal proceedings. However, the international recognition of the concept of „victimology“ is nothing more than a confirmation that, under the influence of international law and national legal systems, the victim is gradually becoming increasingly important, thus promoting the concept of equity in the context of criminal proceeding, both national and international.

Keywords: *victim, international criminal justice, international crimes, Roman-Germanic law, common law, universal competence.*

Evoluția procesului de recunoaștere a victimei ca subiect important pentru justițiile penale naționale și internaționale a fost și este unul de durată. Influența reciprocă a dreptului național și a dreptului internațional și-a lăsat amprenta și asupra determinării locului și rolului victimei în cadrul procesului penal. Or, recunoașterea la nivel internațional a conceptului „victimologie“, nu este altceva decât o confirmare a faptului că sub influența dreptului internațional și sistemele naționale de drept acordă treptat o importanță crescândă victimei, astfel promovând conceptul echității în contextul proceselor penale, atât naționale, cât și internaționale.

Cuvinte-cheie: *victimă, justiție penală internațională, crime internaționale, drept romano-germanic, common law, competență universală.*

Introducere

Istoria reală ne permite să constatăm unele lucruri neplăcute. Victimele atrocităților erau de fiecare dată supuse unor suferințe dure, fără a avea vreodată posibilitatea să acceadă la un adevăr judiciar, la recunoașterea faptelor și la condamnarea autorilor faptelor, celor ce le-au provocat suferințe grave. Practic de fiecare dată, aceste victime nu păreau a fi altceva decât careva umbre — fără fețe, fără voci, fără lumină — condamnate la indignare în liniște sau la transformarea frustrației sale într-o dorință de răzbunare sălbatică care poate ușor duce umanitatea într-un lanț crud de ură continue.

Secolul XX prin ororile comise a provocat mai degrabă o abordare cinică față de masacre, o căutare de justiție, care poate astfel fi calificată revoluționară în vede-

rea disprețului al istoriei pentru tratamentul judiciar al ororilor. De la Nuernberg la Haga, o largă mișcare împotriva impunității s-a dezvoltat până la crearea primei jurisdicții penale internaționale cu caracter permanent. Fără a neglija profundele obstacole care sunt prezente chiar și după instituirea Curții Penale Internaționale (CPI) — o instituție încă supusă unor abordări, cei drept tot mai puține, cel puțin în întrebări referitor la legitimitatea sa, marcate prin greutatea politicului asupra judiciului — ne putem permite doar să menționăm obiectivul nobil al acestei jurisdicții, acela al pariului de descurajare într-o lume de pradă. În această lume, care spre apariția unei comunități internaționale efective, este necesar ca victimele de război să fie recunoscute în prim plan ca prioritate în fața CPI.

Trebuie să recunoaștem că ultimele decenii confirmă faptul schimbării atitudinii față de victime. Astfel, asistăm la substituirea dominației impunității prin dominația justiției, constatând totodată, în cadrul ultimei, trecerea de la justiție retributivă axată pe condamnarea acuzatului, la o justiție restaurativă, care pune victima în centrul acțiunii judiciare. În orice caz, tot mai multe voci sunt auzite astăzi, care afirmă că nu poate exista pace fără justiție, dar nici justiție fără recunoașterea interesului victimei.

De la victimă în viziunea venirii unei justiții penale internaționale în „spiritul“ de Roma

Istoria conflictelor armate demonstrează o creștere constantă a numărului victimelor, în special în rândul populației civile. În secolul XX, caracterul conflictelor s-a schimbat după natura sa, civilii s-au pomenit în situația în care sunt mai afectați în comparație cu combatanții, astfel problematica destinului victimelor devenise și mai actuală. Studiile efectuate de Comitetul Internațional al Crucii Roșii demonstrează clar evoluția negativă a procentajului victimelor în rândul populației civile. Așa, de exemplu, în războiul franco-prusac (1870—1871) procentul victimelor din rândul populației civile a constituit 2 %; în Primul Război Mondial (1914—1918) — 24 %; în al Doilea Război Mondial (1939—1945) — 48 %. Odată cu adoptarea Cartei ONU în 1945, prin care războiul a fost declarat în afara legii, aplicarea forței fiind stric reglementată de acest Document, a apărut speranța că Omenirea nu se va mai confrunta cu astfel de flagel. Or, conflictele armate au continuat, majoritatea fiind non-internaționale, ce s-au caracterizat prin violențe, victime ale căror era în special populația civilă. Astfel, în anii 70 ai secolului XX, procentajul victimelor printre populația civilă a ajuns până la 70 % (Coreea, Vietnam). Ce să mai spunem la acest subiect în raport cu conflictele din anii 90 ai secolului XX din fosta Iugoslavie sau Rwanda? Un alt argument, un alt exemplu și mai dur sunt conflictele armate declanșate la începutul secolului XXI — Afganistan, Irak, Siria, Libia!!! Cu regret, trebuie să acceptăm realitatea — procentajul victimelor în rândul populației civile, cu siguranță depășește 80%!!! Apare întrebarea firească — cine este mai protejat în timp de conflict armat — combatantul, care este participant direct la operațiunile militare sau populația civilă, care nu participă la acțiuni armate și este protejată de

Convenția IV de la Geneva din 1949? Cred că cifrele prezentate oferă un răspuns expres?!

Un moment plauzibil. Delegațiile naționale prezente la Roma între 14 iunie și 17 iulie 1998 pentru a negocia Statutul de la Roma ce crea Curtea Penală Internațională, în mod frecvent s-au expus inclusiv în lumina abordării intereselor victimelor civile la începutul discursurilor sale.¹ Totodată, consecințele au fost de durată și progressive la nivel de texte protectoare mai degrabă decât în raport cu primele procese internaționale. Anii 60 ai secolului XX și experiența tribunalelor *ad hoc* pentru fosta Iugoslavie și Rwanda au constituit un prim viraj înainte de venirea „spiritului de Roma“. Astfel, dacă unele victime au putut beneficia de procese ale celor ce i-au torturat, Curtea Penală Internațională are ambiția de a le asocia pe deplin tuturor procedurilor contra autorului unei crime recunoscute de Statutul de la Roma.

Proiectul Moynier privind jurisdicția penală internațională marca în 1872 prima voință de a lua în considerație victima — articolul 7 § 1 al acestui text prevede posibilitatea de acordare a unei despăgubiri victimelor de război.² În orice caz, primii pași ai justiției penale internaționale mai departe au fost marcați prin prioritatea acordată stabilirii culpabilității acuzatului, fără nici un respect în raport cu victimele sale. În cadrul primului proces internațional de la Nuernberg, procurorii britanici și americani nu au invitat pentru a da mărturii nici o victimă a regimului nazist. În afară de asta, primele tratate în materie de drept internațional umanitar, în special cele 4 Convenții de la Geneva din 1949, protejează victimele crimelor internaționale, însă nu stipulează nici un drept care ar permite o acțiune judiciară, nici o posibilitate de a interveni în cadrul unui proces, precum nici drept la despăgubire.³ Începând cu anii 60 ai secolului XX victimelor le-a fost recunoscut un rol activ în examinarea infracțiunilor comise față de ele. Texte universale sau convenții regionale au consacrat în mod progresiv anumite drepturi ale victimelor. A se vedea: articolele 2 și 9 ale Pactului Internațional privind Drepturile Civile și Politice (1966), care dezvoltă articolul 8 al Declarației Universale a Drepturilor Omului (1948). În egală măsură, a se vedea: Convenția Europeană a Drepturilor Omului (1950) sau articolele 3 și 14 ale Convenției contra torturii (1948). Aceste texte recunosc dreptul la plângere sau despăgubire pentru victime, drepturile

- 1 United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court. Rome, 15 June — 17 July 1998. Official Records. Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. A/CONF.183/SR [on-line] https://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf (consultat la 15.02.2021).
- 2 Moynier Gustave. Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève. In : Bulletin internationale des sociétés de secours aux militaires. Nr. 11, 1872, p. 122, Article 7 [on-line] <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/S1816967800044310a.pdf> (consultat la 15.02.2021).
- 3 Walley Luc. Victimes et témoins de crimes internationaux : du droit à une protection au droit à la parole. In : Revue internationale de la Croix-Rouge. Vol. 84, nr. 845, mars 2002, pp. 51-77 [on-line] https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/irrc_845_001_walley.pdf (consultat la 15.02.2021).

fundamentale ale cărora au fost încălcate. O mișcare ce întrunește un număr suficient de intelectuali și ONG, sub influența doctrinei penale a „apărării sociale“, militau pentru o astfel de evoluție. Victimologia umanitară se afirmă astfel ca o disciplină în vogă.⁴ În final, o recunoscută majoră a drepturilor victimelor a intervenit odată cu adoptarea Declarației privind principiile fundamentale ale justiției relativ la victimele criminalității și victimelor abuzului de putere din 1985.⁵

Referitor la ambițiile textelor pertinente, putem menționa statutele tribunalelor *ad hoc* pentru fosta Iugoslavie (TPII) și Rwanda (TPIR), care au avansat un pic. Totuși, locul rezumat victimei de către aceste jurisdicții penale internaționale după Nuernberg, în opinia experților, nu corespund speranțelor.⁶ În cadrul statutelor, o singură dispoziție intitulată „Protecția victimelor și a martorilor“, tratează din viziunea victimei, retrimițând doar la Regulamentul de procedură și de probe (articolele 22 și 21 ale Statutelor TPII și TPIR). Acestea nu autorizează participarea directă la faza judiciară. În cazul în care Procurorul reprezintă în mod oficial victimele, voința de a urgenta procesul este uneori contradictorie cu interesele acestora. Victimele nu mai pot solicita reparație sau despăgubire pentru suferințele îndurate. Or, regula 106 a Regulamentului de procedură și de probe a TPII face referință la jurisdicțiile naționale. Singurele dispoziții protectoare sunt relativ la mărturie în fața celor două tribunale. În acest sens, o Secție privind ajutorul victimelor și martorilor fusese pusă în aplicare pentru a garanta securitatea martorilor și pentru a propune un ajutor atât logistic, cât și psihologic.

O astfel de absență a dispozițiilor mai favorabile victimelor se explică prin dorința de a acționa repede și de a se focaliza astfel asupra pedepsei culpabililor, așa ca mulți erau de acei care au denunțat participarea marilor puteri față de purificarea etnică în fosta Iugoslavie și față de genocidul din Rwanda. Victimele au fost astfel ținute nu ca un obiectiv major al represiei, ci ca un mijloc de stabilire a culpabilității acuzațiilor, parchetul dispunând de mai puține probe ca precedentul, cel de la Nuernberg.

Abordarea conceptului victimei în common law și dreptul romano-germanic

Poziția victimei în cadrul sistemului judiciar penal variază de o manieră semnificativă în dependență de state și depinde în special de sistemul adoptat de state, fie este vorba despre *common law*, fie romano-germanic. Pentru consolidare, pentru

4 Audet Jean, Katz Jean-François. Précis de victimologie générale. 2-eme édition. Paris : Dunod. 2006, p. 173.

5 Rezoluția 40-34 adoptată de Adunarea Generală a ONU în baza raportului Comisiei Trei (A/40/881) din 29 noiembrie 1985 „Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d’abus de pouvoir« [on-line] https://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/40/34&Lang=F (consultat la 15.02.2021).

6 Ascencio Hervé, Decaux Emmanuel, Pellet Alain. Droit international pénal. Paris : Pedone. 2000, pp. 779-784.

statele din sistemul *common law*, se enumeră Marea Britanie, SUA, Australia, Canada, India, Israel, Pakistan, Filipinele, Malaiezia etc., pe de altă parte, sistemul romano-germanic se extinde în mare parte în Europa continentală, în America Latină, dar și în unele state din Africa și Asia — Republica Democrată Congo, Liban, Senegal, Siria etc.

În sistemul *common law*, rolul victimelor este în general cantonat cu cel al martorului. O participare activă a victimei este în principiu considerată incompatibilă cu principiile fundamentale ale justiției penale, astfel o rezistență feroce a fost opusă ideii de a acorda victimelor un rol mai semnificativ. Una din principalele preocupări exprimate de cei ce fac parte din sistemul *common law*, în ceea ce ține de participarea victimelor la procedurile penale, este că adăugarea unei terțe părți ar putea perturba echilibrul procesului penal, care constă în mod tradițional într-o confruntare între acuzare și apărare și că el ar tergiversa considerabil procedura, punând astfel în pericol dreptului acuzatului la un proces echitabil.

Și invers, sistemul romano-germanic permite în general victimelor să aibă un rol activ și central în cadrul procedurii penale, permițându-le să participe și să solicite reparații.⁷

Pornirea proceselor penale

În sistemul penal *common law* infracțiunile sunt considerate ca fiind comise împotriva statului, astfel doar statul este acel care asigură urmărirea. Rolul victimelor se limitează în general la furnizarea informațiilor sau la prezentarea probelor. Unele state, aplicând sistemul *common law*, oferă în orice caz posibilitatea pentru victime de a angaja urmăriri private. Totodată, victima suportă prețul anchetei, inclusiv efectele în caz de eșec, ceea ce face ca această opțiune să nu fie des aplicată.

Numeroase sisteme de drept romano-germanic recunosc dreptul victimei de a angaja o procedură penală, fiind constituită ca „parte civilă“ victimele pot astfel obliga autoritățile să pornească o anchetă. În Franța, de exemplu, în cazul în care victima apare ca parte civilă și judecătorul hotărăște că cazul trebuie examinat, procurorul are obligația să pornească urmărirea. Or, cheltuielile de procedură ar trebui să fie asumate de către stat.

Participare și reparație

În sistemul *common law* victimele nu au un statut juridic formal, ele fiind considerate ca parte a procedurii. Participarea victimelor, astfel, este limitată la nivel de martor, fie la solicitarea procurorului, fie a apărării. Această situație limitează posibilitățile pentru victime de a-și cunoaște trecutul, participarea sa și în general

7 Brienen M.E.I. and E.H. Hoegen. Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems: The implementation of Recommendation (85) 11 of the Council of Europe on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure [on-line] https://repository.tudelft.nl/assets/uuid:fbf9f43b-4778-41a5-8cd9-e9e5a863295a/ewb-2989-volledige-tekstdl-1_tcm28-75458.pdf (consultat la 15.02.2021).

restrânge prin intermediul părților și a înconjurărilor în timpul procesului, limitându-le la nivel de chestiuni de întrebări și contra-întrebări din partea acuzării și apărării.

În unele jurisdicții de *common law*, o formă limitată de participare a victimelor a fost admisă, solicitând de exemplu, victimelor să facă „declarații de impact“, ce conțin precizări asupra efectelor pe care crimele le-ar fi putut avea asupra lor.⁸ Aceste declarații sunt luate în calcul de judecător la momentul stabilirii sancțiunii. Alte reforme au permis recunoașterea drepturilor pentru victime în cadrul procedurii penale, în special dreptul de a fi prevenit și de a fi informat despre mersul procedurii. De exemplu, în Anglia și în Țara Galilor, *Code of Practice for Victims of Crime* din 2005, enumeră „serviciile“ de care victimele ar putea beneficia din partea justiției penale și recunoaște, între timp, dreptul victimei de a fi informată despre o eventuală decizie a poliției de a nu porni o anchetă (articolul 5.2), prezența serviciilor de susținere (articolul 5.3), dreptul de a fi notificat într-o situație specifică a mersului anchetei (articolul 5.9 — 5.12), de orice arest (articolul 5.14 — 5.17), precum și dreptul de a fi informat despre evoluția cazurilor în fața instanțelor judiciare (articolul 5.18 — 5.35 și secțiunile 7-8). Codul prevede, printre altele, dispoziții specifice pentru victimele vulnerabile și intimidată (secțiunea 4). Codul se aplică doar victimelor directe ale comportamentelor criminale și prevede expres că dispozițiile sale nu se aplică terților sau victimelor indirecte, cum ar fi martorii crimelor violente (articolul 3.2). În Irlanda, *Charter for Victims of Crime* din 1999, conține dispoziții ce vizează informarea victimelor despre plângerile acestora, despre evoluția și concluzia procedurii penale.

În sistemele *common law*, victimele nu pot în general obține reparații prin intermediul unei părținiri în cadrul unei proceduri penale. În unele circumstanțe, judecătorul poate între timp, decide ca urmare a unei condamnări al unui acuzat, să acorde victimei o despăgubire. Dar, în general, pentru a obține reparație, victimele trebuie să pornească o procedură inițială separată, la civil, preluând astfel riscul achitării cheltuielilor judiciare. Aceasta devine în special problematic, deoarece, conform cazului, infractorul nu are mijloace pentru a achita sumele fixate pentru a fi transferate. Între timp, numeroase jurisdicții *common law* au stabilit scheme de compensații statutare pentru le a acorda reparații victimelor.⁹

Sistemul romano-germanic acordă în general victimelor un rol mai substanțial în cadrul procedurii. Victimele sunt autorizate la diverse niveluri de a fi parte la procedură, în calitate de parte civilă, solicitând reparație. Ele au în general dreptul de a solicita autorităților să pornească unele investigații; de a proceda la examinarea documentelor juridice; de a interoga martorii și experții în contextul în care aceas-

8 De exemplu, în Irlanda: Criminal Justice Act din 27.07.1993 (6/1993), secțiunea 5 [on-line] <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/34648/100807/F513890483/GBR34648.pdf> (consultat la 15.02.2021).

9 A se vedea: Anglia și Țara Galilor conform *Criminal Injuries Compensation Act* din 8 noiembrie 1995 [on-line] https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/717221/criminal-injuries-compensation-scheme-1996-eng.pdf (consultat la 15.02.2021).

ta ar fi pertinent în raport cu solicitarea reparațiilor; de a face apel la deciziile ce afectează interesele civile ale acestora. În numeroase jurisdicții romano-germanice, inclusiv în Franța, Germania, Țările Scandinave, victima poate alege să fie reprezentată de cineva. În unele circumstanțe, în cazul în care victima nu are mijloace, reprezentantul legal poate fi remunerat de stat.

În Franța, conform Codului francez de procedură penală, articolele 2-9, părți, alte decât nemijlocit victima, cum ar fi ONG-le, pot, în egală măsură, ia parte la proces în calitate de parte civilă. Odată admisă să participe, partea civilă, conform sistemului francez, are dreptul să fie informată despre probele acumulate și are aceleași drepturi ca și acuzatul de a fi informat despre evoluția cazului. Printre alte drepturi care sunt acordate, distingem dreptul de a dresa Curții întrebări referitor la faptele cazului și a face comentarii asupra procesului judiciar adecvat.

Capacitatea pentru victime, iar în unele cazuri pentru ONG-i de a invoca o procedură penală și/sau civilă, influențează în mod direct accesul victimelor la justiție, în special în cazurile fondate pe principiul competenței universale (*va urma*).

EVOLUȚIA REGLEMENTĂRII JURIDICE INTERNAȚIONALE A NAVIGAȚIEI AERIENE CIVILE (PARTEA II)

Alexandr CAUIA, doctor în drept, conferențiar universitar (ORCID: 0000-0002-1952-5734)

Feodor BRIA, doctorand (ORCID: 0000-0002-2085-3268)

EVOLUTION OF INTERNATIONAL LEGAL REGULATIONS FOR CIVIL AIR NAVIGATION (PART II)

We would like to highlight in the second part of the article the most important elements of civil aviation development process by identifying the social, economic and political conditions that generated the severe confrontation of the USA and the EU states members and the litigation related to the regulation of the field between the state sovereignty principle on the air space and the air freedoms. There are also revealed the main stages and the legal instruments strengthening the common position of the EU states members in order to exploit the air space and to provide a secure and efficient mean of transport, which may meet the daily needs specific to the 21st century.

Keywords: Charter companies, Bermuda Agreements, “Open sky” Agreements, international air law.

În această a doua parte a articolului ne propunem să evidențiem cele mai importante elemente ale procesului de dezvoltare a aviației civile prin identificarea condițiilor sociale, economice și politice care au generat confruntarea dură dintre SUA și statele membre ale Uniunii Europene, precum și disputa juridică pentru reglementarea domeniului dintre principiul suveranității statelor asupra spațiului aerian și libertățile aerului. De asemenea sunt reflectate principalele etape și instrumente juridice de consolidare a poziției comune a statelor membre ale Uniunii Europene în vederea exploataării spațiului aerian în scopul asigurării unui transport sigur și eficient care ar satisface necesitățile cotidianului specific secolului XXI.

Cuvinte-cheie: Companiile charter, Acordurile Bermude, Acorduri de „cer deschis“, dreptul internațional aerian

De la sfârșitul anilor 1960, autoritatea cartelului IATA asupra industriei s-a stins, datorită accelerării progreselor tehnologice, poziției în creștere a pieței de prestare a acestor servicii și voinței statelor occidentale. Producerea „avioanelor jumbo“, de exemplu Boeing 747, a forțat companiile aeriene să ocolească regulile impuse, în speranța de a umple numeroasele locuri disponibile.

În același timp, Statele Unite ale Americii, au încălcat prevederile acesteia, nerespectând IATA drept entitate de management și de stabilire a prețurilor. Într-adevăr, în timpul războiului din Vietnam, nevoia de a transporta militarii în concediu în afara conflictului a justificat crearea unui nou tip de transportator, complet diferit

de cel tradițional. Piața „odihnă și recuperare“ (R&R) a fost apoi stabilită în Asia, în vederea utilizării avioanelor pentru a deservi un nou tip de clientelă, persoanele care pleacă în vacanță.¹

De la începutul anilor 1970, autoritatea aviației civile din SUA, CAB, a acordat licențe operatorilor de turism, ceea ce a provocat explozia pieței turismului în anii 1970—1980.

Peste Atlantic, în Marea Britanie, s-a observat același fenomen. Poate că acest lucru a fost parțial explicat de vremea mohorâtă, dar piața turistică pentru britanicii care călătoresc la nivel internațional a crescut semnificativ. Autoritățile de stat au ales, de asemenea, să lase loc concurenței libere între operatorii de turism, în speranța de a menține prețurile cât mai mici posibil.

Aceste noi realități economice și comerciale, împreună cu laxitatea IATA în aplicarea standardelor tarifare pe rutele cu densitate ridicată, au inversat relațiile economice și politice care au legat cerul occidental în anii 1970. Creșterea puternică a traficului aerian cauzat de democratizarea relațiilor în transportului aerian, a fost parțial explicat de apariția companiilor *charter*.

Aceasta a generat creșterea concurenței între transportatori, destabilizarea sectorului și, prin extensie, sistemul internațional global de transport aerian, care, la rândul său, a provocat perimarea acordurilor bilaterale existente.² Bermude I a servit drept model și bază pentru mai mult de 3.000 de astfel de acorduri care au fost semnate între 1946 și 1977. În acest context economic și politic, a fost semnat, în anul 1977, al doilea Acord Bermude (Bermude II).³

Scopul acestor acorduri a fost de a consolida rolurile statelor în sectorul aviației civile și de a extinde furnizarea de acorduri companiilor aeriene *charter* care, sub rezerva aprobării unilaterale, au pus sub semnul întrebării modelul tradițional al companiei de transport aerian și a adăugat o presiune suplimentară asupra transportatorilor.⁴ Companiile *charter* nu erau incluse în acordurile bilaterale înainte de 1977, aceste companii activau profitând de un vid juridic. Din punct de vedere politic, aceasta a avut ca efect renașterea unei forme de protecționism care se reflectă prin limitarea liberalismului prezent în Acordurile Bermude I.⁵

Aceste acorduri, mai restrictive decât cele anterioare, au limitat numărul transportatorilor care ar putea deservi Marea Britanie și Statele Unite, prin acordarea

1 Strange S. *States and Markets*. London: Bloomsbury Academic, 2015, p. 175.

2 Dupont Pascal M. *Manuel de droit aérien: souveraineté et libertés dans la troisième dimension*, collection *Études internationales*. Paris: Pedone, 2015, p. 57-58.

3 Acordul cu privire la consolidarea serviciilor aeriene dintre Guvernul Statelor Unite ale Americii și Guvernul Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord din 23.07.1976, în vigoare din 23.07.1977 (Bermude II). [online]. <https://2009-2017.state.gov/e/eb/rls/othr/ata/u/uk/176322.htm> (accesat 15.01.2021).

4 Bermude II, art. 14.

5 Dupont Pascal M. op. cit., p. 54-55.

puterii de control în sarcina guvernelor fiecărui stat.⁶ Rapid, contextul liberalizării și dereglementării de la sfârșitul anilor '70 a pus sub semnul întrebării relevanța principiilor acordurilor din Bermude, la fel ca și modelul clasic al bilateralismului în relațiile aviatice interstatale.⁷

În această perioadă, mai exact în 1978, a fost adoptată o lege a administrației Carter care inițiază dereglementarea industriei aviației civile din SUA. Legea privind dereglementarea aerului⁸ a propus principiile concurenței în ceea ce privește tarifele, liberalizarea companiilor charter, eliminarea restricțiilor privind rutele aeriene, promovarea principiului nediscriminării companiilor aeriene și în final adăugarea „desemnării multiple” pentru transportatorii din Statele Unite.

Acest principiu, prevăzut la articolul 3 din anexa 5 la Convenția de la Chicago, prevedea că fiecare stat se putea înzestra cu o putere discreționară în ceea ce privește alegerea transportatorilor care sunt cetățeni ai celui alt semnatar care pot opera către sau de la destinația de pe teritoriului său.⁹

Desemnarea multiplă trebuie să fie prevăzută în acord și poate fi modificată sau retrasă de părți. Este inclusă în abordarea tranzitorie a articolului 3 prezentă în cadrul ASA. În timp ce abordarea tradițională prevede desemnarea unei companii aeriene care poate opera în limitele unui acord ASA (desemnare unică), desemnarea multiplă corespunde abordării tranzitorii, în cazul în care părțile convin asupra acordării dreptului de a opera pentru sau mai mulți transportatori între statele semnatare. Abordarea liberalizată corespunde eliminării barierelor în ceea ce privește numărul de transportatori care pot asigura conexiuni.

În acordurile Bermude II se prevede că numai doi transportatori din fiecare stat pot oferi un serviciu regulat între rutele specificate sau conform prevederilor.¹⁰ Această practică corespunde eventualității în care o companie aeriană a unui stat terț va efectua conexiuni între mai multe aeroporturi de pe teritoriul său.

Un exemplu fictiv de cabotaj extins ar fi Air France care operează o rută Paris-New York-Chicago, îmbarcând și debarcând pasageri de fiecare dată. Aceste noi reglementări au fost destinate să pună la dispoziție o ofertă mai largă de servicii directe între Statele Unite și state terțe, precum și liberalizarea tarifelor de transport de marfă.¹¹

6 Rynerson S. D. Everybody Wants to Go to Heaven, but Nobody Wants to Die: The Story of the Transatlantic Common Aviation Area. In: Denver Journal of International Law & Policy, Vol. 30, 2001—2002, p. 425

7 Dupont Pascal M. op. cit., p. 58.

8 Air Deregulation Act of 24.10.1978. [online]. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-92/pdf/STATUTE-92-Pg1705.pdf#page=1> (accesat 30.12.2020)

9 OACI. Politici și materiale orientative privind reglementarea economică a transportului aerian internațional. Documentul 9587. Anexa 5, art. 3. [online]. https://afcac.org/en/images/Air_Transport/4.7-2008-3rd.pdf (accesat 30.12.2020).

10 Bermude II, art. 3 (2) (b)

11 Dupont Pascal M. op. cit., p. 58.

Această lege a fost consolidată ca răspuns la consultările publice conduse de senatorul Kennedy, în dorința de a rupe cu modelul Legii aeronautice civile din 1938 care reglementa foarte strict aviația civilă intra-americană.¹²

Instituțional, această reformă a dus la transferul de competențe de la CAB, apoi abolit, către Departamentul Transporturilor (DOT) și Departamentul Justiției (DOJ), în vederea evitării concentrării puterilor în cadrul aceleași entități. De asemenea, din punct de vedere economic și comercial, în baza principiilor sale liberalizatoare, a avut ca rezultat o creștere rapidă a numărului de transportatori, determinând astfel scăderea prețului mediu al biletelor de avion.

Aceste politici de dereglementare au avut ca efect facilitarea internaționalizării aviației civile, rezultând în efectul colateral al fuziunii și falimentului mai multor companii, de multe ori în detrimentul lucrătorilor.¹³

În cele din urmă, contextul liberalizării din Statele Unite în 1978 a pus în discuție relevanța principiilor acordurilor Bermuda II datorită asimetriei reglementărilor juridice ale statelor părți în domeniul aviației civile.

Acest conservatorism economic din partea statelor europene a dus la învechirea modelului clasic al bilateralismului pur în relațiile interstatale legate de transportul aerian.¹⁴ În același timp, dorința tot mai mare de a liberaliza rutele SUA a alimentat această situație, anunțând o nouă eră în relațiile internaționale pentru aviația civilă occidentală; cea a „post-bermudanismului“.

Condițiile macroeconomice precare de la sfârșitul anilor 1970 au provocat o schimbare de abordare a guvernelor statelor occidentale. Această schimbare, care a dus la un mai mare *laissez faire* al politicii asupra economiei, a dus la dereglementarea multor sectoare, în special a transporturilor.

Procedând astfel, schimbările de paradigmă în economie, politică și reglementarea juridică au anunțat o nouă eră în relațiile internaționale pentru aviația civilă, caracterizată în primul rând prin semnarea acordurilor de cer deschis și deetatiizarea companiilor aeriene. Drept urmare, mediul juridic internațional a devenit rapid inadecvat. În dorința de a dezvolta o aviație civilă liberalizată, Jimmy Carter a lansat o ofensivă de liberalizare în vederea transformării sectorului aviației într-o piață liberă, în special prin dezvoltarea unui nou tip de acord bazat pe principiile libertății și flexibilității.¹⁵ Aceste așa-numite acorduri „*cer deschis*“ au eliminat barierele din calea formării unei piețe libere și a făcut posibilă utilizarea nerestricționată a libertăților aerului. Folosind strategia „domino“, Statele Unite, din anii 1990, au negociat acorduri de cer deschis cu mai multe state europene.

12 Correia V. *L'Union européenne et le droit international de l'aviation civile*. Bruxelles: Bruylant, 2014, p. 101.

13 Rouban L. *La fin du Welfare State aux États-Unis: le reaganisme et l'appareil d'État*. En: *Revue française de science politique*, vol. 39, Nr. 4, Paris, 1989, p. 499.

14 Dupont Pascal M. op. cit., p. 58.

15 Rynerson S. D. op. cit., p. 426.

În același timp, de cealaltă parte a Atlanticului, hotărârea „Noile Frontiere”,¹⁶ pronunțată în 1986, a modificat profund legislația Comunității Europene în raport cu sistemul de stabilire a prețurilor. În 1984, instanța competentă din Paris a pus sub semnul întrebării interpretarea dispozițiilor prevăzute în Tratatul CEE¹⁷ referitoare la aplicarea conceptelor de concurență liberă în aviația civilă. Această cerere a apărut în urma unor proceduri penale intentate împotriva companiilor de transport aerian acuzate că ar fi încălcat regulile Codului aviației civile franceze în ceea ce privește stabilirea tarifelor. La acel moment Ministrul responsabil nu aprobase prețul biletelor vândute¹⁸

Tribunalul a pus la îndoială compatibilitatea acestui sistem de stabilire a prețurilor cu dreptul comunitar, motiv pentru care a fost sesizată Curtea de Justiție a Comunităților Europene. Curtea, în hotărârea sa din 30 aprilie 1986, a decis că o astfel de stabilire a prețurilor era contrară dreptului comunitar, extinzând astfel articolul 85 la aviația civilă.¹⁹

Această hotărâre a anunțat sfârșitul protecționismului în domeniul transporturilor pe teritoriul Comunității Europene și a extins principiul liberei concurențe din Tratatul de la Roma asupra transportului aerian. Un an mai târziu, Comisia a adoptat Actul Unic European,²⁰ considerat a fi primul pachet legislativ, unul dintre primii pași către liberalizarea completă a aviației civile europene.

Schimbarea de paradigmă provocată de liberalizarea aviației civile occidentale a fost marcată de intensitatea concurenței dintre transportatorii consacrați și cei emergenți. Fundamentele ideologice ale acestei politici s-au transpus rapid în relațiile interstatale, prin acordurile bilaterale semnate de atunci între Statele Unite și statele occidentale, care au fost tentate la rândul său, să-și liberalizeze cerul.²¹ Bazându-se pe principiile economice ale pieței libere și flexibilității, acordurile semnate de la începutul anilor 1980 au înlăturat obstacolele din calea dezvoltării acesteia, oferind posibilitatea de a utiliza nerestricționat primele libertăți ale aerului.

Natura asimetrică a relațiilor inter-statale între statele europene față de Statele Unite a avut ca efect slăbirea pozițiilor economice ale companiilor aeriene europene, care erau apoi în mare parte dezavantajate de aceste acorduri datorită în special

16 CJCE. Arrêt Nouvelles frontières, 30 avril 1986, 1425, n°209-213/84. [online]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61984CJ0209&from=EN> (accesat 28.12.2020).

17 Tratatul instituind Comunitatea Economică Europeană din 25.03.1957, în vigoare din 01.01.1958, art. 177. [online]. <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/23223> (accesat 30.12.2020).

18 CJCE. Arrêt Nouvelles frontières.

19 Tratatul instituind Comunitatea Economică Europeană din 25.03.1957, în vigoare din 01.01.1958, art. 85.

20 Actul Unic European din 28.02.1986, în vigoare din 01.07.1987. [online]. <https://cdn.cursde-guvernare.ro/wp-content/uploads/2014/07/actul-unic-european-1986.pdf> (accesat 30.12.2020)

21 Dutheil de la Rochère J. Aspects nouveaux du bilatéralisme aérien. En: *Annuaire Français de Droit International*, Paris, 1982, p. 921.

adăugării desemnării multiple și interzicerii cabotajului.²²

Într-adevăr, în anii 1980, statele europene, chiar și cele mai mari, nu au putut să se ridice la puterea economică a gigantului american. Neputincioși în fața dereglementării americane a aviației civile din 1978, aceste state și-au unit eforturile în domeniul transportului aerian în cadrul Comisiei Europene, în vederea acordării de pârghii de negociere împotriva Statelor Unite.²³

În același timp, în relațiile bilaterale, pentru a oferi transportatorilor americani un grad mai mare de liberalizare și avantaje comerciale semnificative, președintele Carter a implementat o așa-numită strategie de „încercuire“. Aceasta a constat în exercitarea unei presiuni diplomatice și economice indirecte asupra statelor europene reticente în semnarea acordurilor de cer deschis.²⁴

La modul concret, metoda a fost simplă de realizat: Statele Unite au vizat micile state ale continentului, cum ar fi Olanda, Belgia, Luxemburg sau Suedia, mai predispușe să accepte liberalizarea cerului lor din cauza avantajului pe care-l reprezenta piața SUA pentru transportatorii lor naționali. Odată ce acordurile au fost semnate, acest gen de tratate au fost semnate și cu Franța, Germania și Regatul Unit, care și-au văzut transportatorii și pasagerii dezavantajați de exigențele incluse în acordurile tradiționale, care erau mult mai restrictive decât cele din categoria „cerul deschis“.

Această strategie a funcționat și a fost posibilă doar datorită apropierii geografice a statelor europene, unde mobilitatea pasagerilor a făcut posibilă căutarea ofertei de servicii, în special a alegerii destinațiilor și a prețului biletului. Aceste state au semnat acest gen de acorduri, fiind motivate doar de restabilirea echilibrului competitiv între transportatori.²⁵

Din punct de vedere juridic, aceste acorduri, grupate sub denumirea de acorduri de servicii aeriene (ASA), conțineau clauze stricte cu privire la naționalitatea aeronavelor. Acestea au acordat dreptul de a opera zboruri de către un singur transportator desemnat, care aparține unuia sau altuia dintre statele părți. Mai mult, clauzele prevăzute au fost, de asemenea, restrictive în ceea ce privește posibilitatea fuziunii între transportatorii care sunt cetățeni ai statelor europene, precum și crearea de hub-uri.²⁶

Din punct de vedere ideologic, aceste acorduri au reprezentat expresia extinderii politicii interne a SUA în relațiile internaționale, bazată în principal pe Legea

22 Grard L. L'Union européenne et le droit international de l'Aviation Civile. En: *Annuaire Français de Droit International*, Nr. 49 (2003), p. 496.

23 Bieber R., Maiani F., Delaloye M. *Droit européen des transports*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2006, p. 299.

24 Correia V. op. cit., p. 102.

25 Correia V. op. cit., p. 118.

26 CE. Communication de la Commission concernant les conséquences des arrêts de la Cour du 5 novembre 2002 pour la politique européenne en matière de transport aérien, Bruxelles, 19.11.2002 COM (2002) 649, par 35. [online]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0649&from=FR> (accesat 30.12.2020).

internațională privind concurența transportului aerian (IATCA) din 1979²⁷ și puternic inspirată de interese ideologice, care transcende Legea privind dereglementarea aerului.²⁸ Acest instrument juridic a extins, pe cât posibil, principiile prevăzute în Convenția de la Chicago, reprezentând o formă aproape totală de liberalism.²⁹

Numeroasele acorduri bilaterale semnate între statele membre și Statele Unite au evidențiat incongruența și incompatibilitatea conceptului de naționalitate în cadrul Comunității Europene, în special în virtutea principiului libertății de stabilire, așa cum era anticipat de Dreptul comunitar european.³⁰

În plus, pachetul legislativ din 1993 prevedea acordarea Comisiei Europene a puterii de negociere internațională, recunoscută în primul rând în perspectiva unei contraponderi mai mari față de Statele Unite, care era cea mai mare piață intercontinentală. Reticenți să renunțe la o parte din suveranitatea statului lor și să evalueze repercusiunile deschiderii cerului intra european în temeiul acordurilor de cer deschis, statele membre au înființat un comitet consultativ.

Acesta din urmă, numit Comitetul de Experti (Înțelepți), a demonstrat în 1994 relevanța unei politici externe comune în aviația civilă și a stabilit importanța garanțării libertății de stabilire a companiilor, în virtutea principiului nediscriminării.³¹ De la acea dată, a fost pus sub semnul întrebării modelul relațiilor internaționale și al dreptului care rezultă din ASA, mai exact aspectele legate de rolul și competența Comisiei Europene în această materie.

În acest sens, succesul strategiei SUA, observabil prin proliferarea acordurilor bilaterale de pe ambele maluri ale Atlanticului, a evidențiat dezacordul fundamental dintre statele europene în materie de politică aeriană și concurența constantă pentru obținerea de rute, mai mult decât colaborarea susținută de Comunitatea Europeană. Din acest motiv, Curtea de Justiție a Comunităților Europene, sesizată pentru prima dată în 1995, a recunoscut în 1996 o competență limitată a Comisiei în ceea ce privește negocierile transatlantice, condamnând astfel bilateralismul acordurilor de cer deschis.³²

În 2002, Curtea a fost din nou sesizată cu privire la recunoașterea competenței acesteia din urmă cu privire la semnarea tratatelor și acordurilor, precum și a noțiunii de libertate de stabilire, astfel cum este definită în Tratatul de la Roma.³³

27 International Air Transportation Competition Act of 13.11.1979. [online] <https://www.congress.gov/bill/96th-congress/house-bill/5481> (accesat 30.12.2020).

28 Air Deregulation Act of 24.10.1978.

29 Correia V. op. cit., p. 102.

30 Règlement du Conseil 2407/92, du 23 juillet 1992, concernant les licences des transporteurs aériens. JO, L 240/1, art. 1. [online]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992R2407&from=FR> (accesat 30.12.2020)

31 Correia V. op. cit., p. 96.

32 Ibidem, p. 128-130.

33 Tratatul instituind Comunitatea Economică Europeană din 25.03.1957, în vigoare din 01.01.1958, art. 52, 56, 58.

Curtea a pronunțat o hotărâre în 2002 în favoarea Comisiei și, prin urmare, împotriva Belgiei, Danemarcei, Germaniei, Luxemburgului, Austriei, Finlandei, Suediei și Regatului Unit, unde Curtea recunoaște competența Comisiei Uniunii Europene să negocieze acorduri internaționale atunci când acestea sunt legate de reguli comune.

În cele opt hotărâri succesive împotriva statelor părți la tratate bilaterale de cer deschis cu Statele Unite, Curtea a decis că aceste practici denaturează concurența dintre transportatorii care erau cetățeni ai statelor părți la acorduri și terți. Acest organism a reiterat, de asemenea, importanța conceptului de „transportator comunitar”, înlocuind pe cel de „transportator național”.³⁴

Prin aceste decizii ale instanței cât și prin alte acte normative ale sistemului instituțional al Uniunii Europene, Comisia i se recunoaște competența exclusivă în ceea ce privește sloturile aeroportuare, sistemele informatice, tarifele intracomunitare, securitatea aviației, accesul la o piață mai liberală, impozitele și taxele vamale, restricții privind protecția mediului și orice alt dispozitiv care reglementează transportatorii extra-europeni.³⁵

După hotărârea Curții, aceste acorduri bilaterale au fost rapid înlocuite de acorduri de cer deschis semnate între Comisie și Statele Unite, aplicabile tuturor statelor Uniunii Europene. O consecință a acestui fapt a fost accelerarea negocierilor privind ultimul pachet legislativ, un instrument care va deveni ulterior „Cerul unic european”.³⁶

Toate hotărârile Curții de Justiție a Uniunii Europene din 2002 au stârnit critici puternice, în principal din cauza punerii în discuție a principiului suveranității statului și a naționalismului în jurul aviației civile a statelor europene. În cele din urmă, aceste decizii au avut ca efect evidențierea tensiunilor și a incompatibilității parțiale a dreptului internațional al aviației civile și a dreptului comunitar.³⁷

Abia în anul 2008 a fost finalizată deschiderea completă a cerului între Statele Unite și Uniunea Europeană. De la acea dată, întregul teritoriu ar putea fi deservit de transportatorii înregistrați în statele părți la acord.

34 CJE, Commission c le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, C-466/98, [2002] ECR I-09427 [C-466/98]; CJE, Commission c Dannemark, C-467/98, [2002] ECR I-09527 [C-467/98]; CJE, Commission c Royaume de Suède, C-468/98, [2002] ECR I-09575 [C468/98]; CJE, Commission c République de Finlande, C-469/98, [2002] ECR I-09627 [C-469/98]; CJE, Commission c Royaume de Belgique, C-471/98, [2002] ECR I-09681; CJE, Commission c Grand-duché de Luxembourg, C-472/98, [2002] ECR I-09741 [C-471/98]; CJE, Commission c République d'Autriche, C475/98, [2002] ECR I-09797 [C-475/98]; CJE, Commission c République fédérale d'Allemagne, C-476/98, [2002] ECR I-09855 [C-476/98]. [online]. <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/eu-case-law.html> (accesat 28.12.2020)

35 CE. Communication de la Commission concernant les conséquences des arrêts de la Cour du 5 novembre 2002 pour la politique européenne en matière de transport aérien, Bruxelles, 19.11.2002 COM (2002) 649, par 29.

36 Dupont Pascal M. op. cit., p. 61.

37 Correia V. op. cit., p. 30.

Acest eveniment a avut ca rezultat ridicarea restricțiilor privind numărul de zboruri, capacități, tarife și rute, condiționată de absența dezaprobării din partea statelor semnatare asupra transportatorilor.³⁸

Dezaprobară dublă intră sub incidența libertății de stabilire a prețurilor, în cazul în care o companie aeriană își poate stabili prețurile, sub rezerva ca statul de înregistrare să fie de acord cu tariful propus. Această măsură a fost introdusă cu scopul de a oferi prețuri mai competitive.

Cerul deschis a permis, de asemenea, semnarea de acorduri de cooperare pe aspecte conexe, cum ar fi siguranța, securitatea, concurența, mediul, protecția pasagerilor și, în cele din urmă, subvențiile și alte ajutoare de stat.

În cele din urmă, aceste noi acorduri prevedeau crearea unui comitet de cooperare pentru dereglementare, garanția pentru investitorii americani de a putea investi în companii aeriene de naționalitate europeană, o revizuire a normelor de naționalitate ale Companiile americane, capacitatea transportatorilor europeni de a opera rute către Statele Unite non-stop, fără escală în țara lor de origine.³⁹

Până în prezent, acordurile bilaterale de tip ASA rămân cel mai utilizat tip de acord pentru liberalizarea cerului între două state sau entități supra-statale. La cea de-a cincea conferință de transport aerian din 2003, OACI a emis un document care stabilește liniile directoare pentru negocierea ASA. Acest document oferă statelor un cadru împărțit în trei părți, în funcție de gradul de liberalizare inclus în acord.

Vorbim despre o abordare tradițională, de tranziție și liberalizată. Acest cadru este actualizat continuu, pentru a reflecta noile realități ale statelor, cu scopul de a permite o mai bună standardizare a limbajului utilizat în acorduri, precum și o mai mare liberalizare a sectorului.⁴⁰

Termenul „cer deschis“ se referă la setul de măsuri de liberalizare a cerului care depășesc statele, adică ceea ce corespunde astăzi realităților din Uniunea Europeană.

38 Xiaowen F., Tae Oum H., Zhang A. Air Transport Liberalization and Its Impacts on Airline Competition and Air Passenger Traffic. In: *Transportation Journal* 49 (4), 2010, p. 25. [online]. https://www.researchgate.net/publication/229002627_Air_Transport_Liberalization_and_Its_Impacts_on_Airline_Competition_and_Air_Passenger_Traffic (accesat 30.12.2020).

39 Décision du conseil et des représentants des gouvernements des états membres de l'Union européenne, réunis au sein du conseil du 25 avril 2007 concernant la signature et l'application provisoire de l'accord de transport aérien entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis d'Amérique, d'autre part [2002] JO, L134/1. [online]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32007D0339>;

Accord de transport aérien entre les États-Unis d'Amérique, les États parties au traité instituant la Communauté européenne et États membres de l'Union européenne, 30 avril 2007, JO, L 134/4 (entrée en vigueur: 30 mars 2008). Accords de ciels ouverts entre les États membres de la Communauté européenne et les États-Unis. [online]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3A124483>.

40 OACI. Politici și materiale orientative privind reglementarea economică a transportului aerian internațional. Documentul 9587.

În acest scop, aviația civilă europeană a fost liberalizată în trei etape, și anume în virtutea celor trei pachete legislative din 1987, 1992 și 2004.⁴¹

Actul unic european, care a intrat în vigoare în 1987, a fost fără echivoc instrumentul juridic care a inițiat liberalizarea aviației civile europene ca sector economic.⁴² S-a prescris ca, până la 31 decembrie 1992, Comunitatea Europeană să finalizeze înființarea pieței interne unice.⁴³ Mai mult, Comisia Europeană a jucat un rol de lider în liberalizarea și comunitarizarea aviației civile, în vederea asigurării pasagerilor cu un transport aerian coerent, sigur și viabil din punct de vedere economic.⁴⁴

Pachetul legislativ din 2004 a făcut posibilă finalizarea conceptului de „cer unic european“, prin plasarea companiilor aeriene comunitare pe piața liberă, ceea ce a generat proliferarea actorilor economici și privatizarea acestor companii. De-a lungul deceniilor, statele membre ale Uniunii Europene au transferat Comisiei Europene multe competențe, rezervate anterior pentru utilizarea exclusivă a acestora, în temeiul articolului 4 alineatul (2) g) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.⁴⁵ În sectorul aviației civile, aceste competențe acopereau în special navigația, siguranța și securitatea, controlul și protecția pasagerilor, precum și mediul înconjurător.⁴⁶

Importanța transportului aerian, în anul 2015, poate fi rezumată în trei cifre: 1.397 companii aeriene operează o flotă globală de 21.720 de avioane în serviciu, care transportau 3,3 miliarde de pasageri în 2014. Creșterea în sine a transportului aerian, în ceea ce privește pasagerii transportați în fiecare an, este uluitoare: 9 milioane în 1946, 108 milioane în 1960, 1 miliard la începutul anilor 1990, 3 miliarde în 2013 și peste 7 miliarde prognozate în 2035.⁴⁷

Pe scurt, contextul economic favorabil de la începutul anilor treizeci a avut ca efect apariția dorinței de extindere a sectorului companiilor aeriene, încurajată de creșterea cererii de noi rute și de crearea de noi transportatori. Având în vedere creșterea rapidă a numărului de jucători implicați, diversitatea acestora și importanța

41 Actul Unic European din 28.02.1986, în vigoare din 01.07.1987.

42 Grard L. *Le droit aérien*. Collection Que sais-je? № 1011. Paris: PUF, 1995, p. 2.

43 Bieber R., Maiani F., Delaloye M. op. cit., p. 299.

44 Mémoire de la Commission du 4 juillet 1979, Contribution des Communautés européennes au développement des services de transport aérien, 1979, JO, C 5/79. 28. [online]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:51979 DC0311&from=BG>; Mémoire de la Commission du 20 mars 1984, État d'avancement des travaux en vue du développement d'une politique commune des transports aériens, 1984, JO, C 72. [online]. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/131/transports-aeriens-regles-du-marche>

45 Tratatul asupra funcționării Uniunii Europene din 13.12.2007, în vigoare din 01.12.2009. [online]. http://publications.europa.eu/resource/cellar/688a7a98-3110-4ffe-a6b3-8972d8445325.0019.01/DOC_19 (accesat 30.12.2020).

46 Naveau J., Godfroid M., Frühling P. *Précis de droit aérien*, 2e édition. Bruxelles: Bruylant, 2006, p. 176.

47 *Le Figaro* du 15 juin 2015. Des avions de moins en moins polluants, Numéro spécial Salon du Bourget 2015. [online]. <https://www.lefigaro.fr/societes/2015/06/17/20005-20150617ARTFIG00010-des-avions-de-moins-en-moins-polluants.php> (accesat 28.12.2020).

crescândă a activității economice reprezentate de aviația civilă, acordurile multilaterale semnate, în special la Chicago, nu se mai potriveau complexității domeniului. În aceste condiții, primele acorduri bilaterale de aviație civilă au fost semnate la sfârșitul anilor 1940.

Din anii 1970, în perioada politicilor neoliberale occidentale și încurajată de globalizare, dereglementarea sectorului a avut ca efect slăbirea treptată a controlului statului asupra companiilor aeriene. Simbioza acestor realități a creat un context politic și juridic unic, marcând astfel o nouă eră în transportul aerian: cea a așa-numitelor acorduri „cer deschis”. Din punctul de vedere al companiilor, acest mediu economic a fost deosebit de bulversat de deetimizarea companiilor aeriene și de orientarea lor către piața liberă.

Dacă reglementarea legală a transportului aerian se referă la transportatorii aeri și la alte persoane care desfășoară activități care pot afecta interesele statelor, ceea ce a împiedicat integrarea sferei respective, atunci reglementarea legală a navigației aeriene afectează în principal anume interesele statului.

La începutul secolului XXI, provocările tehnice, economice și juridice legate de aeronautică sunt numeroase. Performanțele identificate într-o aeronavă vizează mai puțin creșterea vitezei decât eficiența economică, optimizarea siguranței și căutarea dezvoltării durabile. Dar, în timp ce dinamismul traficului aerian, ilustrat de o creștere anuală de 4,7% în medie, alimentează nevoia de aeronave și umple carnetele de comenzi ale producătorilor de aeronave, cerul este din ce în ce mai aglomerat, aeroporturile saturate și impactul negativ asupra mediului este unul incontestabil.⁴⁸

Principalii participanți (diverse servicii de navigație aeriană) sunt structuri de stat sau sunt strâns asociate cu acestea, iar reglementarea navigației aeriene se referă la spațiul aerian — una dintre dimensiunile principale ale teritoriului de stat și granițele spațiale ale suveranității sale. În legătură cu cele de mai sus, nu este dificil să ne imaginăm de ce formarea reglementării legale a navigației aeriene la nivelul UE s-a desfășurat într-un ritm mai lent decât edificarea reglementărilor navigației aeriene internaționale și abia de la începutul secolului al XXI-lea a început să aibă un caracter multilateral, complex.

Această matrice legală modernizată constant a făcut posibilă la etapa actuală îmbunătățirea în continuare a navigației aeriene prin proiecte precum „**Cerul unic european**”. Rezumând cele de mai sus, trebuie remarcat faptul că, deși edificarea reglementării juridice a navigației aeriene la nivelul UE s-a dezvoltat într-un ritm chiar mai lent decât integrarea reglementării transportului aerian de mărfuri, aceasta nu era atât de urgentă.

Împreună cu progresele tehnologice, securitatea aviației este din ce în ce mai asigurată, iar aeronavele, mai ales avioanele comerciale, se numără printre cele mai sigure forme de transport disponibile. În aeronautică în sens larg, riscul nu se reduce

48 Dupont Pascal M. op. cit., p. 14.

doar la accidente sau incidente aeriene, chiar dacă acestea generează întotdeauna o reflectare semnificativă a mass-media.

Atacurile teroriste din 11 septembrie 2001 și numeroasele deturnări anterioare sau acte de sabotaj îndreptate împotriva aviației civile constituie o amenințare și mai dură în măsura în care un atac împotriva unei aeronave, a echipajului și a pasagerilor săi constituie atât un accident aerian cu cota sa de victime și daune materiale, dar și un act penal îndreptat împotriva statului de înregistrare a aeronavei înainte de a deveni o telenovelă judiciară.⁴⁹

Spre deosebire de prevederile normative naționale în domeniul transportului aerian, unde domină acordurile bilaterale cu conținut diferit, reglementarea juridică a navigației aeriene în statele membre ale UE a necesitat o armonizare mai redusă, deoarece aceste țări erau părți la majoritatea tratatelor internaționale multilaterale relevante.

Această stare de fapt a asigurat un nivel destul de ridicat de uniformizare a reglementării juridice a navigației aeriene în statele membre ale UE, ceea ce a permis în ultimele decenii să se concentreze pe proiecte pe termen lung de modernizare a reglementării navigației aeriene în întreaga Uniune Europeană și chiar pe întreg continentul european, fără a fi nevoie să se ia măsuri preliminare pentru armonizarea legislației statelor membre ale UE.

⁴⁹ Ibidem, p. 15.

EVOLUȚIA JURISPRUDENȚEI CURȚII EUROPENE A DREPTURILOR OMULUI CU PRIVIRE LA CERERILE INTERSTATALE

Olga BENEȘ, master în drept, lector universitar (ORCID: 0000-0001-7853-9557)

EVOLUTION OF THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON INTERSTATE REQUESTS

Article 33 of the European Convention on Human Rights, entitled Interstate Cases, provides: „Any High Contracting Party may refer to the Court any violation of the provisions of the Convention and its Protocols by another High Contracting Party.“ To that end, the requesting State is acting rather to denounce one or more infringements alleged to have been suffered by private individuals who have been replaced in a certain way.

Keywords: *interstate demand, European public order, collective guarantee of rights and freedoms.*

Articolul 33 al Convenției Europene a Drepturilor Omului intitulat Cauze interstatale dispune: „Orice Înalță Parte contractantă poate sesiza Curtea asupra oricărei preținse încălcări a prevederilor Convenției și ale Protoalelor sale de către o altă Înalță Parte Contractantă,,. În acest sens, statul reclamant acționează mai degrabă pentru a denunța una sau mai multe încălcări preținse a fi suferite de către persoane particulare cărora li se substituie într-un fel anume.

Cuvinte-cheie: *cerere interstatală, ordine publică europeană, garanție colectivă a drepturilor și libertăților.*

Curtea Europeană a Drepturilor Omului nu poate să se sesizeze din oficiu, ea fiind competentă de a statua asupra plângerilor de încălcare a Convenției Europene a Drepturilor Omului și în acest scop trebuie să fie sesizată cu cereri individuale sau interstatale. Convenția distinge două tipuri de cereri: cererile individuale depuse conform articolului 34 al Convenției și cererile interstatale conform articolului 33 al Convenției.

Articolul 33 al Convenției Europene a Drepturilor Omului intitulat Cauze interstatale dispune: „Orice Înalță Parte contractantă poate sesiza Curtea asupra oricărei preținse încălcări a prevederilor Convenției și ale Protoalelor sale de către o altă Înalță Parte Contractantă“¹. Astfel, prin această dispoziție, Convenția Europeană a Drepturilor Omului îi acordă Curții Europene o competență în materie de diferende între state, competență exercitată pe parcursul timpului foarte rar.

1 Convenția Europeană a Drepturilor Omului din 04.11.1950 https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ROM.pdf

La acest capitol Convenția Europeană a Drepturilor Omului a suferit o evoluție foarte diferită de cea concepută de autorii săi, care la origini au decis instituirea unui caracter constrângător pentru statele care aveau deficiențe în materia protecției drepturilor omului, impunând prin aceasta obligația de a se supune Curții Europene. *„Recursul interstatal, prevăzut ca un instrument cheie de către autorii Convenției, în scopul de a împiedica un stat membru să admită dictatura, trebuia să constituie mecanismul principal. Protecția drepturilor fundamentale, apărarea într-un fel oarecare pe planul doi. Dar n-a fost cazul, recursul interstatal care la origini trebuia să constituie pivotul sistemului a fost de fapt abandonat pe parcurs de zece ani”².*

Majoritatea plângerilor care au apărut pe parcurs se referă la situațiile de criză sau de conflict, printre care metodele de interogare folosite de autoritățile britanice în anii 1971—1975 pe parcursul tulburărilor din Irlanda de Nord, operațiunile militare desfășurate de Turcia în Ciprul de Nord în anul 1974, conflictul armat dintre Georgia și Rusia din 2008 și mai recent, evenimentele din Crimeea și Estul Ucrainei din 2014.

Încă în cauza *Austria c. Italiei* din 1963, Comisia a dispus în raportul său că *„Orice Parte contractantă poate sesiza Comisia cu privire la orice încălcare a dispozițiilor Convenției care crede că poate fi imputată unei alte Părți contractante, că prin acest articol, Înaltele Părți Contractante au autorizat, în consecință, oricare dintre ele să aducă în fața Comisiei orice presupusă încălcare a dispozițiilor Convenției, indiferent dacă victimele acestei încălcări sunt sau nu resortisanți ai statului solicitant, fie că presupusa violare prejudiciază sau nu în special interesele acestui stat, că un stat contractant, atunci când sesizează Comisia în temeiul articolului 24 (33), nu trebuie, prin urmare, să fie considerat ca acționând pentru a-și asigura propriile drepturi, ci mai degrabă ca adresând Comisiei o întrebare care aduce atingere ordinii publice a europene”³.*

În acest caz, statul reclamant acționează mai puțin în apărarea drepturilor sale proprii, așa cum este cazul în fața Curții Internaționale de Justiție, dar are scopul de *„a denunța una sau mai multe încălcări pretinse a fi suferite de către persoane particulare cărora li se substituie într-un fel anume”⁴*, încălcări care aduc atingere ordinii publice europene.

Pentru prima dată Comisia a fost sesizată cu două cereri interstatale ale guvernului elen împotriva Regatului Unit. Aceste două cereri făceau referință la aplicarea Convenției în insula Cipru. Prin prima cerere nr. 176/56, depusă la 7 mai 1956, Guvernul elen susținea că derogarea de la dispozițiile Convenției notificate de către

2 Petitti L.E., Decaux E., Imbert P.H. La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article. Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. Paris : Economica, 1999. p. 27.

3 Rapport de la Com.EDO, Autriche c. Italie, 788/60, 30.03.1963. <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-27972&filename=001-27972.pdf>

4 CEDO, Georgia c. Rusiei (II), n° 38263/08, dec. din 13.12. 2011. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-108097%22%5D%7D>

Guvernul britanic cu privire la Cipru în temeiul articolului 15 al Convenției, nu era conformă și că condițiile de fond cerute de acest articol nu erau îndeplinite în speță. Prin cererea 299/57 din 17 iulie 1957, guvernul elen sesiza Comisia de 49 de cazuri de „tortură sau servicii asimilabile torturii“ produse în Cipru și de care guvernul britanic se făcea responsabil. De asemenea, el a contestat compatibilitatea unei serii de legi și regulamente de urgență în vigoare în Cipru cu dispozițiile Convenției. În special, el a susținut că legislația care prevedea impunerea pedepsei cu biciuirea și anumite pedepse colective încălca articolul 3 din Convenție, de la care articolul 15 interzice Părților contractante derogarea, chiar și în caz de război sau alt „pericol public care amenință viața națiunii“. La rândul său, Guvernul britanic a negat încălcarea Convenției bazându-se fie pe însăși definiția drepturilor și libertăților recunoscute de Convenție, alteori pe existența în Cipru a unui „pericol public care amenință viața națiunii“ în sensul articolului 15 citat mai sus⁵.

În procedura din perioada respectivă s-a pus întrebarea de a ști care erau prerogativele Comisiei atunci când un stat invocând articolul 15, deroga de la obligațiile prevăzute de Convenție. În această situație, Comisia a considerat că era „competentă să se pronunțe cu privire la existența unui pericol public, care conform articolului 15 îi acordă statului dreptul de a deroga de la obligațiile prevăzute de Convenție“. De asemenea, Comisia a considerat că era „competentă să se pronunțe asupra faptului dacă măsurile luate de către o Parte conform articolului 15 al Convenției, au fost în strictă conformitate cu exigențele situației“. În acest sens, ea a precizat că „guvernul trebuie să păstreze o anumită marjă de apreciere cu privire la strictețea măsurii cerută de situație“⁶. Deoarece în perioada dată nici Grecia, nici Regatul Unit nu acceptase competența obligatorie a Curții Europene a Drepturilor Omului și odată cu reglementarea politică a problemei cipriote, Comisia a decis să pună capăt procedurii fără a se pronunța pe fond în cauza dată.

În următoarea cauză *Austria c. Italiei nr.788/60* din 11 iulie 1960, Austria a invocat încălcarea de către guvernul italian a dispozițiilor articolului 6 al Convenției contestând procedurile care au adus la pedepsirea persoanelor în speță, acestea fiind considerate ilegale și contrare Convenției Europene a Drepturilor Omului, și anume dispozițiilor care enunță regulile cu privire la o bună administrare a justiției și a articolului 14 care interzice orice discriminare în prevalarea drepturilor garantate

5 *Annuaire de la Convention Europeenne des Droits de l'Homme. Commission et Cour Europeenne des Droits de l'Homme 1958-1959.* Springer Science+Business Media, B.V. 1960. PP.179 https://books.google.md/books?id=7HrwCAAQAQBAJ&pg=PA174&lpg=PA174&dq=Requete+No.+176/56+Par+cette+premiere+requ%C3%80Te,+introduite+le+7+mai+1956,+le+Gouvernement+hellenique&source=bl&ots=GrHVB1gQ9j&sig=ACfU3U0QmZDxdLI8uX58AE8IL6gT_1oHjg&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwjYjf2I9PDmAhVMCewKHUHRBQ0Q6AEwAHoECAkQAQ#v=onepage&q=Requete%20No.%20176%2F56%20Par%20cette%20premiere%20requ%C3%80Te%2C%20introduite%20le%207%20mai%201956%2C%20le%20Gouvernement%20hellenique&f=false

6 *Ibidem*, p.180

de Convenție⁷. Fiind chemată să se expună asupra obligațiilor statelor părți ce rezultă din textul Convenției, Comisia a enunțat că: „...rezultă că obligațiile asumate de statele contractante prin Convenție au, în esență un caracter obiectiv deoarece vizează protejarea drepturilor fundamentale ale indivizilor împotriva abuzurilor statelor contractante mai degrabă decât crearea unor drepturi subiective și reciproce între acestea, că natura obiectivă a angajamentelor menționate apare și în mecanismul instituit de Convenție, că acest mecanism se bazează pe conceptul de garanție colectivă, de către statele contractante, a drepturilor și libertăților definite în Convenție”⁸. Prin decizia Comisiei în această cauză s-a instituit dreptul fiecărei Părți contractante de a pune în aplicare mecanismul instituit prin articolul 24 al Convenției chiar și pentru fapte anterioare ratificării sale de către statul reclamant, rolul acestui mecanism fiind protecția „patrimoniului comun, de tradiții politice, de idealuri, de libertate și de preeminență a dreptului, astfel asigurând garanția colectivă a unor drepturi enunțate în Declarația Universală”⁹.

Deci, după cum observăm, în această perioadă se enunță scopul recursului interstatal, și anume, garantarea colectivă a drepturilor și libertăților fundamentale, acesta fiind consolidat printr-o serie de cauze care au urmat depuse de Danemarca, Franța, Germania, Suedia și Țările de Jos împotriva Turciei la 1 iulie 1982. Chiar dacă cetățenii acestor state nu erau direct amenințați de situația stabilită, aceste state totuși au contestat în fața Curții Europene atingerile aduse drepturilor și libertăților comise de către autoritățile turce în urma unei lovituri de stat militare intervenite în septembrie 1980. Se consideră că sub acest aspect cauza *Irlanda c. Regatului Unit*¹⁰ din 10 martie 1976, poate fi considerată un punct de încercare, anunțând un moment de cotitură deoarece a reprezentat o importanță și o semnificație particulară în măsura în care pune problema recurgerii la anumite metode de represiune, și aceasta nu într-un regim dictatorial dar în cadrul unei democrații. Această cauză este de o importanță deosebită în definirea anumitor termeni cu privire la articolul 3 CEDO și determinarea marjei pentru stabilirea diferenței între calificativele tratamentului uman sau inuman, umilitor sau degradant, care trebuie să fie apreciate în condițiile și contextul cauzei. Astfel, regula de principiu care a fost stabilită enunță că: „Aplicarea sistematică a metodelor în scopul de a instiga o persoană să dea informații prezintă similitudini clare cu metodele de tortură sistematică cunoscută pe parcursul secolelor. Chiar dacă cele cinci metode cunoscute drept metode de dezorientare sau de privare senzorială nu lasă în mod necesar urme grave, Comisia vede în aceasta un sistem modern de tortură care se

7 *Annuaire de la Convention Europeenne des Droits de l'Homme. Commission et Cour Europeenne des Droits de l'Homme* 1962. Springer Science+Business Media, B.V. 1963, p.47; *Commission et Cour%20 Europeenne des Droits de l'Homme* 1958-1959.

8 *Rapport de la Com.EDO, Autriche c. Italie*, 788/60, 30.03.1963, p. 9.

9 *Ibidem*, p.8.

10 CtEDO, cauza *Irlanda c. Regatului Unit*, hot. din 18.01.1978. [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:\[%22001-62064%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-62064%22]})

afă în aceeași categorie cu sistemele aplicate anterior pentru a obține informații sau mărturii¹¹.

O altă hotărâre care a fost de o importanță particulară în evoluția jurisprudenței este *Cipru c. Turciei*¹², pronunțată de Marea Cameră la 12 mai 2014 și vizează noțiunea de satisfacție echitabilă în cadrul cererilor interstatale. Pentru prima dată Curtea impune statului pârât obligația să plătească despăgubiri altui stat, și anume 90 milioane de Euro cu titlu de satisfacție echitabilă în cadrul unei cauze interstatale, statul destinatar fiind și el obligat să distribuie această sumă victimelor sub supravegherea Comitetului de Miniștri în termenul fixat de Curte. Referindu-se la caracterul satisfacției echitabile, Curtea reamintește că logica articolului 41 cu privire la satisfacția echitabilă decurge direct din regulile și principiile dreptului internațional public cu privire la răspunderea statului pentru încălcarea unei obligații ce decurge dintr-un tratat și trebuie interpretată în acest context. Având în vedere natura Convenției Europene a Drepturilor Omului, anume individul și nu statul este direct afectat prin încălcarea unuia sau mai multor drepturi garantate de Convenție și deci, o satisfacție echitabilă într-o cauză interstatală trebuie să fie întotdeauna în beneficiul victimelor individuale.

În urma acestui precedent și alte state membre ar putea invoca sume importante în baza încălcărilor repetate, continue sau multiple a drepturilor fundamentale mai ales având în vedere faptul că cererile interstatale sunt adesea izvorâte dintr-un context belicos între statele părți. Astfel, exemplul acestei hotărâri poate aduce la creșterea numărului cererilor interstatale în cadrul cărora s-ar obține o indemnizație globală pentru o multitudine de victime.

Exprimând opinia lor comună referitor la acest precedent, unii judecători au atras atenția că: „Hotărârea *Cipru c. Turciei* (satisfacția echitabilă) este cea mai importantă contribuție la pacea în Europa în istoria Curții Europene a Drepturilor Omului. Mesajul adresat statelor membre ale Consiliului Europei este clar: statele membre care fac război, invadează alte state membre sau susțin intervențiile militare în alte state membre trebuie să plătească pentru actele lor ilegale și consecințele acestor acte, în timp ce victimele și familiile lor cât și statele ale căror sunt resortisanți au un drept dobândit și executoriu de a fi compensate în mod corespunzător și pe deplin de către statul beligerant responsabil. Războiul și consecințele sale tragice nu mai pot fi tolerate în Europa, iar statele membre care nu respectă acest principiu trebuie să răspundă pentru actele lor în fața justiției, fără alte consecințe în plan politic¹³.”

11 *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*. 1976. La Haye: Martinus Nijhoff, 1977. p.795

12 CtEDO, cauza Cipru c. Turciei nr. 25781/94, hot. din 12 .05.2014. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%222001-144153%22>}}

13 CtEDO, cauza Cipru c. Turciei nr. 25781/94, hot. din 12 .05.2014. Opinia comună a judecătorului PINTO DE ALBUQUERQUE și VUČINIĆ <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%222001-144153%22>}}

Atenționând asupra importanței acestei hotărâri, 10 din cei 17 judecători ai Marii Camere au menționat în opinia lor că: „Această hotărâre anunță începutul unei noi ere în implementarea drepturilor omului protejate de Curte și marchează o etapă importantă în ceea ce privește respectarea statului de drept în Europa. Este pentru prima dată în istoria Curții când aceasta face o declarație specifică cu privire la scopul și efectul uneia dintre hotărârile sale în contextul executării.”¹⁴

Altă cauză care consolidează jurisprudența Curții în materie de satisfacție echitabilă în cazurile interstatale este *Georgia c. Rusiei (I)*¹⁵, cu privire la expulzarea colectivă a resortisanților georgieni de către autoritățile ruse începând cu luna octombrie 2006 și până în ianuarie 2007. În hotărârea sa asupra fondului cauzei din 3 iulie 2014, Curtea a stabilit aplicarea de către Federația Rusă a unei politici coordonate de arestare, detenție și expulzare a resortisanților georgieni care a constituit o practică administrativă, în sensul jurisprudenței Curții, astfel încalcându-se articolul 4 din Protocolul nr.4, articolele 3 și 13 combinat cu articolele 5§1 și 3. În această hotărâre Curtea a enumerat cele trei condiții necesare de a fi reunite pentru ca să stabilească dacă se justifică acordarea unei satisfacții echitabile în cadrul cauzelor interstatale: capătul de acuzare formulat de guvernul reclamant care trebuie să se refere la încălcarea drepturilor fundamentale a resortisanților săi sau a altor persoane, posibilitatea de identificare a victimelor și obiectivul principal al procedurii. Astfel, Curtea a hotărât în hotărârea cu privire la satisfacție echitabilă, că Rusia trebuie să plătească Georgiei 10 milioane de Euro pentru prejudiciul moral, care să fie repartizat unui grup de victime de circa 1500 de resortisanți georgieni¹⁶.

În prezent pe rolul Curții sunt opt cereri pendinte dintre care o cerere *Slovenia c. Croatiei*, două cereri *Georgia c. Rusiei* și 5 cereri depuse de *Ucraina c. Rusiei*.

Cauza *Slovenia c. Croației*¹⁷ nr. 54155/16 se referă la lipsa de echitate, la parțialitatea și discriminarea din partea instanțelor croate în cadrul procedurilor inițiate de o bancă slovenă Ljubljanska banka d.d., pentru încasarea datoriilor de la companiile croate.

La rândul său Georgia a depus două plângeri împotriva Rusiei, în anul 2008 cu privire la conflictul armat dintre Georgia și Rusia din 2008 și consecințele sale,

14 CtEDO, cauza Cipru c. Turciei nr. 25781/94, hot. din 12.05.2014. Opinia comună a judecătorilor ZUPANČIČ, GYULUMYAN, DAVID THÖR BJÖRGVINSSON, NICOLAOU, SAJÓ, LAZAROVA TRAJKOVSKA, POWER-FORDE, VUČINIĆ ET PINTO DE ALBUQUERQUE. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-144153%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-144153%22]})

15 CtEDO, cauza Georgia c. Rusiei (I) nr.13255/07, hot. din 03.07.2014. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-145552%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-145552%22]})

16 CtEDO, cauza Georgia c. Rusiei (I) nr.13255/07, hot. sat. echit. din 31.01.2019. <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/GRANDCHAMBER/2019/CEDH001-189852>

17 CtEDO, cauza Slovenia c. Croatia nr. 5155/16, cerere din 15.09.2016. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKewiPk5KDhYXnAhUlsaQKHRnJDicQFjABegQIBBAC&url=http%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconverson%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D003-6427775_8450864%26filename%3DGrand%2520Chamber%2520hearing%2520Slovenia%2520v.%2520Croatia.pdf&usg=AOvVaw15y2jR8ia5B23O6XFBC5v8

care se află pe rolul Marii Camere, și în 2018 cu privire la pretensele deteriorări ale situației drepturilor omului de-a lungul frontierei administrative dintre teritoriul controlat de Georgia, Abhazia și Osetia de Sud.

Începând cu anul 2014, Ucraina depune mai multe cereri împotriva Federației Ruse și în prezent pe rolul Curții regăsim cinci cereri pendinte: două în fața Marii Camere, una cu privire la situația din Crimeea și alta la cea din partea de Est a Ucrainei. Alte trei cereri sunt pendinte în fața unei camere: una cu privire la presupusa răpire de copii din estul Ucrainei și transferul lor temporar în Rusia în 2014, alta referitor la detenția și acuzarea resortisanților ucraineni pentru diferite infracțiuni și una privind incidentul din strâmtoarea Kerch din noiembrie 2018, care a dus la capturarea a trei nave de război ucrainene și a echipajului lor.

Este interesantă abordarea Curții în cererea *Ucraina c. Federației Ruse* din 13 martie 2014, cu privire la măsurile provizorii cerute de guvernul ucrainean referitor la obligarea imediată a Federației Ruse să se abțină de la orice intervenție care ar constitui amenințări la viața și sănătatea populațiilor civile de pe teritoriul lor, în special în Crimeea. Curtea Europeană a acceptat să ia măsuri provizorii conform articolului 39 al Regulamentului său, dar în același timp ea s-a adresat ambelor părți contractante, atât Ucrainei cât și Rusiei „să se abțină de a lua orice măsură și, în special de natură militară, care ar putea implica pentru populația civilă, încălcări ale drepturilor garantate de Convenție, inclusiv cele care ar putea pune în pericol viața și sănătatea populației civile”¹⁸. Pentru o gestionare mai eficientă a cazurilor interstatale rezultate din cererile formulate de Ucraina împotriva Federației Ruse, Curtea a decis anul trecut să soluționeze toate plângerile referitoare la evenimentele din Crimeea în contextul cauzei nr. 20958/14 și toate reclamațiile referitoare la evenimentele din estul Ucrainei și la Donbass în contextul cauzei *Ucraina v. Rusia* (V), nr. 8019/16.

Aflându-ne deci în câmpul recursului interstatal, putem spune că respectarea drepturilor omului este o bază esențială a existenței societăților democratice care sunt mai bine plasate decât alte regimuri pentru a evita conflictele în cadrul statelor Consiliului Europei, acestea având legături strânse între ele prin acorduri de ordin politic, economic și social astfel încât să se asigure o veritabilă ordine europeană.

18 CtEDO, cauza Ucraina c. Federației Ruse nr. 20958/14, cerere din 13.03.2014. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwjBuuuy5ILnAhUOkxQKHfuJB24QFjABegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%3Flibrary%3DECHR%26id%3D003-6498862-8572168%26filename%3DAudience%2520de%2520Grande%2520Chambre%2520Ukraine%2520c.%2520Russie%2520%2528Crim%25E9e%2529.pdf&usg=AOvVaw3cuONJfE0Z8mCUMHUr-Nyi>

DREPT PUBLIC

PUBLIC LAW

DREPTUL LA APĂRARE CA GARANȚIE COMPLEXĂ A DREPTULUI DE ACCES LIBER LA JUSTIȚIE

Andrei SMOCHINĂ, doctor habilitat în drept., profesor universitar (ORCID: 0000-0002-9010-3489)

Eugeniu TROCIN, doctorand, Școala Doctorală Științe Juridice, USM

THE RIGHT TO DEFENSE AS A COMPLEX GUARANTEE OF THE RIGHT OF FREE ACCESS TO JUSTICE

The defense in criminal proceedings is a right and not an obligation of the accused or defendant, while the state is obliged to ensure his right to defense, because a real defense is a guarantee of complete objective investigation of evidence, because only in this way a legal sentence may be issued. Thus, the initiated study consists in conducting a comprehensive analysis of the right to defense as a complex guarantee of the right of free access to justice, which includes a number of rights essential for the existence of a fair trial and effective access to justice.

Keywords: *defense, right to defense, legal aid, lawyer, procedural guarantee*

Apărarea în cursul procesului penal este un drept și nu o obligație a învinuitului sau inculpatului, pe când statul este obligat să-i asigure dreptul la apărare, deoarece asigurarea reală a apărării este o garanție a cercetării obiective complete a probelor, fiindcă numai în acest mod poate fi emisă o sentință legală. Astfel, studiul inițiat constă în efectuarea unei ample analize asupra dreptului la apărare ca garanție complexă a dreptului de acces liber la justiție, care cuprinde o serie de drepturi esențiale pentru existența unui proces echitabil și acces efectiv la justiție.

Cuvinte-cheie: *apărare, dreptul la apărare, asistență juridică, avocat, garanție procesuală*

Introducere. Profesorului Herbert L. Packer, creatorul teoriei critice moderne a sistemelor procesual-penale, distinge două sisteme de procedură penală care pot fi imaginate a funcționa într-un stat de drept, și anume¹:

1. Sistemul procesului conform, unde eficiența este condiționată de viteza de desfășurare a proceselor și de atingere a finalului procedurii, care depind de existența unor proceduri informale și uniforme, cu o libertate mare acordată organelor de represiune, îndeosebi în procedurile de obținere a probelor (interogarea suspectului sau acuzatului fiind principalul instrument de aflare a adevărului), iar atingerea finalului urmărit implică existența unor cât mai puține oportunități de contestare a procedurilor desfășurate;

2. Sistemul controlului criminalității, reprezintă un aspru critic al instrumentelor de aflare a adevărului descris mai sus, pornind de la posibilitatea erorii în aceste proceduri informale, accentul este pus pe proceduri formale și contradictorii, desfăș-

1 Packer H.L. The Limits of the Criminal Sanction. Stanford: University Press, 1968, p. 153-165

șurate în fața unui tribunal imparțial și cu dreptul deplin al acuzatului de a contesta acuzațiile existente și de a face apel la garanțiile procedurale care îi sunt recunoscute cu generozitate. Mai mult, acest model contestă ideea de eficiență propusă de modelul controlului criminalității. Pentru el, fiabilitatea soluțiilor este mai importantă, chiar dacă aceasta echivalează cu un număr redus de finalizări accelerate ale procesului penal, însă eficiența procesului penal este dată de calitatea sa, de lipsa erorii, și nu de rapiditatea cu care sistemul procesează cauzele penale.

Prin urmare, în cazul modelului controlului criminalității, represiunea comportamentului infracțional este de departe cea mai importantă funcție pe care trebuie să o îndeplinească procesul penal, chiar cu riscul — asumat — al restrângerii sau eludării unor garanții procedurale, pe când modelul procesului conform pune accentul pe protejarea drepturilor fundamentale ale suspectului și acuzatului, subordonând ideea de justiție celei de protecție a garanțiilor fundamentale.

Finalitatea acestui principiu constă în necondamnarea nici a unei persoane nevinovate, dar și ideea că nici un vinovat să nu suporte rigorile legii penale mai mult decât se cuvine. Prin urmare, acest principiu își găsește fundamentul într-un alt principiu, și anume, cel al contradictorialității, în sensul că, nici o persoană nu trebuie să fie lovită de sancțiunile penale fără a afla învinuirile ce i se aduc și probele ce o acuză, sens în care este necesar să fie ascultată pentru a se dezvinovăți, iar rolul apărătorului în acest context, este acela de a preîntâmpina greșelile justiției represive, dar și abuzurile organelor judiciare prin care s-ar viola drepturile și libertățile fundamentale ale persoanei puse sub învinuire².

Actualitatea problematicei abordate. Tematica studiului este una actuală având în vedere faptul că dreptul la apărare reprezintă un aspect important al dreptului la un proces echitabil, care se află în serviciul efectivității realizării dreptului constituțional al cetățenilor de a se adresa justiției pentru apărarea drepturilor, libertăților și intereselor lor legitime.

Înțelegerea sa obligă la cunoașterea celor două sensuri pe care le comportă ideea de apărare, și anume:

1. material — care are în vedere un complex de drepturi și garanții cu caracter procesual, acesta fiind dreptul la apărare, în sens larg, sau cu alte cuvinte constituie totalitatea drepturilor și regulilor procesuale care oferă persoanei posibilitatea de a se apăra împotriva acuzațiilor care i se aduc, de a contesta învinuirile și de a scoate la iveală nevinovăția sa. În celelalte procese acest drept cuprinde totalitatea drepturilor și regulilor procedurale care oferă părților posibilitatea de a-și valorifica pretențiile sau de a dovedi netemeinicia sau nelegalitatea pretențiilor adversarului.
2. formal, ce se limitează la a defini dreptul părții de a beneficia de un apărător specializat, acesta fiind dreptul la apărare, în sens restrâns.

2 Muraru I. Drept constituțional și instituții politice. București: Actami, București, 1998, p. 167-168

Scopul studiului. Scopul prezentei investigații constă în efectuarea unui studiu asupra dreptului la apărare ca garanție complexă a dreptului de acces liber la justiție, care cuprinde o serie de drepturi esențiale pentru existența unui proces echitabil și acces efectiv la justiție.

Atingerea scopului propus acoperă următoarele obiective:

- Analiza conținutului dreptului la apărare;
- Identificarea principalelor condiții de asigurare a efectivității dreptului la apărare;
- Elucidarea principalelor garanții și beneficii a dreptului la apărare pentru toate părțile din proces.

Dreptul la apărare, ca valoare socială, este necesar oricărui mediu sociouman, iar recunoașterea acestui drept reprezintă un numitor comun în toate sistemele procedurale ale statelor democratice, lucru ce derivă și din faptul că statele sunt semnatare ale documentelor internaționale ce consacră în mod expres acest drept³.

Garantarea și extinderea beneficiului dreptului la apărare la toate părțile din proces, nu numai în ceea ce privește inculpatul, ci și persoana învinutului care, deși nu este parte în procesul penal, are interesul de a se apăra împotriva învinuirii penale și a pretențiilor civile, precum și persoana vătămată, partea civilă sau partea responsabilă civilmente, reprezintă în mod categoric un pas considerabil în această materie. Aceste reflexii în legea de procedură penală au fost posibile datorită convertirii concepției specifice statului totalitar în ceea ce numim, generic, „stat de drept și domnia legii”⁴.

Dreptul la apărare, astfel cum este reglementat în dispozițiile legale, reprezintă un drept procesual garantat tuturor părților în tot cursul procesului penal, care se realizează prin multiple modalități precum ar fi: dispozițiile procedurale, asistența juridică și, nu în ultimul rând, prin modul de organizare și funcționare al instanțelor judecătorești⁵.

În scopul asigurării unei depline realizări, conținutul dreptului la apărare a fost extins, atât pentru învinuit, cât și pentru celelalte părți din proces, dar și în faza de urmărire, nu numai în faza de judecată, cuprinzând garanțiile de bază ale acestor drepturi, dar și o serie de obligații din partea organelor judiciare:

- să încunoștiințeze pe învinuit sau inculpat, înainte de a se lua prima declarație, despre dreptul de a fi asistat de un apărător, consemnându-se aceasta în procesul verbal de ascultare;
- să ia măsuri pentru asigurarea asistenței juridice a învinutului sau inculpatului, dacă acesta nu are apărător ales.⁶

3 Trocan L.-M. Garantarea dreptului la apărare în lumina dispozițiilor tratatelor internaționale specializate în materia drepturilor omului și jurisprudenței CEDO. În: *Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice*, nr. 4 din 2010, p. 111

4 Ștefănescu B. *Garanțiile juridice ale respectării legii procesual penale în activitatea de judecată*. București: Hamangiu, 2007, p. 167

5 Boroi A., Ungureanu Șt.-G., Jidovu N. *Drept procesual penal*. București: All Beck, 2002, p. 42

6 Andriuc I. *Dreptul la apărare*. Cluj-Napoca: Nevali, 2003, p. 25-26

Într-o altă opinie, conținutul complex al dreptului la apărare se manifestă sub următoarele aspecte⁷:

1. Administrarea din oficiu de către organul judiciar a probelor în apărare;
2. Autoapărarea învinuitului și inculpatului;
3. Asistența juridică acordată învinuitului sau inculpatului.

Totuși, în exercitarea drepturilor, prerogativelor și mijloacelor procesuale care asigură dreptul la apărare, partea interesată nu-și poate desfășura plener activitatea și de aceea este necesar să poată beneficia de asistență juridică calificată, prestată de cineva cu pregătire juridică corespunzătoare, respectiv de către avocat, care este tratat ca un profesionist abilitat să presteze cetățenilor asistență juridică în fața justiției și a altor organe.

În viziunea unui alt grup de autori, dreptul de apărare presupune posibilitatea acordată părților de a-și apăra singure interesele legale, cu excepția cazurilor expres prevăzute de lege, în care apărarea este obligatorie și în care, independent de voința învinuitului sau inculpatului, acesta va fi apărat de o persoană cu calificarea corespunzătoare (avocat). În celelalte cauze, partea cunoscându-și cel mai bine interesele, este lăsată să se apere singură, dacă dorește astfel. Faptul că în anumite cazuri apărarea este obligatorie, reprezintă o garanție pentru înfăptuirea în cele mai bune condiții a justiției în cazurile respective⁸.

În cadrul unei societăți libere, avocatul, ca exponent al apărării, nu este un oponent al sistemului de justiție, un adversar al organelor statale, ci un participant esențial la procesul penal, chiar și atunci când își exercită activitatea prin a propune suspectului să refuze colaborarea cu organele statale, deoarece nu este o piedică nedorită în realizarea justiției, ci chiar o formă de realizare a justiției⁹, unde ambele părți în fața instanțelor au dreptul să dețină informația despre faptele și argumentele părții opuse și, în același timp, fiecare parte trebuie să dispună de posibilitatea de a pregăti și de a expune un răspuns pentru partea opusă¹⁰.

Apărătorul care asistă pe învinuit sau inculpat, pe lângă sfaturile pe care i le dă, exercită și drepturile procesuale ale lui, în numele și pentru acesta, astfel încât, pe parcursul urmăririi penale, apărarea poate activa numai în limitele prezenței învinuitului sau inculpatului, care nu este una activă.

Pe parcursul urmăririi penale, apărătorul are dreptul de a asista la efectuarea actelor specifice urmăririi penale, fără însă a putea interveni în mod real, care constituie o garanție importantă în sprijinul apărătorului și o reacție a sistemului penal cvasiinchizitorial la tendința atenuării progresive a necontradictorialității și a lipsei de publicitate a cercetării și a urmăririi penale, prin introducerea unor principii liberale

7 Jidovu N. Dreptul la apărare al învinuitului și inculpatului. București: Rosetti, 2004, p. 21-22

8 Boroi A., Ungureanu Șt.-G., Jidovu N. Op. cit., p. 41-42

9 Pușcașu V. Noul Cod de Procedură penală și dreptul la o apărare efectivă. În: Caiete de Drept Penal, nr. 1 din 2011, p. 102

10 Constituția Republicii Moldova: comentariu/ coord. de proiect: Klaus Sollfrank; red.: Nina Pârțac, Lucia Țurcanu – Chișinău: Arc (Tipogr. „Europress“), 2012, p. 122

— oralitate, publicitate, contradictorialitate, respectarea demnității, garantarea dreptului la apărare — specifice sistemului acuzatorial¹¹. Respectiv, limitarea acestui drept constituie un pas înapoi în domeniul asigurării efectivității accesului liber la justiție.

În acest context, susținem opinia judecătorului Lopes Rocha, care afirma în urma examinării cauzei *Imbrioscia contra Elveției*¹² precum că majoritatea codurilor europene moderne de procedură penală garantează persoanei acuzate dreptul la asistență juridică în toate etapele procedurale, iar acest drept este considerat ca fiind cea mai adecvată punere în practică a drepturilor apărării și a cerinței echității procedurilor prin care poziția persoanei acuzate, ca parte la proces, devine mai puternică. Exercițarea acestui drept este îndeosebi justificată în fazele inițiale, când cel acuzat se confruntă cu acuzatorii de pe poziții inegale, iar ulterior, în timpul altor interogatorii, fiind asistat de un specialist în materie juridică, nu poate fi remediată eficient lipsa inițială.

Este adevărat că în timpul procesului acuzatul are dreptul să respingă probele acuzării, inclusiv mărturisirile anterioare, dar experiența demonstrează că în această etapă procedurală posibilitatea exercitării acestui drept este adesea insuficientă pentru contracararea opiniei formate pe baza declarațiilor inițiale luate în absența unui avocat.

În opinia prof. Ovidiu Predescu, jurisprudența Curții Europene nu garantează avocatului acuzatului prezența la efectuarea tuturor actelor de urmărire penală, ci numai la cele ce implică participarea nemijlocită a clientului său¹³. De asemenea, instanța nu va putea reține situațiile de fapt relatate de martor, expert sau orice altă persoană audiată în cursul urmăririi penale dacă învinuitul, inculpatul sau apărătorul său nu au avut posibilitatea de a formula întrebări persoanei audiate. Chiar și în cazul în care inculpatul sau apărătorul său au participat la audierile efectuate de procuror în faza de urmărire penală, instanța nu își poate întemeia, în mod exclusiv sau determinant, o hotărâre de condamnare pe aceste declarații date de persoane ce nu au putut fi audiate în faza cercetării judecătorești, datorită unor imposibilități obiective.

Probele administrate de procuror în faza de urmărire penală reprezintă, în principal, temeiul actului de trimitere în judecată, instanța având obligația de a administra mijloacele de probă pe care urmează a le analiza în hotărâre în mod nemijlocit, cu respectarea principiilor contradictorialității și egalității armelor, iar absența avocatului învinuitului sau inculpatului de la audierile din cursul urmăririi penale îl pune pe procuror în imposibilitatea de a folosi aceste declarații în susținerea acuzării în fața instanței, în cazul în care persoana audiată în cursul urmăririi penale nu mai poate fi audiată în cursul cercetării judecătorești.

În literatura de specialitate s-a apreciat faptul că prin eliminarea interdicției cu privire la dreptul apărătorului de a lua legătura cu inculpatul arestat sau reținut, dacă procurorul sau organul de cercetare penală propunea, o singură dată, pe o durată de

11 Ștefănescu B. Op. cit., p. 190

12 C.E.D.O., *Cazul Imbrioscia contra Elveției*, hotărârea din 24 noiembrie 1993, cererea nr. 13972/88, [On-line]: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57852\(vizitat la 04.05.2021\)](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57852(vizitat la 04.05.2021))

13 Predescu O., Udroui M. *Convenția europeană a drepturilor omului și dreptul procesual penal român*. București: C.H. Beck, 2007, p. 437

maxim 5 zile, s-a pus capăt unei injuste restricționări de comunicare a inculpatului arestat cu avocatul său, asigurându-se astfel dreptul persoanei arestate sau deținute de a comunica și furniza informațiile necesare apărătorului, în vederea valorificării profesionale de către acesta a drepturilor procesuale recunoscute de lege¹⁴.

Pe lângă drepturile procesuale ale părții, pe care le exercită — în locul ei, apărătorii au și unele drepturi procesuale proprii, pe care le exercită în numele său: să ia cunoștință de dosarul cauzei, să asiste la ședințele de judecată secrete, să pună întrebări părții pe care o apără, cu ocazia ascultării sale, să exercite calea de atac pentru cheltuielile judiciare convenite ca apărător, să declare, ca substituit procesual, calea de atac în numele său, dar pentru partea pe care a asistat-o.

Prin urmare, efectivitatea dreptului la apărare ține de esența dreptului la apărare, iar calitatea apărării în procesul penal este un element prioritar de analizat pentru a determina caracterul efectiv al apărării ce a fost asigurată suspectului sau acuzatului. Astfel, s-a stabilit regula că „acuzatul are posibilitate să obțină desființarea soluției de condamnare pe motivul că apărarea inefectivă a avocatului a cauzat lipsirea sa de libertate fără a beneficia de un proces echitabil, această solicitare putând fi formulată chiar dacă avocatul avut a fost ales și nu desemnat din oficiu”¹⁵.

Totodată, efectivitatea se manifestă și prin faptul că apărătorul trebuie să-și desfășoare activitatea cu conștiinciozitate și probitate, în sensul exercitării tuturor obligațiilor procesuale prevăzute de legea, iar în caz contrar vor fi aplicate atât sancțiunile disciplinare care, pentru fapte grave, incompatibile cu etica și deontologia profesională, pot merge până la excluderea din profesie, cât și sancțiuni penale, în cazul în care avocatul a folosit în mod conștient acte false, a instigat partea la mărturie mincinoasă sau a săvârșit vreo sustragere de acte din dosar¹⁶.

În vizunea prof. Selejan-Guțan Bianca, garanția dreptului la apărare cuprinde o serie de drepturi esențiale pentru existența unui proces echitabil în materie penală, printre care dreptul de a fi informat asupra naturii și cauzei acuzației, dreptul de a dispune de timpul și facilitățile necesare apărării, dreptul de a se apăra în mod eficient, dreptul la martori și dreptul la interpret¹⁷.

Exercitarea ***dreptului de a fi informat despre natura și cauza acuzației aduse împotriva sa***, are în vizor valorificarea dreptului subiectiv al persoanei de a se apăra în fața instanțelor naționale de jurisdicție, inclusiv prin organizarea unei apărări eficiente bazate pe contestarea faptelor incriminate în acuzație, acest drept fiind unul fundamental într-o societate edificată pe principiile democrației europene.

Dreptul la informare cu privire la natura și cauza acuzației este garantat prin prevederile art. 64 aln.2, art. 66 aln.2, art. 167 și art. 282 a Codului de procedură penală al Republicii Moldova. Reiterând respectivele prevederi, constatăm faptul că

14 Ștefănescu B. Op. cit., p. 186

15 Pușcașu V. Op. cit., p. 103

16 Ștefănescu B. Op. cit., p. 191

17 Selejan-Guțan B. Protecția europeană a drepturilor omului. București: CH Beck, 2011, p. 143-146

orice bănuit are dreptul să știe de ce este bănuit și, imediat după ce a fost arestat(ă) sau reținut(ă), sau după ce a fost informat cu privire la decizia de aplicare a măsurii preventive sau a fost recunoscut ca fiind bănuit, are dreptul să fie informat, în prezența unui avocat, în limba pe care o înțelege, despre conținutul bănuielii și calificarea juridică/natura acțiunilor penale de care este bănuit.

Mai mult ca atât, imediat după arestare sau după ce a fost informat cu privire la decizia de aplicare a măsurii preventive sau a fost recunoscut în calitate de bănuit, el/ea are dreptul de a primi o copie a deciziei respective sau a mandatului de arestare.

De asemenea, orice învinuit are dreptul de a fi informat cu privire la infracțiunea de care el/ea este învinuit și atunci când este învinuit, precum și imediat după arestare, sau după ce a fost informat cu privire la decizia de aplicare a măsurilor preventive, să primească de la organul de urmărire penală o copie a învinuirii. Odată ce rechizitoriul este întocmit de către procuror, acesta din urmă prezintă învinuitului și reprezentantului său legal o copie a acesteia, în care este menționată informația anexată la rechizitoriu.

Prin urmare, dreptul la informare cu privire la natura și cauza acuzației aduse este un drept absolut¹⁸. Învinuitul este informat verbal, dar trebuie să fie, de asemenea, prevăzut cu o copie a actului de procedură în cauză, unde sunt descrise pe scurt natura și cauza acuzației. Respectivetele procese-verbale sunt semnate de către persoana care întocmește acte de procedură și de învinuit, sau alternativ, o notă scrisă care să confirme faptul că o copie a actului prezentată învinuitului este anexată la dosarul cauzei. În cazul în care persoana (și /sau reprezentantul său/avocatul) le-a semnat, s-ar putea presupune că i a fost explicată natura bănuielii.

Semnătura, la rîndul său, dovedește că procesul-verbal i-a fost adus la cunoștință și i-a fost explicat învinuitului. Acesta este motivul pentru care organele de urmărire penală și instanța de judecată insistă la un avocat prezent pentru a asigura legitimitatea actului și, în consecință, de a împiedica apărarea să pretindă o încălcare a dreptului la informare, afară de cazul când acest lucru se aplică la o altă etapă a procesului. În practică, organele de urmărire penală nu explică în mod clar sensul învinuirii, deoarece aceasta este mai degrabă o procedură formală și simbolică decât una substanțială.

Consecința în cazul în care organul de urmărire penală nu a informat învinuitul despre natura acuzației, este anularea procesului-verbal de reținere, decizie prin care persoana este recunoscută drept bănuit, sau ordonanța de punere sub învinuire în conformitate cu prevederile art. 251 a Codului de procedură penală al Republicii Moldova.

În asemenea circumstanțe, toate celelalte acțiuni procesuale întreprinse cu privire la bănuit sau învinuit ar fi, de asemenea, nule. Cu toate acestea, deoarece această încălcare poate fi reparată la o etapă ulterioară și nu este inclusă în tipurile de erori procesuale, care nu pot fi corectate, organul de urmărire penală ar putea emite din

18 Cape E., Namoradze Z. Apărarea efectivă în Europa de Est. Trad. Matei D. Chișinău: Bons Of-fices, 2013, p. 185

nou documentele enumerate și repeta alte acțiuni procesuale. Drept rezultat, foarte puțini avocați semnaleză încălcări referitoare la dreptul la informare.

Liberul exercițiu al dreptului de apărare al învinutului este condiționat de chemarea acestuia spre a i se aduce la cunoștință materialul probator, care stă la baza învinuirii sale. Or, dacă procurorul are numai latitudinea, iar nu și obligația chemării învinutului înseamnă că, cel mai important moment al urmăririi penale — trimiterea în judecată — se poate realiza fără ca învinutul să fie înștiințat asupra învinuirii care i se aduce. În aceste condiții învinutul nu are posibilitatea să fie asistat de către un apărător și nici să dispună de timpul necesar pentru a-și pregăti apărarea neavând cunoștința de soluția dată de procuror în urma examinării materialului primit de la organul de cercetare penală¹⁹.

Astfel, prin prisma dreptului la apărare efectivă se asigură și dreptul de a fi informat asupra naturii și cauzei acuzației, care trebuie să fie detaliată, și efectuată în cel mai scurt timp posibil și într-o limbă înțeleasă de persoana în cauză fie în formă scrisă sau orală, important este ca ea să fie realizată efectiv²⁰.

O informare precisă și completă cu privire la faptele ce se reproșează acuzatului și a calificării lor juridice reprezintă o condiția esențială a unui proces echitabil, iar, pe de altă parte, acest drept al acuzatului de a fi informat trebuie privit în lumina dreptului recunoscut acuzatului de a-și pregăti apărarea²¹.

Dreptul acuzatului de a fi informat despre cauza și natura acuzației ce i se aduce, presupune și acordarea unei atenții speciale notificării acuzației în adresa persoanei, actul acuzației având un rol crucial în procesul penal, începînd cu data notificării, persoana este oficial avizată despre baza faptică și de drept a învinuirii înaintate împotriva sa²².

În cazul modificării acuzației aduse unei persoane, adică recalificarea infracțiunii de comiterea căreia persoana este bănuită, Curtea Europeană a specificat că acuzatul trebuie informat de o manieră promptă și completă despre modificarea acuzației, inclusiv schimbarea cauzei acesteia, cu asigurarea perioadei de timp și facilităților necesare răspunsului la ele și organizării apărării sale, ținînd cont de multitudinea noilor informații și învinuri²³.

Informarea trebuie realizată într-o limbă pe care cel interesat o înțelege, limbaj inteligibil pentru o persoană cu capacitate intelectuală normală, iar la persoanele alienate, informarea ar trebui realizată prin reprezentanții lor. Realizarea garanției cere o informare detaliată, fără a impune o formă specifică a modului în care acuzatul

19 Decizia Curții Constituționale a României nr.141 din 5 octombrie 1999. În: Monitorul Oficial al României, nr. 585 din 30 noiembrie 1999

20 Selejan-Guțan B. Op. cit., p. 143

21 Birsan C. Convenția Europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole. București: C. H. Beck, 2008, p. 551

22 C.E.D.O., Cazul Block contra Ungariei, hotărârea din 25 ianuarie 2011, cererea nr. 56282/09, [On-line]: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103043\(vizitat la 16.05.2021\)](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103043(vizitat la 16.05.2021))

23 C.E.D.O., Cazul Mattocchia contra Italiei, hotărârea din 25 iulie 2000, cererea nr. 23969/94, [On-line]: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58764 \(vizitat la 16.05.2021\)](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58764 (vizitat la 16.05.2021))

are să fie informat, fie chiar și în cazul modificării acuzației sau în caz de schimbare a încadrării juridice a faptelor²⁴.

De asemenea, informarea trebuie să fie făcută „în cel mai scurt timp“, din considerentul că acest drept are ca scop oferirea celui acuzat a timpului și înlesnirilor necesare pregătirii apărării. Astfel în doctrină s-a arătat că raportarea la intervalul de timp dintre data emiterii actului de acuzare și data comunicării acestuia este lipsită de interes practic. Însă, în fapt, prezintă importanță de cât timp a dispus acuzatul între data comunicării acuzației și data începerii procesului sau între data schimbării încadrării juridice și data pledoariilor finale în cauză. Prin raportare la această perioadă de timp se poate stabili dacă acuzația a fost comunicată în cel mai scurt timp²⁵.

În această ordine de idei, în diverse decizi ale sale Curtea Europeană a Drepturilor Omului a stabilit:

- că autoritățile trebuie să adopte o abordare activă în vederea informării bănuțiilor despre dreptul lor la o asistență juridică²⁶;
- autoritățile au o obligație pozitivă de a oferi informație bănuțiilor despre dreptul la asistența juridică și la servicii juridice gratuite și despre faptul dacă condițiile referitoare la aceste drepturi au fost îndeplinite. Nu este suficient ca această informație să fie adusă doar în scris. Curtea a accentuat faptul că autoritățile trebuie să întreprindă toate măsurile rezonabile pentru a se asigura că bănuitul este pe deplin conștient despre dreptul său la apărare și, în măsura în care este posibil, înțelege implicațiile conduitei sale în timpul interogatoriului²⁷.

În viziunea prof. Ed Cape, cercetarea efectuată în ultimii ani arată că modul și măsura în care persoanele bănuite și învinuite sunt informate despre drepturile sale procesuale variază în mod considerabil în jurisdicțiile Europene și că în majoritatea dintre ele informația despre drepturile procesuale este oferită doar pe cale orală, ceea ce duce la scăderea eficienței informației și face monitorizarea mult mai dificilă²⁸.

Prezentarea de informații cu privire la drepturi este menționată în procesul-verbal de reținere și este confirmată prin semnăturile învinuitului și a organelor relevante de urmărire penală. Însă și această procedură de prezentare a informațiilor cu privire la drepturile procesuale este una formală, de obicei, realizată în grabă de către organul de urmărire penală. Informația este scrisă cu litere mici, identic cu cel din Codul de procedură penală care trebuie să includă cel puțin informația despre: dreptul de a

24 Miga-Beșteliu R., Brumar C. Protecția internațională a drepturilor omului. București: Universul Juridic, 2008, p. 142-154

25 Trechsel S., Summers S.J. Human rights in criminal proceedings. New York: Oxford University Press, 2006, p. 207

26 C.E.D.O., Cazul Padalov contra Bulgariei, hotărârea din 10 august 2006, cererea nr. 54784/00, [On-line]: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76671> (vizitat la 16.05.2021)

27 C.E.D.O., Cazul Panovits contra Cipru, hotărârea din 11 decembrie 2008, cererea nr. 4268/04, [On-line]: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90244> (vizitat la 17.05.2021)

28 Cape E., Namoradze Z. Op. cit., p. 37

avea acces la un avocat, gratuit dacă este cazul, dreptul de a fi informat despre învinuirea adusă și, acolo unde este cazul, să aibă acces la materialele dosarului, dreptul la interpretare și traducere, dreptul de a fi adus în mod prompt în fața instanței, în cazul în care este arestat(ă).

Dreptul de a dispune de timpul și facilitățile necesare apărării este o garanție care își începe aplicabilitatea din momentul în care persoana devine obiectul unei acuzații în materie penală. Durata necesară apărării se apreciază în funcție de factorii particulari ai fiecărui caz în parte: complexitatea, modul de lucru al avocatului apărării, stadiul procedural etc. De asemenea, poate fi luat în considerare și comportamentul acuzatului, iar o neglijență din partea sa nu va putea fi utilizată de către acesta în numele principiilor art. 6 a Convenției Europene a Drepturilor Omului²⁹.

Punctul de la care se consideră că începe să curgă termenul în care se poate pregăti apărarea îl constituie momentul de la care o persoană este subiectul unei acuzații penale, ca, de exemplu, data arestării sau data de la care o persoană este afectată în mod substanțial de o acuzație penală.

Fără înaintarea acuzării, urmărirea penală nu poate fi terminată, și învinuitul nu poate fi judecat. Termenul de 48 de ore este un termen de recomandare și urmează a fi respectat de către procuror în funcție de asigurarea prezenței învinuitului și apărătorului la această acțiune procesuală. În cazul când învinuitul a fost atras în calitate de bănuit anterior, termenul de 48 de ore este determinat de termenele 10, 13 zile sau 3 luni în funcție de măsura procesuală de constrângere aplicată acestuia³⁰.

Ținând seama de faptul că înaintarea acuzării se face în prezența obligatorie a avocatului, procurorul este obligat să înștiințeze avocatul ales sau numit, dacă acesta a fost admis în procesul penal sau să înștiințeze din timp învinuitul să-și invite un avocat ori să asigure prezența unui avocat din oficiu. Lipsa apărătorului la înaintarea acuzării atrage nulitatea acestui act.

Acuzatul se bucură de o mare libertate în alegerea avocatului care să îi asigure apărarea, bineînțeles cu respectarea anumitor condiții, impuse de normele naționale cu privire la desfășurarea profesiei de avocat: avocatul respectiv să se bucure de drept de practică în fața instanței respective, să respecte etica și deontologia profesională, solemnitatea ședinței și autoritatea judecătorului sau orice alte reguli de procedură.

Dacă acuzatului nu îi este oferită posibilitatea de a-și susține cauza, chiar când a fost asistat de un apărător, care însă nu a avut nici el posibilitatea de a lua cuvântul, ci doar de a depune concluzii scrise, cerința dreptului la apărare (alături de cea a echității procedurii, a egalității armelor și a contradictorialității) este încălcată.

În această ordine de idei, ar mai fi de remarcă faptul că bănuitul/învinuitul sau inculptul nu are însă și dreptul, în virtutea prevederilor legale, de a fi apărat de un număr nelimitat de avocați³¹.

29 Selejan-Guțan B. Op. cit., p. 144

30 Dolea I. ș. a. Codul de procedură penală. Comentariu. Chișinău: Cartier juridic, 2005, p. 434

31 Pușcașu V. Op. cit., p. 107

Cu toate acestea, „acuzăția“ nu marchează începutul perioadei în raport cu care se apreciază respectarea dreptului la apărare și acordarea asistenței juridice în corelație cu prevederile art.6, par. 1 a Convenției Europene a Drepturilor Omului³².

În conformitate cu prevederile naționale, calitatea procesuală de bănuït apare numai după pornirea urmăririi penale, iar acestuia îi se recunoaște dreptul de a fi informat în prezența apărătorului, în limba pe care o înțelege, despre conținutul bănuïelii și despre încadrarea juridică a faptelor infracționale de săvârșirea cărora este suspectat, iar imediat după reținere sau după recunoașterea în calitate de bănuït, să primească de la persoana care l-a reținut informație în scris despre drepturile de care dispune, inclusiv dreptul de a tăcea și de a nu mărturisi împotriva sa, precum și să primească de la organul de urmărire penală explicații asupra tuturor drepturilor sale.

Ulterior, imediat după reținere sau după ce i s-a adus la cunoștință hotărârea de aplicare a măsurii preventive ori de recunoaștere în calitate de bănuït, să primească de la organul de urmărire penală copia de pe hotărârea respectivă sau copia de pe procesul-verbal privitor la reținerea sa și să primească consultație juridică, în condiții confidențiale, din partea apărătorului până la începutul primei audieri în calitate de bănuït.

Din momentul când i s-a adus la cunoștință actul procedural de recunoaștere în calitate de bănuït, acesta este în drept să dispună de asistența unui apărător ales de el, iar dacă nu are mijloace de a plăti apărătorul, să fie asistat în mod gratuit de către un avocat din oficiu, precum și, în cazurile admise de lege, să renunțe la apărător și să se apere el însuși.

Atât la etapa consultărilor juridice, cât și cea a asistenței juridice propriu — zise, dreptul la apărare presupune posibilitatea acuzatului de a comunica cu avocatul său, în vederea pregătirii apărării. Orice restrângere a acestui drept trebuie să fie justificată de un scop legitim de interes public.

În jurisprudența CEDO, s-a apreciat precum că un termen de 3 săptămâni a fost considerat suficient pentru ca un avocat să formuleze un răspuns la un document de 49 de pagini³³, iar într-o altă cauză a fost considerat că dreptul prevăzut de art. 6 par. 3 lit. b) a fost încălcat în condițiile în care avocații apărării au beneficiat de numai 2 săptămâni pentru a pregăti apărarea într-un dosar cu 17.000 de pagini³⁴.

În ceea ce privește dreptul la informații detaliate cu privire la probe/ materiale relevante disponibile, adică dreptul de acces la dosar, sau la copii ale dosarului, este limitat la faza prejudiciară. Inculpatul și avocatul văd dosarul complet abia la sfârșitul anchetei penale.

Însăși, confidențialitatea urmăririi penale presupune că materialele de urmărire penală nu pot fi făcute publice, cu excepția cazului în care există autorizarea persoanei

32 Predescu O., Udroiu M. Op. cit., p. 410

33 C.E.D.O., Cazul Kremyow contra Austriei, hotărârea din 21 septembrie 1993, cererea nr. 12350/86, [On-line]: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164602>(vizitat la 21.05.2021)

34 C.E.D.O., Cazul Oçalan contra Turciei, hotărârea din 12 martie 2003, cererea nr. 46221/99, [On-line]: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69022> (vizitat la 21.05.2021)

care conduce urmărirea penală și doar în măsura în care această persoană consideră că este posibil.

Anume din acest considerent, în practică, confidențialitatea urmăririi penale, de obicei, este strict urmată de către ofițeri, astfel că accesul limitat la dosarul cauzei este unul din principalele motive pentru care avocații nu sunt deosebit de activi în timpul procedurilor la etapa prejudiciară.

Dreptul de a se apăra în mod eficient presupune că orice acuzat are dreptul de a se apăra el însuși sau de a beneficia de asistența unui avocat, ales sau numit din oficiu. În cazul în care acuzatul se apără singur, el trebuie să dispună de toate facilitățile necesare pentru a-și organiza apărarea. Cu toate acestea, datorită dificultăților unei autoapărări a acuzaților, judecătorii cer de cele mai multe ori intervenția unui avocat, cu atât mai mult cu cât aceasta poate fi asigurată în mod gratuit.

Curtea Europeană subliniază necesitatea respectării principiului liberei alegeri a apărătorului de către acuzat. Din momentul în care avocatul este ales, autoritățile trebuie să asigure libera comunicare a acestuia cu clientul, iar avocatului să i se permită participarea la toate momentele procedurii, inclusiv în faza instrucției preliminare conduse de poliție.

Ar fi de remarcat că art. 6 par. 3 lit. c) impune și o obligație pozitivă a statelor în privința asigurării dreptului la asistență judiciară gratuită, atunci când acuzatul nu își poate permite un avocat ales. În acest caz, statul nu poate fi însă considerat responsabil de eventualele greșeli sau neglijențe ale avocatului, datorită independenței acestei profesii. Totuși, în cazul unei incompetențe evidente a avocatului desemnat din oficiu, autoritățile judiciare nu pot ignora acest fapt, altfel riscând să nu își îndeplinească obligația de a asigura o apărare eficientă.

Pentru a facilita decizia statelor în aceasta privință, Curtea Europeană a identificat o serie de criterii relevante pentru identificarea interesului bunei administrări a justiției:

- complexitatea cauzei: cu cât cauza este mai complicată, cu atât mai necesară este asistența judiciară;
- posibilitatea acuzatului de a se apăra singur;
- impactul pe care l-ar putea avea soluționarea cauzei asupra acuzatului, dedus din gravitatea acuzării și posibila sancțiune aplicabilă³⁵.

De asemenea, un acuzat nu poate invoca încălcarea art. 6 par. 3 lit. c) dacă nu a cerut recurgerea la sistemul de asistență judiciară. Statul nu este obligat însă să ofere posibilitatea acuzatului de a alege avocatul din oficiu. Cu toate acestea, simpla desemnare a unui avocat din oficiu nu este suficientă pentru a asigura o apărare concretă și efectivă.

Instanța nu poate obliga un acuzat să se apere singur. Dacă acuzatul decide să se apere singur (și instanța admite aceasta), lui îi sunt recunoscute toate drepturile unui avocat, dar trebuie să manifeste diligența specifică unui avocat (de exemplu, cu

³⁵ Selejan-Guțan B. Op. cit., p. 145

privire la termenele procedurale), neputând invoca în favoarea sa faptul că nu are avocat și nu a știut cum să se apere.

Prin urmare, dreptul la apărare nu trebuie confundat cu asistența apărătorului sau asistența judiciară, deoarece, dreptul la apărare constă din totalitatea prerogativelor, facultăților și posibilităților pe care potrivit legii le au părțile pentru apărarea intereselor lor, iar asistența juridică, prin natura sa, reprezintă o garanție a asigurării principiilor fundamentale ale răspunderii juridice și a dreptului de apărare, fiind numită și apărarea tehnică sau profesională, deoarece se efectuează de o persoană cu studii juridice și funcționează alături de autoapărarea, care se efectuează de fiecare parte din proces.

Totodată, dreptul de apărare este unul dintre elementele fundamentale ale unui proces echitabil, astfel că inculpatul nu poate pierde beneficiul dreptului de a fi asistat de un apărător numai prin faptul că este absent de la dezbateri³⁶.

Din cele expuse reiese că³⁷:

1. Partea are dreptul să-și apere singură interesele legale, astfel, învinuitul sau inculpatul beneficiază de o serie de drepturi procesuale care le dau posibilitatea de a-și asigura singuri apărarea: învinuitul sau inculpatul are dreptul de a cunoaște învinuirea și de a o combate prin probe, învinuitul sau inculpatul are posibilitatea să participe direct la efectuarea actelor de urmărire penală și la actele de judecată, învinuitul sau inculpatul are dreptul să i se prezinte materialul de urmărire penală, părțile pot exercita dreptul de apărare în cadrul dezbaterilor, pot exercita căi ordinare de atac sau în unele condiții căi extraordinare de atac.
2. Organul judiciar este obligat să aibă în vedere din oficiu toate aspectele care sunt în favoarea părții. Având în vedere că tot potrivit unui principiu fundamental al procesului penal, orice persoană este considerată nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă, asigurându-se protecția juridico-procesuală a persoanei, în calitatea ei de subiect al raportului juridic procesual penal, în administrarea probelor, organele judiciare trebuie să țină seama și de probele care prezintă aspecte favorabile părților.
3. Partea are dreptul la asistență juridică³⁸. Atunci când partea consideră necesar, poate cere sprijinul unui avocat care poate acorda asistență juridică. Apărarea trebuie să se refere la cauză în complexitatea ei, atât în fapt, cât și în drept și trebuie să se desfășoare prin actele și îndeplinită după formele procesuale prescrise de lege, ea neputând fi îndeplinită în mod temeinic și în toată amplitudinea decât de un apărător cu pregătire juridică, de un avocat.

În ordinea celor expuse, concluzionăm următoarele:

Spre deosebire de procedura penală, caracterul principiul dreptului la apărare ca valoare socială, în cadrul procedurii civile este mai redus, fiind aici esențialmente

36 Decizia Curții Constituționale a României nr. 145 din 14 iulie 2000. În: Monitorul Oficial al României, nr. 665 din 16 decembrie 2000

37 Neagu I. Op. cit., p. 68-70

38 Andriuc I. Op. cit., p. 26

facultativ, iar prin prisma caracterului său formal, asistența judiciară nu este obligatorie, părțile fiind libere să aprecieze cum pot fi mai bine apărate interesele lor legitime. Însă, în condițiile în care partea nu poate suporta cheltuielile unei apărări specializate, poate primi, la cerere, asistență judiciară gratuită, aceasta fiind asimilată asistenței judiciare din oficiu acordată în procesul penal.

Participarea avocatului în proces penal ține de dorința învinuitului sau inculpatului, fiind facultativă. Totuși în condițiile și în cazurile prevăzute de lege, organele judiciare sunt obligate să ia măsuri pentru asigurarea asistenței juridice a învinuitului și inculpatului dacă acesta nu are apărător ales.

Dreptul de a se apăra singur poate suferi limitări și ca urmare a intervenției instanței naționale, care are o marjă largă de apreciere a dreptului acuzatului de a-și prezenta propria apărare. Dacă instanța va considera că acuzatul nu se poate apăra singur în mod eficient, aceasta ar trebui să dispună numirea unui avocat din oficiu.

Dreptul la apărare nu este absolut, astfel că poate suferi limitări, mai ales în privința căilor de atac, unde reglementarea internă poate prevedea faptul că reprezentarea de către avocat este obligatorie. Dacă în aceste cazuri persoana acuzată nu dispune de mijloacele financiare pentru a-și angaja un avocat, asistența judiciară din oficiu este de principiu obligatorie.

PARTICULARITĂȚILE CONSTRUCȚIEI JURIDICE ALE SUSPENDĂRII EXECUTĂRII ACTULUI ADMINISTRATIV INDIVIDUAL DEFAVORABIL (PARTEA I)

Nicolae FALĂ¹, lector universitar, formator INJ (ORCID: 0000-0003-0228-9269)

Mihail POALELUNGI, doctor habilitat, conferențiar universitar (ORCID: 0000-0002-8270-5543)

PECULIARITIES OF THE LEGAL CONSTRUCTION OF THE SUSPENSION OF THE EXECUTION OF THE UNFAVORABLE INDIVIDUAL ADMINISTRATIVE ACT (PART I)

Due to the uniform nature of the administrative procedure, the individual administrative act is the indispensable legal instrument through which public authorities tackle the modern tasks of public authorities. Administrative action must serve the effectiveness of the administration, as well as the interest of the citizen for a clear and permanent determination of their legal position. Thus, a distinction is made between the procedural function, the clarification function, the decided fact function, the enforcement function and the legal protection function. The execution of the individual administrative act is one of the most important legal effects. The moment of triggering the enforceable effect of the individual administrative act coincides with its validity. Validity is in turn external and internal (internal efficiency). The need for effective legal protection against burdensome administrative acts also includes provisional legal protection. The administrative code distinguishes between the suspension occurred by the effect of the law and the suspension instituted by the public authority or the court at the request of the addressee or the third party affected by the unfavorable individual administrative act.

Keywords: individual administrative act, functions, temporary protection, execution, suspension

Grație carterului uniform al procedurii administrative, actul administrativ individual este instrumentul juridic indispensabil prin care autoritățile publice fac față sarcinilor moderne ale autorităților publice. Acțiunea administrativă trebuie să servească eficacității administrației, precum și interesul cetățeanului pentru o determinare clară și permanentă a poziției sale juridice. Astfel, se face distincția între funcția procedurală, funcția de clarificare, funcția de lucru decis, funcția de executare și funcția protecție juridică. Executarea actului administrativ individual este unul dintre cele mai importante efecte juridice. Momentul de declanșare a efectului executoriu al actului administrativ individual coincide cu valabilitatea acestuia. Valabilitatea este la rândul său externă și internă (eficiența internă). Necesitatea de protecție juridică efectivă împotriva actelor administrative împovărătoare include și protecția legală provizorie. Codul administrativ distinge între suspendarea survenită prin efectul legii și suspendare instituită de către autoritatea publică sau instanța de judecată la cererea destinatarului sau terțului afectat de actul administrativ individual defavorabil.

Cuvinte-cheie: act administrativ individual, funcții, protecție provizorie, executare, suspendare

1 Expert național în Codul administrativ, membru al grupului de lucru la elaborarea și implementarea Codului administrativ

Introducere

Obiectivele acestei cercetări științifice constau în abordarea suspendării executării actului administrativ individual într-un context mai complex, în special, al funcțiilor actului administrativ individual și protecției legale provizorii. Necesitatea acestui mod de a proceda a fost determinată de noutățile Codului administrativ, tehnica cu specific german al elaborării conținutului normativ, stereotipurile conștiinței juridice naționale, lipsa instruirii adecvate a funcționarilor publici și a unor reprezentări ai universului profesiei juridice. Suntem convinși că cercetarea respectivă este doar un ciob în care sunt problematizate numai anumite aspecte din marea Codului administrativ, dar pe alocuri pretinde de a oferi soluții pentru domeniul practic. De le unele precizări generale, investigația parcurge succint constelația funcțiilor actului administrativ individual, ca ulterior să atingă unele aspecte de fundament ale valabilității acestuia și protecției legale provizorii împotriva actului defavorabil, ca, în cele din urmă, să se centreze pe analiza unor clasificări ale suspendării executării actului administrativ individual, în special suspendarea executării acestuia *ipso iure*.

Unele precizări de ordin terminologic, istoric și dogmatic

Actul administrativ individual constituie elementul central de acțiune administrativă al statului în domeniul dreptului administrativ general și special. Este unul dintre mai multe posibilități de acțiune administrativă, dar cel mai adesea aplicat de către autoritățile publice datorită reglementării sale obligatorii pentru un caz individual.

În special, datorită carterului uniform al procedurii administrative, actul administrativ individual este instrumentul juridic indispensabil prin care autoritățile publice fac față *sarcinilor* sale moderne.

Marea importanță dogmatică a actului administrativ, *în special al celui individual*, se manifestă, printre altele, și datorită faptului că poate fi utilizat în diferite domenii administrative (de la administrația publică a funcțiilor publice, cum ar fi de funcționar public, judecător, procuror etc. până la domeniul serviciului public de nivel comunitar), datorită caracterului său uniform și a normelor juridice comune, care reglementează examinarea, pregătirea și emiterea sa.

Potrivit art. 10 din Codul administrativ, actul administrativ individual este orice dispoziție, decizie sau altă măsură oficială întreprinsă de autoritatea publică pentru reglementarea unui caz individual în domeniul dreptului public, cu scopul de a produce nemijlocit efecte juridice, prin nașterea, modificarea sau stingerea raporturilor juridice de drept public².

Definiția actului administrativ individual din art. 10 alin. (1) din Codul ad-

² Legea Codul administrativ al Republicii Moldova nr. 116 din 19.07.2018 În: Monitorul Oficial nr. 309-320/466 din 17.08.2018, în vigoare din 01.04.2019

ministrativ are ca sursă de inspirație și model definiția legală, și trăsăturile actului administrativ din legislația administrativă Germană, fiind corespondentul art. 35 din Legea Germaniei privind procedura administrativă (VwVfG): „*Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist*“ (Actul administrativ este orice dispoziție, decizie sau o altă măsură oficială, pe care o întreprinde autoritatea publică pentru reglementarea unui caz individual în domeniul dreptului public și care are drept scop producerea nemijlocita a efectelor juridice în exterior)³.

Subliniem că, art. 35 din Legea Germană cu privire la procedura administrativă reglementează atât conceptul de act administrativ individual, cât și pe cel de act administrativ normativ. Noțiunea de *act administrativ* este una generică, ea include atât actul administrativ *normativ* cât și pe cel *individual*.

Legiuitorii Codului administrativ al Republicii Moldova, din raționamente de politică de drept, în special, ce țin de calitatea legii, a reglementat definiția actului administrativ individual și normativ în două articole diferite, respectiv art. 10 alin. (1) din Codul administrativ [**actul administrativ individual**], și art. 12 [**actul administrativ normativ**]⁴.

Forma de acțiune a actului administrativ este o creație de scop, care ar trebui să servească eficacității administrației, precum și interesului cetățeanului pentru o determinare clară și permanentă a poziției sale juridice⁵. În consecință, un număr de funcții sunt atribuite actului administrativ în relația dintre administrație și cetățean. În general, urmează să se facă distincția între funcția procedurală, funcția de clarificare, funcția de lucru decis, funcția de executare și funcția protecție juridică.

Funcțiile actului administrativ individual

Funcția procedurală. Acțiunea autorităților publice printr-un act administrativ individual reprezintă o decizie finală pentru procedura administrativă. Procedura actului administrativ definește autoritatea publică ca un organism care efectuează sarcinile administrației publice⁶. În esență, procedura administrativă este o activitate cu efect extern a autorităților publice, care are început, conținut și final. Potrivit art. 6 alin. (1) din Codul administrativ⁷ procedura administrativă este activitatea autorităților publice cu efect în exterior, îndreptată spre examinarea condițiilor, pregătirea și **emiterea unui act administrativ individual (s.n.)**, spre examinarea condițiilor,

3 Legea procedurii administrative din Germania (VwVfG). https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/___35.html (consultat la 06.03.2021)

4 Ibidem.

5 Rainer Bauer, Dirk Heckmann, Kay Ruge, *Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government. Kommentar*. Wiesbaden: GmbH & Co. 2014, p. 762

6 <https://de.wikipedia.org/wiki/Verwaltung> (vizitat la 18.03.2021)

7 Codul administrativ. op. cit.

pregătirea și încheierea unui contract administrativ sau examinarea condițiilor, pregătirea și întreprinderea unei măsuri strict de autoritate publică.

Orice de procedură administrativă se inițiază în baza unei petiții sau din oficiu. Inițierea procedurii administrative prin petiție [**principiul disponibilității**] are loc, în special, pentru administrația publică a serviciilor publice, atunci când autoritățile publice le furnizează pentru cetățeni, companii și alți beneficiar (exemple: educație (universități), cultură (administrarea de muzee, teatre), sănătate (administrarea de spitale, case de bătrâni), bunuri publice (funcționarea apelor, stații de epurare), probleme sociale (plata asistenței sociale).

Administrația serviciilor publice este un tip al administrației publice, care alături de administrația intervențiilor și reglementărilor servește interesului general și urmărește, de exemplu, obiectivele politicii economice, sociale, sociale și culturale. Administrația serviciilor publice se poate realiza și prin instrumente juridice de drept privat.

În ordinea ideilor enunțate, art. 78 alin. (1) din Codul administrativ⁸ prevede că, **procedura administrativă se finalizează** prin efectuarea unei operațiuni administrative sau **prin emiterea unui act administrativ individual (s.n.)**, respectiv încheierea unui contract administrativ.

Asimilat emiterii actului administrativ individual este refuzul de a primi/examina cererea petiționarului sau *ficțiunea acceptării tacite* a cererii, în cazurile prevăzute de legea specială. Soluționarea cererii în termenul prevăzut de lege este una din obligațiile pozitive ale autorității publice. Potrivit art. 60 alin. (1) din Codul administrativ⁹ termenul general în care o procedură administrativă trebuie¹⁰ finalizată este de treizeci zile, dacă legea nu prevede altfel. Totodată, conform art. 64 alin. (2)-(3) din Codul administrativ¹¹, refuzul de a primi sau a examina o cerere se consideră drept respingere a cererii. Aceeași regulă se aplică și în cazul nesoluționării unei cereri în termen legal. Prin derogare de la prevederile alin.(2), în cazurile prevăzute de lege, **nesoluționarea în termen a unei cereri se consideră drept acceptare** a acesteia (s.n.).

Prin urmare, particularitățile specifice de emiterie a actului administrativ individual conform prevederilor art. 64 alin. (2)—(3) din Codul administrativ¹², de asemenea constituie o **decizie finală pentru procedura administrativă**.

Aceste particularități de emiterie a actului administrativ individual se fundamentează pe conceptul de legislație administrativă prietenoasă¹³ cetățeanului și au

8 Ibidem.

9 Ibidem.

10 Verbul „trebuie” indică la caracterul imperativ al normei din art. 60 alin. (1) din Codul administrativ.

11 Codul administrativ. op. cit.

12 Ibidem.

13 Structura și spiritul Codului administrativ este animat de conceptul de legislație administrativă prietenoasă cetățeanului. Administrație publică și justiție administrativă prietenoasă cetățeanului sunt fațete ale aceluiași concept.

menirea de a eficientiza procedura administrativă și administrația publică. Reamintim că, procedura administrativă trebuie să se realizeze într-un mod simplu, adecvat, rapid, eficient, cu bună-credință și corespunzător scopului.

Subliniem că, încălcarea termenului legal de finalizare a procedurii administrative, în special, când rezultatul acesteia este un act administrativ individual defavorabil, constituie o ilegalitate ce viciază actul administrativ individual. De exemplu, inițierea unei proceduri administrative de control al averilor și intereselor personale, exercitării controlului privind respectarea regimului juridic al conflictelor de interese, al incompatibilităților și al restricțiilor, prin rezultatul lor este asimilată sancțiunilor de ordin penal/contravențional aplicate de autoritatea jurisdicțională, iar nefinalizarea ei în termenul legal constituie o încălcare a principiului legalității procedurale, fiind de natură să afecteze sever valabilitatea actului administrativ individual.

Autoritatea publică este obligată să se comporte cu bună-credință, iar cetățeanul este îndreptățit de o încredere legitimă să obțină o decizie în termenul stipulat de lege, atunci când procedura actului administrativ realizează managementul intervențiilor publice în drepturile persoanei.

Funcția de reglementare. Funcția respectivă mai este numită și funcție de implementare sau clarificare. Actul administrativ individual servește la reglementarea unui caz individual. Este un mijloc de aplicare a dreptului public, o formă de administrație publică, un instrument de legătură între dreptul material public și dreptul formal¹⁴, dar și un proces de subsumare¹⁵ juridică. Pe baza reglementărilor legale generale, actul administrativ individual determină ce „*ar trebui să fie legal*” pentru persoană.

14 Christoph Trzaskalik. Der Rechtsschutz in Steuersachen. Köln: O. Schmidt, 1995, p.71

15 Procesare (rezolvare) juridică a unui caz individual. Subsumarea descrie în general un proces în care se relaționează un termen sub altul. În jurisprudență, subsumarea este de obicei înțeleasă ca aplicarea unei norme juridice la o anumită problemă din viață. În mod specific, aceasta înseamnă că problema — cunoscută și sub denumirea de „caz”, este subordonată normei juridice relevante. Subsumarea are structura unui silogism aristotelic: clauza (premissa) majoră, faptul juridic abstract care constituie temeiul unei revendicări; clauza (premissa) minoră, care constă în compararea circumstanțelor concrete ale cazului cu elementele faptului juridic abstract, și o clauză finală, informații despre existența sau inexistența unei consecințe juridice (adică dacă faptele și circumstanțele coincid sau nu). Se utilizează inducția, cunoașterea cazului prin probe, care acționează asupra simțurilor omului și relaționarea acestuia la standardul normativ. Se utilizează propoziția afirmativă. Afirmatia din raționamente de claritate este prioritară negației. Schema de subsumare poate fi, în principiu, la fel de complexă și imbricată pe cât se dorește, întrucât temeiul pretențiilor se referă uneori la diferite norme sau poate conține trăsături de fapt problematice. Dacă un element al faptului abstract este problematic, acesta trebuie definit. Dacă la întrebarea cazului i se răspunde ca urmare a procesării unui caz, aceasta indică o opinie de expert, utilizată în învățământul juridic sau activitatea avocatului. În stilul judecătoresc, autorul răspunde mai întâi la întrebarea de caz și apoi își justifică răspunsul, adică anunță soluția și apoi raționamentul. Diferența dintre stilul opiniei expertului și stilul judecării este așadar ordinea în care sunt prezentate raționamentul și rezultatul; procesul subsumării este identic în ambele cazuri. Formula: dacă $A = B$ și $B = C$ atunci $A = C$.

Importanța acestei funcții este evidentă mai ales atunci când cerințele legale din norma juridică sunt nedeterminate, adică atunci când consecințele juridice nu pot fi derivate cu ușurință din formularea textului normativ. Astfel, actul administrativ individual este o reglementare obligatorie pentru destinatar și terțul afectat, care urmărește scopul de a crea **securitate juridică** între stat și cetățean. Conținutul reglementar al unui act administrativ individual eficient își leagă destinatarul și terții, așa-numitul *efect obligatoriu*. Alte autorități publice trebuie să recunoască un act administrativ individual și să respecte conținutul său reglementar în procesul decizional fără a verifica legalitatea acestuia, așa-numitul *efect de fapt*. Prin urmare, acest lucru leagă, de asemenea, toate celelalte autorități publice de prevederile actului administrativ individual.

În sensul enunțat, art. 139 alin. (4) din Codul administrativ¹⁶ prevede că, actele administrative individuale **se respectă** de către autoritatea publică emitentă, **alte autorități publice**, destinatarii acestora și persoanele terțe (s.n.). În consecință, actul administrativ individual are un efect de stabilitate (certitudine juridică) și creează securitate juridică.

Funcția de lucru decis. Actul administrativ individual intră în vigoare indiferent dacă este legal sau ilegal. Comunicarea actului administrativ individual destinatarului sau terțului este suficientă pentru valabilitatea sa juridică¹⁷, cu excepția cazului în care actul administrativ a fost nul de la bun început. Potrivit art. 139 alin. (5) din Codul administrativ¹⁸, un act administrativ individual nul nu produce efecte juridice. Nulitatea în acest sens înseamnă că actul administrativ individual este ineficient din punct de vedere juridic și nu are nici o putere legală. Conform art. 141 alin. (1) din Codul administrativ, un act administrativ individual este nul dacă conține un viciu deosebit de grav și acest lucru este evident în cadrul aprecierii concludente a tuturor circumstanțelor relevante.

Actul administrativ individual este înzestrat cu puterea lucrului decis numai atunci când nu este contestabil sau a fost contestat fără succes. Astfel, art. 140 din Codul administrativ¹⁹ stabilește că, actul administrativ individual obține puterea lucrului decis atunci când nu mai poate fi contestat nici pe cale prealabilă, nici prin acțiune în instanța de judecată competentă. Dacă un act administrativ individual are mai mulți destinatari sau mai multe persoane sânt afectate de acesta, puterea lucrului decis poate surveni în momente diferite pentru fiecare din aceste persoane. Acest efect juridic *consolidează situația juridică* și oferă cetățeanului *încredere* că actul administrativ individual nu mai poate fi schimbat. Ulterior, actul administrativ individual este posibil de anulat doar în cazuri excepționale limitate, cum ar fi retragerea și revocarea conform prevederilor art. art. 143-147 din Codul administrativ²⁰.

16 Codul administrativ. op. cit.

17 https://rsf.uni-greifswald.de/storages/uni-greifswald/fakultaet/rsf/lehrstuehle/lw-wallerath/buch-allg-verwaltungsrecht/9_Die_Lehre_vom_Verwaltungsakt.pdf (consultat la 23.03.2021)

18 Ibidem.

19 Codul administrativ. op. cit.

20 Ibidem.

Funcția de titlu executoriu²¹. Grație acestei funcții, actul administrativ individual poate fi pus în aplicare de către însăși autoritatea publică emitentă sau de către o altă autoritate publică. Prin emiterea actului administrativ individual, autoritatea publică își creează astfel titlu executoriu, nefiind necesar, ca în domeniul dreptului privat, de o hotărâre judecătorească executorie și emiterea unui titlu executoriu. Conform prevederilor art. 171 alin. (2) din Codul administrativ, organul de executare pentru actul administrativ individual este autoritatea publică emitentă, dacă legea nu prevede altfel. Condițiile și procedura de executare a unui act administrativ individual sunt reglementate de titlul VII din Codul administrativ²².

Funcție de protecție juridică. Acțiunea autorităților publice prin intermediul unui act administrativ individual determină și opțiunile destinatarului sau terțului afectat de această formă de acțiune a statului pentru folosirea căilor de atac²³. Actul administrativ individual se contestă cu cerere prealabilă sau cu acțiune în contencios administrativ. Astfel, cererea prealabilă este o cale de atac extrajudiciară obligatorie, excepțiile de la efectuarea examinării procedurii prealabile fiind stabilite expres de prevederile art. 163 din Codul administrativ²⁴. Cererea prealabilă precedă acțiunea în contencios administrativ. Potrivit art. 162 alin. (3) din Codul administrativ cererea prealabilă poate fi îndreptată spre: a) anularea în tot sau în parte a unui act administrativ individual ilegal sau nul; b) emiterea unui act administrativ individual. Având în vedere că *tipul de acțiune* în contencios administrativ depinde *de forma acțiunii administrative* utilizată de autoritatea publică, articolul 206 alin. (1) lit. a)-b) și d) din Codul administrativ autorizează pentru contestarea actului administrativ individual admisibilitatea²⁵ *acțiunii în contestare (anularea actului administrativ individual ilegal), acțiunea în obligarea emiterii actului administrativ individual și acțiunea în constatarea nulității actului administrativ individual*. Funcției respective i se atribuie și protecția juridică provizorie: cererea de suspendare a executării actului administrativ individual defavorabil și ordonanța provizorie.

21 Reimund Shmidt-de Caluwe. Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 210

22 Ibidem.

23 https://www.zur.nomos.de/fileadmin/zur/doc/Aufsatz_ZUR_17_09.pdf (consultat la 23.03.2021).

24 Ibidem.

25 În drept, admisibilitatea este înțeleasă ca fiind încuviințarea unei acțiuni juridice din partea unei autorități judiciare sau administrative asupra fondului. Conform înțelegerii generale, o autoritate sau o instanță examinează, în cadrul admisibilității, dacă sunt respectate condițiile formale pentru a acționa pentru a adopta o decizie. Numai în contextul examinării fondului litigiului se va decide prin aplicarea dreptului material. În consecință, o cale de atac legală administrativă poate eșua din cauza inadmisibilității, precum și a netemeinicii. În dreptul procesual administrativ, în special, admisibilitatea acțiunii presupune conform art. 189 alin. (1) din Codul administrativ ca o încălcare a drepturilor reclamantului să fie doar posibilă (drept la înaintarea acțiune, teoria probabilității). *Condițiile de admisibilitate* a acțiunii în contenciosul administrativ *depinde de tipul acțiunii*, iar tipul acțiunii este *condiționat de felul activității administrative*.

Momentul declanșării efectului executoriu al actului administrativ. Clasificare.

După cum s-a subliniat mai sus, comunicarea actului administrativ individual destinatarului sau terțului afectat, generează eficiența (valabilitatea) acestuia, producând efectele juridice corespunzătoare, inclusiv efectul executoriu. *Executarea actului administrativ individual este unul dintre cele mai importante efecte juridice.* Pentru realizarea acestuia, autoritatea publică este îndreptățită să aplice chiar măsuri de executare silită (de exemplu: realizarea prin substituție, amenda de constrângere etc.).

Momentul de declanșare a efectului executoriu al actului administrativ, potrivit articolului 171 alin. (4) din Codul administrativ²⁶, coincide cu valabilitatea acestuia. În textul articolului pre-citat este utilizată noțiunea „...executorii din momentul survenirii **obligativității** lor..“ (s.n.). Deși folosirea în textul normativ a noțiunii „obligativității“ nu este cea mai reușită, sensul este același. Așadar, actul administrativ individual este executoriu din momentul când devine **valabil**. Conform articolului 139 alin. (1) din Codul administrativ un act administrativ individual *devine valabil (s.n.)* pentru persoana căreia îi este destinat sau care este afectată de el în momentul în care i se comunică acestea, cu excepția²⁷ cazului când actul administrativ însuși stabilește o dată ulterioară pentru obligativitatea sa.

Subliniem cu titlu de precizare că, articolul 139 din Codul administrativ nu definește conceptul de valabilitate a actului administrativ individual, ci reglementează *începutul* (alineatul (1)) și *sfârșitul* (alineatul (3)), adică durata valabilității unui act administrativ individual. Această concluzie rezultă din sinopsisul dispozițiilor articolului 139; termenul „*devenirea*“ (alineatul (1)) și „*rămânerea*“ (alineatul (3)) unui act administrativ individual valabil, precum și *excepția (negativă)* de nevalabilitate a actului administrativ individual nul.

Termenul „*valabilitatea*“ actului administrativ individual nu este definit de Codul administrativ. Conceptul respectiv cuprinde: valabilitatea externă și internă (eficiența internă). Eficiența „externă“ este în general înțeleasă ca fiind obligarea destinatarului sau terțului afectat de actul administrativ individual, chiar dacă reglementarea specifică — de exemplu din cauza unei condiții suspensive sau a unui termen — intră în vigoare mai târziu. Astfel, ultima este doar o chestiune de eficiență „*interioară*“.

Eficiența externă apare odată cu comunicarea actului administrativ individual. Întrucât comunicarea poate fi făcută către destinatar sau terțul afectat, astfel, unul și același act administrativ individual poate fi comunicat la momente diferite de timp. Așadar, momentul eficienței externe poate varia, de asemenea, individual.

Eficacitatea externă a actului administrativ individual este parțial echivalată cu *existența juridică* a actului administrativ²⁸. Acest lucru este logic în măsura în care

²⁶ Codul administrativ. op. cit.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Bearbeitet von Hans J. Wolff, Otto Bachof, Rolf Stober, Winfried Kluth, Stefan Korte, Sven Eisenmenger. Verwaltungsrecht: Band I. München: C. H. Beckp. 2017, p. 578-580

actul administrativ individual se limitează la aria administrativă internă înainte de anunțul său, și doar odată cu anunțul intră „în lumea exterioară”. Deoarece comunicarea marchează simultan momentul în care actul administrativ are efect asupra persoanei căreia i se anunță, existența și eficacitatea coincid. Cu toate acestea, acest fapt se aplică numai primei persoane căreia i se comunică actul administrativ.

Dacă actul administrativ individual este cunoscut ulterior altor persoane, acesta va intra în vigoare (va deveni valabil) față de aceste persoane la un moment ulterior, deși a existat deja ca atare după primul anunț²⁹. Momentul *existenței juridice* și cel al *eficienței externe* se pot corela astfel, dar nu trebuie să persiste din rațiuni de ordin practic. Argumentele expuse demonstrează că, existența juridică și eficacitatea externă nu sunt, prin urmare, sinonime. În practică, această distincție este deosebit de evidentă în ce privește calcularea termenului căilor de atac.

Observăm că, autoritatea publică emitentă este îndreptățită să modeleze temporal valabilitatea și efectul executoriu al actului administrativ individual în raport cu o altă dată, alta decât cea a comunicării. În acest caz, autoritatea publică acționează discreționar.

Similar coraportului dintre existența legală și eficiența externă, eficiența internă și cea externă a actului administrativ individual pot varia în partea ce ține de criteriul temporal. Eficiența internă ar trebui să indice apariția consecințelor juridice ale actului administrativ emis într-un caz specific. Prin urmare, actul administrativ individual ar trebui să declanșeze efectiv efectele juridice materiale (inclusiv, executarea) care au fost urmărite din momentul eficienței sale interne. Pentru a clarifica lucrurile, acest efect este uneori descris folosind termeni precum „validitate”, „relevanță”, „în vigoare” sau „obligativitate”.

Totodată, este adevărat că, în majoritatea cazurilor, eficacitatea externă și cea internă coincid. Cu toate acestea, în cazul în care reglementarea principală este legată de o condiție suspensivă sau de o limită de timp, eficacitatea externă și cea internă diferă. În cazul în care consecințele juridice preconizate prin emiterea actului administrativ individual nu trebuie să apară imediat, acestea trebuie să fie acoperite de prevederi speciale, precum cele care există sub forma unor dispoziții adiționale conform art. 138 din Codul administrativ³⁰.

Valabilitatea (eficiența) actului administrativ individual se atribuie la latura consecințelor juridice, și diferă de legalitatea sa. Diferența dintre valabilitatea și legalitatea/ilegalitatea actului administrativ este un principiu fundamental³¹. Un act administrativ individual ilegal este, din acest punct de vedere, eficient și executoriu odată cu comunicarea sa. Consacrarea acestei reguli de drept este susținută de prevederile articolului 139 alin. (2) din Codul administrativ³², care prevede că, un act administrativ individual

29 Ulrich Ramsauer, Carsten Tegethoff, Peter Wysk *Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG*. Kommentar. München: C.H.Beck 2021, p. 1057-1087

30 Codul administrativ. op. cit.

31 Rainer Bauer Bayerisches Dirk Heckmann, Kay Ruge. *Verwaltungsverfahrensgesetz und E-Government Kommentar*. GmbH & Co. KG — Wiesbaden. Auflage, 2014, p. 1097

32 Ibidem.

obține valabilitate cu acel conținut cu care este comunicat. Respectarea legii — un deziderat fundamental al statului de drept — este asigurată în dreptul civil în special prin interzicerea recunoașterii actelor juridice care încalcă legea.

Dispozițiile articolului 139 alin. (1) — (2) din Codul administrativ³³ formează, ca să spunem așa, un contra-concept acestei forme de legătură între *legalitate și valabilitate juridică*: actul administrativ individual își dezvoltă consecințele juridice, indiferent de legalitatea sa.

Contramodelul din domeniul dreptului administrativ, la rândul său, se bazează pe *statul de drept*: el decurge din nevoia de *securitate juridică*. Ceea ce este decisiv rezidă în faptul că actele administrative individuale — spre deosebire de contractile civile care au rădăcini în autonomia privată — sunt o formă suverană de acțiune a statului, care îndreptățesc (și obligă) autoritățile publice să îndeplinească competențele.

Dispozițiile articolului 139 și 171 alineatul (4) din Codul administrativ³⁴ sunt conceptuale pentru procedura administrativă a actului administrativ individual.

Subliniem că, prin intermediul executării administrative, obligațiile de drept public ale cetățeanului și alte consecințe ale actului administrativ individual defavorabil³⁵, sunt executate de către autoritate printr-o procedură specială.³⁶ Normele de drept care reglementează executarea administrativă fac parte din dreptul administrativ.

Necesitatea de apărare, legalitatea administrației publice și în general respectarea și consolidarea statului de drept, construcția unei administrației publice eficiente și intervenția proporțională a puterii publice prin intermediul actului administrativ individual defavorabil în drepturile destinatarului sau terțului afectat, a determinat legiuitorul de a reglementa felurile, cazurile și procedura de *suspendare* a efectului executoriu al actului administrativ împovărat.

Baza legală principală pentru suspendarea funcției de titlu executoriu a actului administrativ individual defavorabil este cuprinsă în articolele 171-172, 164 alineatul (2), 214 și 250 lit. b) din Codul administrativ³⁷. Reglementările normative respective prezintă pe alocuri adevărate inovații pentru sistemul juridic autohton și comunitatea profesioniștilor dreptului. Înțelegerea și aplicarea lor corectă necesită schimbarea atitudinii, excluderea stereotipurilor, scepticismului juridic și o cultură juridică avansată, iar la nivel de metode, o abordare corectă din punct de vedere sistematic, teleologic, logic și literar, având aprinsă permanent lumina conceptului de legislație administrativă prietenoasă cetățeanului.

33 Ibidem.

34 Codul administrativ. op. cit.

35 Conform art. 11 alin. (1) lit. a) din Codul administrativ, acte administrative individuale defavorabile sunt acele acte care impun destinatarilor lor obligații, sancțiuni, sarcini sau afectează drepturile/interesele legitime ale persoanelor ori care resping, în tot sau în parte, acordarea avantajului solicitat.

36 Andreas Wittern, Maximilian Baßlsperger. Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht. Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH. 2016, p. 147

37 Ibidem.

Din punct de vedere constituțional suspendarea executării actului administrativ individual defavorabil se fundamentează în calitate de măsură de protecție provizorie pe articolele 1 [statul de drept], 20 [accesul liber la justiție], 26 [dreptul la apărare] și 53 [Dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică] din Constituție³⁸.

În special, articolul 53 alin. (1) din Legea fundamentală³⁹ garantează un drept fundamental la protecție juridică efectivă împotriva actelor autorității publice, în măsura în care acestea interferează cu drepturile persoanei în cauză.

Suspendarea executării actului administrativ individual implică o abordare complexă, pe de o parte, dată de necesitatea implementării efectului executoriu al acestuia, iar pe de altă parte de protecția juridică efectivă, care include și protecția judiciară provizorie, în privința efectului executoriu al actelor administrative individuale împovărătoare.

În lipsa *protecției judiciare provizorii* în privința oricăror tipuri de ilegalități a măsurilor suverane întreprinse de autorităților publice în procesul de realizare a funcției administrative a puterii publice (de executare a legilor), conceptul statului de drept și accesul efectiv la un control judecătoresc ar putea fi compromis sever, transformându-se doar într-o formalitate. Totodată, dreptul subiectiv din unul concret și efectiv,⁴⁰ s-ar transforma într-o dimensiune iluzorie și teoretică, datorită intervalului de timp de la inițierea procesului și până la adoptarea unei hotărâri judecătorești definitive. Astfel, de vreme ce statul garantează un drept, el trebuie să creeze premisele realizării acestuia.⁴¹

Timpul de efectuare a examinării procedurii prealabile și durata procesului de contencios administrativ nu ar trebui să se transforme, din căi de atac efective privind apărarea drepturilor vătămate de activitatea administrativă a autorităților publice, în proceduri și laboratoare generatoare de încălcări a drepturilor și libertăților omului. Procedurile principale oferă reclamantului un anumit grad de incertitudine.

Astfel, protecția legală provizorie în procesul de contencios administrativ nu a fost concepută și nici nu poate fi o instituție formalistă și de decor⁴², dar o regulă

38 Constituția Republicii Moldova, adoptată la 29.07.1994. În: Monitorul Oficial 1, 12.08.1994.

39 Ibidem.

40 CEDO nu garantează drepturi teoretice și iluzorii, ci drepturi concrete și efective [Airey împotriva Irlandei, pct. 24] [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-61978%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-61978%22]}) și [Perez împotriva Franței (MC), pct. 80] [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-66187%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-66187%22]})

41 Hotărârea Curții Constituționale [HCC nr.8 din 5 aprilie 2019, pct. 18] https://www.constcourt.md/public/ccdoc/hotariri/h_8_2019_30g_2019_rou.pdf

42 Riscul respectiv este generat de mai mulți factori: lipsa de pregătire profesională a judecătorului, avocaților și funcționarilor publici, integritate insuficientă, frica de novații juridice, implicații ale politicului în justiție, de justiția televizată, lipsa de cultură juridică în societate, stereotipul și percepția falsă că omul ar trebui să servească statul, dar nu autoritățile sunt în serviciul cetățeanului, dorința de răzbunare, mediu academic conservativ în concepții învechite și teozizat, și rupt de realitățile practice, persecutarea judecătorilor de administrația publică, serviciile speciale, opinia publică care deligitimează, lipsa unei comunicări publice instituționalizate a judecătorilor, antagonismul în mediul judecătorilor, precum și lipsa unor organe de autoadministrare judecătorească capabile să asigure independența și autoadministrarea judecătorească efectivă.

obișnuită atunci când este impusă de apărarea urgentă a revendicării încălcării dreptului subiectiv al reclamantului, legalitatea și proporționalitatea administrației publice, prin punerea în balanță a altor componente ale interesului public⁴³.

Protecția juridică provizorie împotriva efectului executoriu al actului administrativ individual defavorabil are scopul de a *garanta o protecție legală efectivă* și constituie un remediu intermediar de protecție a drepturilor până la obținerea de către reclamant a unei hotărâri judecătorești favorabile definitive.

Protecția juridică provizorie prin suspendarea executării actului administrativ individual defavorabil se mai numește și *procedură de urgență*, deoarece în cadrul ei se poate rezolva o problemă care se referă la un drept vătămat printr-un act administrativ individual. Totodată, pentru suspendarea executării actului administrativ individual defavorabil, nu trebuie desfășurat un proces îndelungat în instanță. Avantajul, este că această procedură scurtată și sumară permite luarea deciziilor cât mai rapid, de exemplu dacă evenimentul prejudiciabil pentru drepturile destinatarului sau terțului afectat de actul administrativ individual este iminent.

Protecția juridică temporară împotriva actului administrativ individual defavorabil este deosebit de populară în Germania și așa urmează să devină în Republica Moldova, datorită structurii sale speciale. Mai ales dacă reclamantul caută „ajutor rapid” sau dacă există o urgență de timp, ar trebui luată în considerare de fiecare dată o procedură scurtată⁴⁴, eficientă și sumară⁴⁵. Din aceste motive, conform art. 172 alin. (5) din Codul administrativ⁴⁶ pentru autoritățile publice competente pentru soluționarea cererii prealabile, decizia cu privire la suspendarea executării se ia în termen de 5 zile lucrătoare din momentul înregistrării cererii, dacă legea nu prevede altfel.

Garanția protecției juridice nu se rezumă doar la faptul că acțiunea în justiție poate fi înaintată instanței competente, ci garantează și *eficacitatea protecției juridice*. Cerințele formale pentru acțiunile procesuale pot servi securității juridice, cu condiția ca acestea să fie adecvate pentru clarificarea situației juridice pentru toate părțile implicate în mod *rapid și fără echivoc*.⁴⁷ Instanța este obligată să revizuiască integral decizia atacată în latura juridică și de fapt. Acest drept fundamental are efecte pentru procedura administrativă și procedura prealabilă. În conformitate cu aceasta,

43 Interesul public este o noțiune juridică nedeterminată, care cuprinde și vizează ordinea de drept, democrația, garantarea drepturilor și a libertăților persoanelor, precum și obligațiile acestora, satisfacerea necesităților sociale, realizarea competențelor autorităților publice, funcționarea lor legală și în bune condiții. Activitatea administrativă realizată în regim de putere publică are ca scop realizarea interesului public. Drepturile omului constituie noțiunea de temelie a interesului public. A se vedea definiția legală reglementată de articolul 18 din Codul administrativ al Republicii Moldova.

44 Unul din principiile dreptului procesual administrativ este celeritatea apărării dreptului subiectiv

45 <https://jurcase.com/grundwissen-verwaltungsgerichtsordnung-vwgo/> (consultat la 24.03.2021)

46 Codul administrativ. op. cit.

47 Curtea Constituțională Federală Germană, [Decizia din 6 iulie 2020, Az. 1 BvR 2843/17, pct. 15.] https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/07/rk20200706_1bvr284317.html

chiar și autoritatea publică *trebuie* să acționeze în așa fel încât dreptul fundamental la o protecție juridică efectivă să nu fie *ulterior afectat*⁴⁸.

Din punct de vedere a *modului de instituire* a suspendării executării actului administrativ individual defavorabil, Codul administrativ distinge: a) suspendare survenită prin efectul legii; b) suspendare instituită de către autoritatea publică sau instanța de judecată la cererea destinatarului sau terțului afectat de actul administrativ individual defavorabil.

Suspendare executării actului administrativ defavorabil prin efectul legii

Comunicarea actului administrativ individual defavorabil marchează eficiența acestuia pentru destinatar sau terțul afectat în drepturile sale. Din momentul respectiv se declanșează imediat efectul executoriu, dacă legea specială nu prevede altfel. Cererea prealabilă și acțiunea în contestare a actului administrativ nu au în general efect suspensiv în conformitate cu prevederile articolul 171 alin. (4) din Codul administrativ.⁴⁹

În legislația administrativă a Germaniei, de unde s-a inspirat Codul administrativ, cererea prealabilă și acțiunea în anulare din contra au în general efect suspensiv în conformitate cu articolul 80 alin. (1) din VwGO⁵⁰, cu excepțiile în materie de taxe și impozite ori când autoritatea este îndreptățită să dispună executarea imediată. Aceasta înseamnă că persoana în cauză este suficient de protejată pe durata acestor căi de atac.

În concepția Codului administrativ, depunerea cererii de prealabile sau a acțiunii în judecată prin excepție produce efectul de suspendare a executării actului administrativ individual.

Suspendarea executării actului administrativ individual defavorabil prin efectul legii poate fi la rândul său de trei feluri: **a)** suspendarea executării actului administrativ individual survine prin *depunerea unei cereri prealabile*; **b)** suspendarea executării actului administrativ individual prin *înaintarea acțiunii* în judecată prin care se contestă actul administrativ individual. **c)** *depunerea unei cereri de suspendare*⁵¹, cu excepția stabilită de prevederile articolul 171 alin. (5) din Codul administrativ.

Primele două modalități de suspendare sunt prevăzute de articolul 171 alin. (5) din Codul administrativ⁵², care prevede că, în cazurile *stabilite de lege*, suspendarea

48 Curtea Constituțională Federală Germană, [Decizia din 22 mai 2017, 2 BvR 1453/16, pct. 8] https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/05/rk20170522_2bvr145316.html

49 Codul administrativ.

50 https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/englisch_vwgo.html#p0392 (consultat la 22.04.2021)

51 Articolul 171 aliniatul (4) fraza a 2-a din Codul administrativ.

52 Ibidem.

executării actului administrativ individual survine prin *depunerea unei cereri prealabile* sau *acțiuni în judecată* prin care se contestă actul administrativ individual.

După cum rezultă din textul normativ, „*în cazurile stabilite de lege*“, excepțiile de la efectul executoriu al actului administrativ individual defavorabil se instituie prin lege specială, care derogă de la caracterul uniform al reglementării oferite de Codul administrativ.

Termenul „*lege*“ trebuie înțeles în lumina dispoziției articolului 2 alin. (2) al Codului administrativ⁵³, unde este utilizată noțiune de „*norme legislative speciale*“. În ambele cazuri, derogările pot fi instituite prin lege organică. Excluderea aplicabilității unor prevederi ale Codului administrativ poate opera doar prin lege specială organică, nefiind admisă, după cum logic rezultă, derogarea printr-un act normativ inferior.

În cazurile prevăzute de articolul 171 alin. (5) din Codul administrativ, efectul executoriu este stopat temporar. El se declanșează ori se reia ulterior, doar odată ce actul administrativ individual obține puterea lucrului decis potrivit articolului 140 din Codul administrativ⁵⁴.

Politica de drept al statului realizată în conformitate cu prevederile art. 171 alin. (5) are scopul de a preveni unele efecte juridice energice în privința drepturilor persoanei în lipsa unui control de legalitate realizat prin căile de atac asupra actului administrativ individual defavorabil.

Pentru a stabili dacă ingerințele suverane substanțiale în drepturile persoanei sunt legale, adică sunt proporționale și nu depășesc zona de protecție a substanței dreptului subiectiv, statul este autorizat (obligație constituțională) în realizarea funcției legislative să remodeleze efectul executoriu prin coinciderea momentului declanșării acestuia odată cu incontestabilitatea actului administrativ individual. Prin acest tip de politică de drept al statului se acordă un fel de protecție legală provizorie, atunci când drepturile omului sunt de o natură și importanța specială.

Articolul 171 alin. (5) reglementează un fapt juridic complex. Astfel, pe lângă cazurile instituite de lege specială, pentru declanșarea efectului suspensiv al executării actului administrativ individual mai este necesar de *depunerea unei cereri prealabile sau acțiunii în judecată* prin care se contestă actul administrativ individual. Verbul „*survine*“ din textul normativ pre-citat, urmat de prepoziția introductivă de complement circumstanțial modal „*prin*“, condiționează acțiunea suspendării prin efectul legii, doar dacă este urmată de realizarea uneia din cele două condiții pozitive enunțate.

Doar *depunerea cererii prealabile sau acțiunii în judecată* întrerupe efectul executoriu al actului administrativ, iar autoritatea publică este obligată prin lege să înceteze acțiunile de executare. În cazul în care, executarea silită nu este inițiată de autoritatea publică competentă cu executarea, ultima este obligată să se abțină de la orice măsură de executare.

53 Este o normă juridică și de tehnică legislativă specială, care are menirea de a asigura caracterul uniform al Codului administrativ, dar totodată stabilește condițiile în care se pot face derogări pe anumite aspecte ale activității administrative.

54 Codul administrativ. op. cit.

Prin *lege specială*, efectul suspensiv poate fi declanșat în condiții și *mai favorabile* pentru destinatar sau terțul afectat, chiar dacă nu este îndeplinită condiția depunerii cererii prealabile sau acțiunii în judecată. De exemplu, actul de constatare defavorabil emis de Autoritatea Națională de Integritate în realizarea competenței sale *devine executoriu* doar după ce acesta *devine definitiv*.⁵⁵

În situația se remarcă că, din momentul comunicării actului administrativ individual defavorabil și până la devenirea definitivă a acestuia, dispozitivul acestuia nu poate fi executat de autoritatea publică competentă pentru executare, indiferent de faptul că, reclamantul n-a depusă acțiune în judecată. Evident este însă faptul, că nedepunerea acțiunii în judecată în termenul stabilit de lege atrage după sine puterea lucrului decis și posibilitatea inițierii executării silite.

Noțiunile „*depunerea*“, „*cererea prealabilă*“ și „*acțiunea în judecată*“ necesită clarificări univoce pentru aplicarea corectă a dispozițiilor articolului 171 alineatul (5) al Codului administrativ⁵⁶.

Prin „*depunere*“ se are în vedere dreptul persoanei la utilizarea căilor de atac în privința actului administrativ individual defavorabil.

Noțiunea de „*cerere prealabilă*“ utilizată în textul art. 171 alin. (5) are sensul de instituția procedurii prealabile reglementată de prevederile articolelor 162-169 din Codul administrativ⁵⁷. Procedura prealabilă are o dublă natură juridică. Pe de o parte, este o procedură prealabilă reglementată de cartea III din Codul administrativ⁵⁸, care este necesară pentru admisibilitatea unei acțiuni în anulare sau în obligare. Pe de altă parte, este și o procedură administrativă. Acest lucru este demonstrat de faptul că procedurile prealabile nu sunt efectuate de către instanță, ci de către autoritatea publică emitentă sau autoritatea în competența căreia i-a fost atribuită soluționarea cererii prealabile.⁵⁹ Procedura prealabilă constituie un drept garanție a cetățeanului. El poate, mai ales dacă este vătămat în drepturile sale, să abordeze un act administrativ individual atât din punct de vedere legal cât și al oportunității, în timp ce în cazul controlului judiciar nu poate invoca decât ilegalitatea actului administrativ individual. De asemenea, are drept scop scutirea instanțelor judecătorești de cererii care pot fi soluționate extrajudiciar de autoritatea publică emitentă, eventual de către acea superioară.

Condiția *depunerii cererii prealabile* este întrunită dacă autorul cererii are dreptul la cerere prealabilă conform art. 166 din Codul administrativ și dacă aceasta nu este evident inadmisibilă (omiterea termenului, actul administrativ formează obiectul cererii prealabile, respectarea cerințelor de formă și procedură, necesitatea de protecție juridică etc).

55 Vezi prevederile articolelor 36, 38-41 din Legea Lege cu privire la Autoritatea Națională de Integritate 132/17.06.2016 În: Monitorul Oficial nr. 245-246/511 din 30.07.2016

56 Codul administrativ. op. cit.

57 Ibidem.

58 Cartea a III din Codul administrativ reglementează procedura contenciosului administrativ.

59 <https://de.wikipedia.org/wiki/Vorverfahren> (consultat la 26.03.2021)

Dacă cererea prealabilă este neîntemeiată, atunci efectul de suspendare a executării conform articolului 171 alineatul (5) oricum se declanșează odată cu înaintarea acesteia, deoarece lipsa temeiniciei se constată ca rezultat al soluționării fondului cererii prelabile de către autoritatea publică emitentă și eventual de autoritatea publică superioară. Din acest considerent suspendarea executării actului administrativ individual prin efectul legii cuprinde ambele etape ale procedurii prelabile.

Potrivit articolului 167 alineatul (3) din Codul administrativ, termenul general de soluționare a cererii prelabile este de 15 zile, însă acesta poate fi prelungit în condițiile articolului 60 alineatele (4)–(5), iar pentru autoritatea publică superioară termenul general se stabilește în conformitate cu prevederile articolele 169 alineatul (3) și 60 alin. (1), corespunzător aplicându-se prevederile privind posibilitatea prelungirii termenului.⁶⁰

Totodată, textul normativ "...depunerea unei..." și "...acțiuni în judecată prin care se contestă actul administrativ individual", corespunzător se referă la dreptul reclamantului de a înainta acțiunea în contencios administrativ în conformitate cu prevederile articolului 189 alin. (1) din Codul administrativ. Tipul acțiunii autorizate în conformitate cu prevederile articolului 206 din Codul administrativ este acțiunea în contestare (alineatul (1) lit. a)), fapt ce rezultă și din expresia "...se contestă...". Prin acțiunea în contestare se urmărește anularea unui act administrativ individual ilegal defavorabil reclamantului. Acțiunea în contestare mai este numită acțiune în evitare⁶¹, datorită scopului său de a evita consecințele juridice ale actului administrativ individual ilegal defavorabil pentru reclamant, care poate fi destinatarul sau terțul afectat.

Este controversată teza că înaintarea acțiunii în constatarea nulității actului administrativ individual produce efectul suspensiv potrivit clauzei din articolul 171 alineatul (5) din Codul administrativ.

Controversa este generată de faptul că, actul nul nu produce efecte juridice conform articolului 139 alin. (5) din Codul administrativ.⁶²

Subliniem că, pentru eliminarea incertitudinii este posibilă solicitarea suspendării executării actului administrativ individual în conformitate cu prevederile articolului 214 al Codului administrativ, dacă autoritatea publică de facto realizează măsuri de executare față de reclamant. Destinatarul sau terțul afectat prin actul administrativ individual nul *este în drept să refuze executarea acestuia*.

Acțiunea în contestare generează efectul suspendării prin efectul legii, doar dacă acțiunea este înaintată cu respectarea termenului legal, respectarea procedurii prelabile⁶³ și întrunirea altor condiții de admisibilitate. Repunerea în termenul de înaintare a acțiunii în contestare are ca efect reluarea prin efectul legii a suspendării executării actului administrativ individual.

60 Codul administrativ. op. cit.

61 Martin Redeker, Peter Kothe, Helmuth von Nicolai. Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar. Stuttgart: W. Kohlhammer GmbH, 2014, p.165

62 Ibidem.

63 Efectuarea examinării procedurii prelabile este exclusă în cazurile stabilite de prevederile articolului 163 din Codul administrativ.

Respingerea acțiunii în contestare în instanța de fond nu provoacă reluarea efectului executoriu, actul administrativ nefiind înzestrat cu puterea lucrului decis. Un act administrativ individual obține *puterea lucrului decis* atunci când nu mai poate fi contestat nici pe cale prealabilă, nici prin acțiune în instanța de judecată competentă.

Astfel, pentru acțiunea în instanța de judecată puterea lucrului decis pentru actul administrativ individual survine odată cu caracterul irevocabil al deciziei instanței de recurs în conformitate cu prevederile art. 248 alin. (2) din Codul administrativ⁶⁴. Evident că pentru acțiunea în contencios administrativ *efectul puterii lucrului decis* al actului administrativ depinde de faptul dacă părțile exercită căile de atac: apelul și recursul.

Al treilea caz de suspendare prin efectul legii se referă la *depunerea unei cereri de suspendare a executării* actului administrativ individual în conformitate cu prevederile articolului 171 alineatul (4) fraza a 2-a din Codul administrativ: „*Dacă se depune o cerere de suspendare a executării actului administrativ individual, acesta poate fi executat doar după soluționarea cererii respective*“.⁶⁵

Norma juridică respectivă *instituie o novație, o cale de mijloc* între suspendarea prevăzută de prevederile articolului 171 alin. (5) din Codul administrativ și întreruperea temporară a efectului executoriu al actului administrativ individual prin decizia autorității publice sau instanței de judecată competentă prin act judecătoresc de dispoziție potrivit alineatului (4), teza a 2-a din prima frază: „...*cu excepția cazului când executarea lor este suspendată prin decizia autorității publice sau prin act judecătoresc de dispoziție...*“

De ce o cale de mijloc? După cum am subliniat, Codul administrativ are ca sursă de inspirație legislația similară din Germania. În Germania, regula de bază în materie de suspendare a executării actului administrativ individual constă în faptul că, depunerea cererii prealabile sau acțiunii în instanța de judecată pentru contestarea actului administrativ individual produce efectul de suspendare⁶⁶, executarea de la comunicare fiind excepția.

Din motivele expuse, dispoziția alineatului (4) fraza a 2-a din articolul 171 al Codului administrativ⁶⁷ necesită unele clarificări ce pot fi obținute prin aplicarea acestuia în mod sistematic, împreună cu dispozițiile articolelor 172 și 214.

Pentru ca o cerere de suspendare a executării actului administrativ individual să producă *ipso iure*⁶⁸ stoparea temporară a executării acestuia, potrivit prevederilor legale enunțate supra, este necesar să fie îndeplinite anumite condiții.

64 Codul administrativ, op. cit.

65 Ibidem.

66 Ibidem. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/englisch_vwgo.html#p0392 (consultat la 23.04.2021)

67 Codul administrativ, op. cit.

68 Termenul *ipso iure* este utilizat în jurisprudență și reprezintă „în virtutea unei legi” sau prin dispoziție care rezultă imediat din lege, fără a fi nevoie de un act sau o dispoziție de aplicare. Opusul său este *ipso facto*.

1. Obiectul unei cereri de suspendare a executării trebuie să fie un act administrativ individual defavorabil pentru destinatar sau terțul afectat în drepturile sale. Condiția respectivă rezultă din textul articolului 171 alineatului (4): „...*actului administrativ individual*...“. Caracterul „*defavorabil*“ este susținut de același termen folosit în reglementarea de la alineatul (1) al articolului 172 din Codul administrativ, precum și de prevederile de la articolul 214 alineatul (1). În primul caz, se referă la depunerea cererii de suspendare în cadrul procedurii prealabile, iar în al doilea caz, în cadrul procedurii acțiunii în contestare sau până la depunerea ei, cu condiția depunerii cererii de suspendare în procedura prealabilă. În ultimul caz, depunerea cererii de suspendare este construită pe *regula subsidiarității*. Principiul subsidiarității decurge din textul articolului 214 alineatul (1) al Codul administrativ, care prevede că „*Reclamantul poate solicita instanței de judecată competente suspendarea executării actului administrativ individual până la înaintarea acțiunii în contencios administrativ dacă autoritatea publică investită cu soluționarea cererii prealabile a refuzat suspendarea sau nu a soluționat cererea de suspendare în termenul stabilit la art.172 alin.(3)*“ (s.n.)⁶⁹.

2. Autorul cererii trebuie să fie destinatarul sau terțul afectat de actul administrativ individual defavorabil. Potrivit articolului 11 alin. (2) din Codul administrativ⁷⁰ *destinatarul* unui act administrativ individual este doar persoana către care actul administrativ *se îndreaptă*. *Terții*, ale căror drepturi sânt *afectate* de actul administrativ individual, nu sânt destinatarii acestuia. Inadmisibilitatea vădită a cererii prealabile sau acțiunii în contestare nu produce efectul de suspendare a executării prin efectul legii, inclusiv dacă reclamantul nu are dreptul la înaintarea cererii prealabile sau a acțiunii în contestare, corespunzător conform articolelor 166 și 189 alin. (1) din Codul administrativ⁷¹. Explicațiile cu privire la admisibilitatea cererii prealabile sau acțiunii în contencios rămân valabile și pentru această instituție juridică.

3. Cererea de suspendare trebuie să fie depusă în formă scrisă, iar din conținutul ei este suficient să rezulte intenția reclamantului de a solicita suspendarea executării actului administrativ individual. Cererea poate fi formulată în același document în care este formulată cererea prealabilă⁷², fapt susținut de prevederile articolului 164 alineatul (2) din Codul administrativ, iar în cazul în care cererea este depusă de reprezentantul împuternicit, de prevederile din articolele 45-47 și 211 alineatul (2) și 212 alineatul (1) lit. c) al Codului administrativ⁷³.

4. La autoritatea publică competentă, cererea de suspendare este admisibilă dacă actul administrativ individual defavorabil poate fi contestat cu cerere prealabilă conform articolului 162 alineatul (3) lit. a) și dacă nu este exceptată

69 Codul administrativ, op. cit.

70 Ibidem.

71 Ibidem.

72 Principiul concentrării cererii prealabile și de suspendare în același document.

73 Codul administrativ, op. cit.

efectuarea examinării procedurii prealabile conform arcticului 163 din Codul administrativ⁷⁴.

Respectarea condițiilor respective este obligatorie pentru declanșarea aplicabilității efectului de suspendare *ipso iure*. Prin lege specială, legiuitorul poate deroga de la această prevedere în condițiile articolului (2) alineatului (2) Codul administrativ⁷⁵.

Esența efectului juridic al depunerii cererii conform alineatului (4) fraza a 2-a din articolul 171 al Codului administrativ⁷⁶ rezidă în provocarea *suspendării executării* actului administrativ individual doar prin *efectul legii*, fără îndeplinirea altor formalități decât cele descrise.

Autoritatea publică sau instanța de judecată competentă, odată cu soluționarea cererii de suspendare, poate admite sau respinge cererea. În cazul respingerii cererii, efectul de suspendare a executării decade, iar efectul de executare a actului administrativ își reia acțiunea prin lege. Reluarea efectului suspensiv al executării actului administrativ după respingerea cererii de suspendare de autoritatea publică este posibil prin depunerea cererii respective în conformitate cu prevederile articolul 214 din Codul administrativ.

Până la soluționarea cererii de suspendare, actul administrativ individual defavorabil nu poate fi executat. Neîndeplinirea acestei obligații legale negative de către autoritățile publice și persoanele care acționează în numele lor, generează formele răspunderii juridice conform arcticului 35 din Codul administrativ.

Autoritatea publică competentă este obligată să soluționeze cererea de suspendare în termeni restrânși. Potrivit articolului 172 alineatul (3) din Codul administrativ⁷⁷, decizia cu privire la suspendarea executării se ia în termen de 5 zile lucrătoare din momentul înregistrării, dacă legea nu prevede altfel. Termenul de 5 zile lucrătoare curge din momentul înregistrării cererii de suspendare, însă prin lege specială termenul poate fi micșorat sau majorat.

Stabilirea unui termen legal pentru autoritatea publică are menirea de asigura eficiența procedurii administrative conform articolului 28 din Codul administrativ⁷⁸, dar și de a debloca efectul executoriu al actului administrativ individual atunci când cererea nu este întemeiată sau autoritatea publică decide discreționar de a respinge cererea. Termenul respectiv este fundament și de faptul că cererea procedura prealabilă se soluționează în termeni legali restrânși.

În ce privește soluționarea cererii de suspendare depusă în instanța de judecată reglementările din articolul 214 din Codul administrativ⁷⁹ nu prevăd un termen fix, însă acest fapt obligă instanța de judecată să acționeze mai prudent și în termen rezonabil pentru rațiunile de ordin practic expuse mai sus cu ocazia analizei cererii

74 Ibidem.

75 Ibidem.

76 Ibidem.

77 Codul administrativ, op. cit.

78 Ibidem.

79 Ibidem.

de suspendare în contextul procedurii prealabile. Potrivit articolului 27 din Codul administrativ⁸⁰, în cazul în care prezentul cod sau alte legi speciale nu impun un anumit termen, autoritățile publice și instanțele de judecată competente *trebuie să acționeze într-un termen rezonabil (s.n.)*.

Subliniem că, respingerea cererii de suspendare de către instanța de judecată declanșează reluarea efectului executoriu al actului administrativ individual defavorabil pentru destinatar și eventual terțul afectat în drepturile sale. Ulterior, în recurs, efectul de suspendare a executării poate fi reluat în cazul unei decizii de admitere. (*va urma*).

80 Ibidem.

REPERE CONCEPTUALE ALE ÎNCORPORĂRII, CA FORMĂ SIMPLĂ A SISTEMATIZĂRII LEGISLAȚIEI

Ion POSTU, doctor în drept, conferențiar universitar (ORCID: 0000-0002-5993-8250)

Elena TENTIUC, doctorandă (ORCID: 0000-0002-7493-133X)

CONCEPTUAL BENCHMARKS OF INCORPORATION, AS A SIMPLE FORM OF SYSTEMATIZATION OF LEGISLATION

In this article, the authors make a theoretical foray into the characteristic elements of incorporation and analyze the defining features and its main forms, bringing together doctrinal opinions from different legal systems. In addition, it is presented a comparative analysis of the differences between incorporation and other forms of systematization of legislation (consolidation, codification) and stages of the incorporation process are described. In conclusion, the authors formulate their own comprehensive definition of incorporation, which emerges from the analysis performed.

Keywords: incorporation, systematization of legislation, legal technique

În cadrul prezentului articol autorii fac o incursiune teoretică în elementele caracteristice ale încorporării și analizează trăsăturile definitorii și formele sale principale, aducând împreună opinii doctrinare din diferite sisteme de drept. Este prezentată o analiză comparată a diferențelor dintre încorporare și alte forme de sistematizare a legislației (consolidarea, codificarea) și sunt descrise etape procesului de încorporare. În concluzii, autorii formulează o definiție comprehensivă proprie a încorporării, ce reiese din analiza efectuată.

Cuvinte-cheie: încorporare, sistematizarea legislației, tehnică juridică

Odată cu dezvoltarea sistemului de drept, societatea acumulează un număr semnificativ de acte juridice de reglementare care au același subiect de reglementare. Prescripțiile unor astfel de acte sunt adesea repetate, incoerente și contradictorii. Drept urmare, apare problema unei pluralități de acte juridice, care afectează negativ dezvoltarea legislației. De aici urmează una dintre sarcinile sistematizării — de a elimina această pluralitate cu ajutorul anumitor tehnici sau metode.

O primă formă de sistematizare a legislației este încorporarea, care reprezintă, după părerea majorității autorilor¹, *forma cea mai simplă, inferioară de sistematizare.*

Etimologic, cuvântul încorporare provine de la latinescul „*incorporare*“, cu sensul de „a uni într-un singur corp“, sau franțuzescul „*incorporer*“, cu același sens. Dicțio-

1 Ceterchi, Ioan și Craiovan Ion. „Introducere în teoria generală a dreptului“. București: All, 1996, p. 91; Negru, Boris. „Teoria generală a dreptului și statului“. Chișinău: Bons Offices, 2006, p. 372; Avornic, Gheorghe. „Teoria generală a dreptului: manual“. Chișinău: Cartier, 2004, p. 310; Popa, Nicolae. „Teoria generală a dreptului“. București: Actami, 1996, p. 237 ș.a.

onarele explicative ale limbii române nu conțin o definiție cu o semnificație juridică pentru termenul încorporare, conform acestora, încorporare semnifică doar acțiunea de a îngloba, „a uni mai multe lucruri corpuri într-unul singur”².

După cum notează prof. Dumitru Baltag, încorporarea actelor normative a fost folosită în evoluția tipurilor istorice de drept, dar mai frecvent în etapele de început al dreptului, când ea lua forma unui conglomerat de norme scrise și de cutume, amintind de sistematizarea decretelor imperiale din timpul domniei împăratului roman Justinian (527—566 e. n.) — „Corpus juris civilis”³. Un alt exemplu de încorporare o reprezintă culegerea de legi intitulată „Codul lui Hammurabi”. Deși Codul de Legi al lui Hammurabi este unul dintre cele mai renumite din lumea antică, cu siguranță nu este cel mai vechi și nici singurul. De fapt, el este precedat de cel puțin alte două coduri de legi, și anume: Legile lui Ur-Namma (circa 2100 î.Hr.) și Legile lui Lipit-Ishtar (circa 1930 î.Hr.)⁴.

În anul 1640 este tipărită în limba română, cu alfabet chirilic, „Pravila de la Govora” sau Pravila Mică, denumită astfel după formatul ei. Pravila de la Govora (tipărită la Mănăstirea Govora de către tipograful Meletie Macedoneanu și Ștefan de la Ohrida, din ordinul domnitorului Matei Basarab) reprezintă prima culegere de legi juridico-canonice și civile, în limba română cu alfabet chirilic. Este un cod de legi care pedepsește încălcarea cutumelor și a tradiției românești. Practic reprezintă o sinteză de drept bizantin aplicată spațiului românesc tradițional.⁵

În timp, evoluția conștiinței juridice a condus la apariția și altor forme, mai elaborate de sistematizare, cum ar fi codificarea, însă încorporarea și-a păstrat importanța și în zilele noastre, evoluând și adaptându-se la realitățile actuale.

Analizând natura juridică a încorporării, ne referim la proprietățile inerente imanente ale acesteia, dezvăluind rolul încorporării, reflectând trăsăturile sale specifice, părțile și conținutul, în raport cu alte tipuri de sistematizare a legislației.

Într-o abordare simplă, încorporarea reprezintă „gruparea actelor normative după anumite criterii”⁶ sau „o ordonare externă a actelor juridice normative existente, fără refacerea normelor de drept”⁷.

2 <https://dexonline.ro/sursa/mda2>

3 Baltag, Dumitru. „Teoria generală a dreptului: curs universitar”. Ed. rev. și actualizată. Chișinău, 2013, p. 364

4 <http://www.cunoastelumea.ro/codul-de-legi-al-lui-hammurabi-principiile-dupa-care-erajudecati-infractorii-in-babilon/>

5 Ristea, Ion. „Pravila de la Govora — întâiul izvor de drept românesc”. In: *Dreptul românesc la 100 de ani de la Marea Unire. Dimensiuni și tendințe*. București: Universul Juridic, 2018, p. 206

6 Dicționar de Drept constituțional și administrativ. București: Editura Științifică și Enciclopedică, 1978, p. 250

7 Лушина, Л.А. „Кодификация экологического законодательства: теория и практика”. In: *Кодификация законодательства: теория, практика, техника: Материалы Международной научно-практической конференции (Нижний Новгород, 25-26 сентября 2008 года)*. Нижний Новгород, 2009, p. 767

Reputatul savant român Nicolae Popa consideră că încorporarea este „o formă inferioară (inițială) de sistematizare și privește o simplă așezare a actelor normative, în raport de criteriile exterioare — cronologice, alfabetice, pe ramuri de drept sau instituții juridice etc.”⁸

Această definiție este aproape identică cu cea adoptată de legiuitorul național, care prevede în art. 59, alin. (2) al Legii Nr. 100 cu privire la actele normative — „încorporarea, care reprezintă o sistematizare simplă a actelor normative după unul dintre următoarele criterii: cronologic, alfabetic, al ramurii de drept, al instituției juridice etc.”⁹.

În mod similar, și reprezentantul doctrinei ruse V. I. Kanâghin afirmă că „încorporarea este un tip de sistematizare în care actele juridice normative sunt (sau nu sunt) supuse doar prelucrării externe și sunt plasate într-o anumită ordine — alfabetică, cronologică, sistematică (după obiect) în colecții unificate și alte publicații”¹⁰. O. I. Ivannikova ne atrage atenția că prin combinarea actelor normative fără a le schimba conținutul într-o culegere fiecare dintre acte își păstrează semnificația juridică independentă.¹¹

În consonanță și prof. N. Popa spune că în încorporare nu se procedează la prelucrarea materialului normativ, nu sunt aduse modificări conținutului normelor juridice adunate în colecții sau culegeri, se corectează doar anumite erori materiale sau eventuale greșeli gramaticale¹², de aceeași părere fiind și Dumitru Mazilu¹³, iar L.N. Gončearova menționează suplimentar că, la efectuarea încorporării, textele sunt „curățite” de prevederi legale caduce, în scopul actualizării materialului normativ.¹⁴ În acest sens, încorporarea poate fi văzut ca un mijloc de „comprimare” a legislației în sensul că permite luarea în considerare a actelor anulate oficial, omiterea preamburilor învechite, excluderea repetării actelor etc.¹⁵

8 Popa, Nicolae, op. cit., p. 237

9 Legea Republicii Moldova nr. 100 din 22.12.2017 cu privire la actele normative, art. 59, alin. (2), lit. a)

10 Каньгин В.И. „О значении кодификации как способа систематизации норм в целях совершенствования правового регулирования оперативно-розыскной деятельности”. In: *Кодификация законодательства: теория, практика, техника: Материалы Международной научно-практической конференции* (Нижний Новгород, 25-26 сентября 2008 года). Нижний Новгород, 2009, p. 933

11 Иванникова, О. И. „Систематизация отечественного законодательства». In: *Правовая информатика*. 2012, nr. 1, p. 37

12 Popa, Nicola, op. cit., p. 237

13 Mazilu, Dumitru. „Teoria generală a dreptului”. București: All Beck, 1999, p. 234

14 Гончарова, Л.Н. „Кодификация как способ систематизации законодательства и форма правотворчества”. In: *Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление*. 2020, Vol. 11, nr. 126, p.79

15 Шокиров, Г. А. „Вопросы соотношения правотворческой деятельности и систематизации законодательства: теоретический и исторический анализ”. In: *Вестник ТГУПБП*. 2009, nr. 3, p. 14

Și V. V. Ksenofontov afirmă că în cursul funcționării sale, un act juridic normativ suferă adesea anumite modificări, iar încorporarea trebuie să ia în considerare acest lucru. După adoptarea lor, multe acte sunt modificate, completate, articolele și clauzele individuale sunt abrogate etc. Prin urmare, este imposibil să se includă un act normativ în forma sa originală în colecție fără a reflecta modificările și completările sale ulterioare. Pentru a stabili norma necesară pentru aplicare, trebuie luat în considerare întregul set de modificări care au avut loc, să fie eliminate unele articole, paragrafe, puncte din text care au devenit caduce sau, dimpotrivă, să fie incluse date introduse suplimentar care să indice detalii despre acte.¹⁶

Fiind un nivel mai simplu de sistematizare, încorporarea a fost privită și ca o condiție prealabilă necesară pentru trecerea la forma sa superioară — „codificarea”.¹⁷ Astfel, N.A. Pridvorov și V.V. Trofimov consideră că încorporarea poate fi privită ca primă etapă a procesului de codificare, o măsură pregătitoare pentru lucrările ulterioare de codificare¹⁸, iar L.A. Golubeva observă o legătură între încorporare și evidență (ca formă a sistematizării), întrucât aceasta se bazează pe un anumit volum de acte corespunzător cerințelor subiectului.¹⁹ Incorporarea are o semnificație independentă în procesul de sistematizare, permițând în limitele sale să dezvolte și să îmbunătățească legislația. Rezultatele obținute în timpul încorporării servesc drept bază pentru alte forme de sistematizare. În doctrină s-a exprimat opinia că dacă percepem procesul de sistematizare ca un mecanism unic, atunci etapa sa inițială este încorporarea cronologică, or anume prin ea rulează practic toate căile către alte forme de sistematizare.²⁰

După cum s-a menționat, o particularitate inerentă a încorporării este faptul că operația de sistematizare utilizează materialul normativ astfel cum este el alcătuit, fără a aduce vreo schimbare de conținut, fără vreo modificare, în actele normative²¹, ceea ce înseamnă că conținutul reglementării juridice nu se schimbă în esență. În baza acestor trăsături, M. Baranov menționează²² că încorporarea aparține sistemelor „sumative”, bazate pe trăsături juridice formale.

16 Ксенофонов, В. В. „Систематизация российского законодательства: принципы и процедуры”. Диссертация канд. юрид. наук. Москва, 2003, p. 87

17 Шокиров, Г. А, op. cit., p. 14

18 Придворов, Н.А., Трофимов В.В. „Кодификация как высший уровень планомерно-рационального способа правообразования”. In: *Кодификация законодательства: теория, практика, техника*: Материалы Международной научно-практической конференции (Нижний Новгород, 25-26 сентября 2008 года). Нижний Новгород, 2009, p. 194

19 Голубева, Л. А. „Эссенция систематизации законодательства”. In: *Международный журнал гуманитарных и естественных наук*. 2016, Vol. 1, nr. 8, p. 21

20 Ксенофонов, В. В., op. cit., p. 88

21 Ceterchi, Ioan și Craiovan Ion, op. cit., p. 91

22 Баранов, В.М. „Кодификационное пространство государства. Вместо предисловия”. In: *Кодификация законодательства: теория, практика, техника*: Материалы Международной научно-практической конференции (Нижний Новгород, 25-26 сентября 2008 года). Нижний Новгород, 2009, p. 24

Păstrarea conținutului neschimbat al actelor distinge încorporarea de codificare și consolidare.²³ În mod repetat, în diferite formulări, s-a repetat că încorporarea este asociată cu prelucrarea externă a reglementărilor, iar codificarea este asociată cu o modificare a conținutului normelor legale.²⁴

O altă particularitate constă în faptul că încorporarea nu are caracter legislativ, această activitate poate fi desfășurată de organisme de stat, instituții științifice și organizații publice, cetățeni individuali.²⁵

În doctrina juridică rusă au fost evidențiate două *forme* ale încorporării:

- a) încorporarea simplă — se realizează în afara procesului legislativ, reprezintă combinarea textelor de control ale actelor juridice de reglementare în totalitate sau parțial în colecții bazate pe o combinație de diverse criterii.
- b) încorporarea complexă este procesul de combinare a actelor în colecții folosind elemente ale legiferării — abrogarea normelor învechite, clarificarea definițiilor, eliminarea conflictelor.²⁶

În doctrina și legislația națională încorporarea complexă este substituită prin codificare, or, natura intervențiilor efectuate schimbă accentele de la încorporare spre codificare.

Încorporarea legislației asigură comoditatea utilizării actelor normative, ajută la eliminarea lacunelor, a caducității, a contradicțiilor și face posibilă eliminarea referințelor nefondate la prezența sau absența anumitor acte juridice (care uneori servește drept acoperire pentru activități ilegale). Astfel, ca urmare a încorporării, legislația devine, în ciuda întregii sale diversități, mai accesibilă cetățenilor. M.A. Musaev a exprimat opinia²⁷ că încorporarea și consolidarea vizează, în primul rând, comoditatea utilizării materialului juridic normativ care reglementează sfera relevantă a relațiilor publice.

Există, de asemenea, opinii destul de negative referitoare la încorporare. Așa, Yu.Yu. Vetiutnev consideră că încorporarea, contribuie la încetinirea activității legislative, deoarece nu are rost să formalizăm într-o singură culegere acele legi care pot înceta să existe în orice moment. Cu alte cuvinte, încorporarea este un exercițiu juridic moderat conservator, un fel de moratoriu tacit al legislației rampante. Într-o astfel de situație, afirmă acesta, implementarea lucrărilor la scară largă privind încorporarea legislației este de prisos, deoarece Codul (sau Colecția) de legi, ale cărui elemente sunt într-un mod de schimbare perpetuă, este puțin probabil să aibă o valoare ridicată.²⁸

23 Миронов, В. О. și Зин, Н. В. „Систематизация законодательства: понятие и виды”. În: *Право и государство: теория и практика*. 2019, Vol. 7, nr. 175, p. 49

24 Ящук, Т. Ф. „Эволюция понятия «Систематизация законодательства» в советской правовой науке”. În: *Вестник ОмГУ. Серия. Право*. 2019, Vol. 16, nr. 3, p. 46

25 Мурсалимов, К.Р., Хабибулин, А.Г. „Теория государства и права”. Москва: Инфра-М, p. 335

26 Анахасян, Р. Л. Проблемы инкорпорации нормативно-правовых актов России, Диссертация канд. юрид. наук. 2009, p. 75

27 Мусаев, М. А. „Систематизация законодательства как ключевой момент развития правовой реальности”. În: *Мир политики и социологии*. 2016, nr. 8, p. 41

28 Ветютнев, Ю.Ю. „Социокультурные функции юридической систематизации”. În: *Систематизация законодательства в России (историко-правовые, теоретико-методо-*

Încorporarea se materializează în acte de sistematizare a legislației, cum sunt culegerile și colecțiile.²⁹

În literatura juridică s-a menționat³⁰ că, spre deosebire de codificare, incorporarea și consolidarea se referă la articole sau acte normative în ansamblul lor.

Majoritatea autorilor împărtășesc opinia că principalul criteriu pentru diferențierea metodelor de sistematizare este natura procesării materialului normativ: procesare internă sau procesare externă³¹. În funcție de aceasta, se face distincția și între codificare și încorporare. După cum vom demonstra ulterior, ca rezultat al activității de codificare, se creează *un nou act juridic normativ* care introduce schimbări semnificative în reglementarea unui anumit grup de relații sociale, actualizând fundamental legislația. Prin urmare, codificarea, cu drept deplin, poate fi numită un fel de legiferare și nu doar sistematizare în sensul direct al cuvântului, deși codificarea sistematizează întotdeauna dreptul prin consecințele sale juridice.³²

Astfel, codificarea se diferențiază de procesele conexe, dar nu identice, de încorporare și consolidare, ce nu presupun crearea de conținut nou³³, or codificarea vizează dezvoltarea unui act normativ fundamental nou³⁴.

V. M. Baranov menționează³⁵ că încorporarea aparține sistemelor „sumative“, bazate pe trăsături juridice formale, iar codificarea reprezintă un exemplu de sistem integru, cu conexiuni interne profunde și interdependențe care apar între elementele care o formează. Trebuie să spunem însă că există și autori care consideră că „codificarea nu este altceva decât o formă îmbunătățită de încorporare, care diferă de aceasta din urmă prin metoda sa“³⁶.

La fel, A.F. Șebanov a susținut că „o formă specială, mai înaltă și mai complexă de încorporare poate fi considerată o astfel de formă de sistematizare a materialelor normative, atunci când compilând colecții de legislație actuală pe secțiuni tematice, autoritățile de stat competente, recunosc o serie de acte și, în unele cazuri, să înlocuiască actul actual sau mai multe acte cu privire la aceeași problemă din cauza caducității

логические и технико-юридические проблемы). К 175-летию Свода законов Российской империи: Материалы Международного круглого стола. Институт государства и права РАН (Москва, 18-19 января 2008 года). Нижний Новгород, 2008, p. 338

29 Кодан, С. В. „Акты систематизации законодательства: юридическая природа и место в системе источников Российского права”. In: *Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук*. 2008, nr. 8, p. 392

30 Гончарова, Л.Н., op. cit., p. 79

31 *Общая теория государства и права. Академический курс*. Под ред. М.Н. Марченко. Москва, 1998, p. 202.

32 Васильева, Ю. В. *Кодификация российского законодательства о социальном обеспечении: теоретические и практические проблемы*, Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, 2010, p. 26

33 Придворов Н.А., Трофимов В.В., op. cit., p. 186

34 Гончарова, Л.Н., op. cit., p. 79

35 Баранов, В.М., op. cit., p. 24

36 Придворов Н.А., Трофимов В.В., op. cit., p. 187

lor, a inconsecvenței, a fragmentării noilor acte normative³⁷, punând astfel semnul egalității între astfel codificare și incorporare.

Comparând încorporarea și codificarea ca forme de sistematizare, P.V. Krashe-ninnikov a menționat, într-o exprimare metaforică, că „dacă încorporarea pune în ordine o clădire, atunci codificarea este demolarea celei vechi și construirea unei case noi, dar cu utilizarea parțială a materialelor obținute din demolare³⁸”.

Distincția între încorporare și codificare a fost realizată după scop (codificarea, spre deosebire de încorporare, urmărește scopul de a schimba conținutul reglemen-tării legale și de a crea noi norme și instituții de drept); motive de raționalizare a materialului normativ (încorporarea — clasificare, codificarea — subiectul și metoda reglementării legale); rezultate (codificarea se încheie cu crearea unui act consolidat, care este un nou izvor de drept, colecțiile de încorporare nu anulează întotdeauna efectele izvoarelor primare); forț[juridică (spre deosebire de codificare, actele de încorporare nu sunt întotdeauna oficiale); timpul de valabilitate (codificarea se efec-tuează după necesitate, încorporarea trebuie efectuată continuu).³⁹

O analiză a distincțiilor dintre încorporare și codificare ne propune și V.V. Xe-nofontov. În primul rând, încorporarea este o funcție a organelor publice și a altor organizații menite să mențină funcționalitatea legislației actuale, fără a modifica conținutul acesteia. Codificarea, pe de altă parte, se efectuează periodic, în funcție de acumularea materialului normativ și de necesitatea obiectivă a procesării și integrării sale cuprinzătoare ca întreg sau în industrii individuale. În al doilea rând, au un obiect de influență diferit. În cazul codificării, ne ocupăm de reglementările juridice iar la încorporare — de actele juridice normative, de prelucrarea lor tehnică. În al treilea rând, diferă rezultatele. Procesul de încorporare este încununat cu o colecție sau culegere de acte juridice normative emise în momente diferite, al căror conținut este dat așa cum a fost dat de legiuitor, iar codificarea completează un nou act juri-dic atât în formă, cât și în conținut. Textul său este autentic și oficial. În al patrulea rând, codificarea este întotdeauna oficială și este realizată exclusiv de către organele legislative, iar încorporarea nu aderă la un cadru atât de rigid și se poate manifesta în diferite variații.⁴⁰

Pe de altă parte, codificarea și încorporarea sunt interconectate între ele. În-corporarea „este o măsură preliminară și pregătitoare pentru lucrări de codificare ulterioare⁴¹”. V. N. Sukhodrev (B.H. Суходрев) expune o opinie similară, subliniind

37 APUD: Ксенофонов, В. В., op. cit., p. 104

38 APUD: Желдыбина, Т. А. „Направления кодификации российского законодательства”. In: *Саратовской государственной юридической академии*. 2016, nr. 2, p. 76

39 Шатковская, Т. В. și Феодорова, М. Х. „Соотношение понятий „кодификация» и „систематизация» как проблема современной общей теории права”. In: *Наука и общество — 2020: материалы международной научной конференции*, Ростов-на-Дону. 2020, p. 434

40 Ксенофонов, В. В., op. cit., p. 105-106

41 Керимов, Д.А. „Законодательная деятельность советского государства. Основные прин-ципы и организационные формы”. Москва: Госюриздат, 1955, p. 114.

că "... sistematizarea legislației constă în două etape. Prima etapă este încorporarea. A doua etapă este codificarea. Sarcina sa este de a aduce legislația într-un singur sistem armonios"⁴². Activitatea de încorporare creează o bază favorabilă pentru realizarea cu succes a codificării. Codificarea unește materia juridică în etapa finală numai atunci când toate lucrările de unificare din cadrul acestui act au fost finalizate: prescripțiile normative sunt combinate și diferențiate în consecință prin secțiuni și capitole, sunt formulate concepte generice comune, normele care guvernează conceptele speciilor sunt finalizate etc.⁴³

T. N. Rahmanina consideră că codificarea, în cea mai mare parte, este doar un material care a suferit o prelucrare externă preliminară în primele etape ale sistematizării și este pregătit pentru ordonarea interioară. Procesul de codificare trece în cele din urmă prin trei etape: 1) identificarea deficiențelor legislative ale unei anumite ramuri a dreptului; 2) eliminarea acestor neajunsuri; 3) consolidarea materialului prelucrat într-un singur întreg (cod).⁴⁴

Dezvoltând elementele definitorii ale încorporării, putem evidenția **trăsăturile** sale:

- 1) obiectul încorporării îl constituie actele juridice normative⁴⁵. Această trăsătură corespunde scopului încorporării legislației, însă, trebuie să menționăm că deseori, mai ales în cazul încorporării neoficiale, sunt aduse împreună nu doar acte normative, ci și jurisprudență (hotărâri și avize ale Curții Constituționale, hotărâri ale Curții Supreme de Justiție etc.) sau chiar opinii doctrinare relevante. Din punctul nostru de vedere, asemenea conținut adiacent are rol secundar, de ajutorare și nu constituie obiectul nemijlocit al încorporării.
- 2) esența încorporării constă în eficientizarea actelor juridice normative existente prin prelucrarea externă a actelor încorporate, curățându-le de reglementări caduce, nenormative, fără a reface conținutul legii, adică schimbarea textului unui act normativ;
- 3) actele normative sunt plasate într-o culegere unificată (sau într-o serie periodică) în ordine cronologică, tematică sau ierarhică; cu o simplă încorporare cronologică periodică, actele juridice normative sunt încorporate în forma în care au fost adoptate de către organul legislativ;
- 4) o culegere încorporată poate fi o bază legală oficială pentru acțiune pentru organele de aplicare a legii numai dacă organismul legislativ a recunoscut-o ca o colecție oficială de publicare a actelor sale juridice normative.⁴⁶

42 Суходрев, В.Н. „О некоторых вопросах теории и практики систематизации советского законодательства”. In: *Советское государство и право*. 1960, nr. 8, p. 93.

43 Сенякин, И.Н. „Специализация и унификация Российского законодательства”. Саратов, 1993.

44 Рахманина, Т.Н. „Соотношение кодификации и текущего правотворчества в процессе создания свода законов”. In: *Проблемы совершенствования советского законодательства*. Труды. Вып. 27. Москва, 1983, p. 45.

45 Анахасян, Р. Л., op. cit., p. 74

46 Ibidem, p. 75

În literatura juridică, s-a menționat că matricea normativ-juridică, ordonată sub formă de încorporare, trebuie să respecte următoarele **principii**:

- a) oportunitate — încorporarea trebuie să fie utilă;
- b) armonie logică — asigurarea conceptualității, integrității, clarității;
- c) exhaustivitate și detalizare — acoperă pe deplin problemele semnificative în acest domeniu, dezvoltă și completează logic principiile și dispozițiile enunțate⁴⁷.

Activitatea de încorporare a actelor normative poate fi divizată în câteva **etape**:

- a) elaborarea structurii viitoarei culegeri (colecții) de acte juridice normative;
- b) determinarea tipului de acte care urmează să fie plasate în culegere și stabilirea criteriilor de selecție a acestora;
- c) inventarierea actelor juridice normative, analiza și excluderea din lista lor a actelor care nu fac obiectul includerii în culegere;
- d) prelucrarea actelor juridice normative care îndeplinesc criteriile de selecție stabilite și sunt incluse în colecție, plasarea acestora în conformitate cu schema de colectare, adică distribuție în secțiuni, subsecțiuni, alte părți structurale ale colecției.⁴⁸

D.V. Ciuhvicev a indicat⁴⁹ în mod corect, că principalul avantaj al încorporării, care determină alegerea acestui tip particular de sistematizare a legislației, este posibilitatea implementării sale rapide (mai ales atunci când vine vorba de crearea unei colecții de acte juridice normative dedicate unui subiect specific de reglementare juridică). Însă principalul dezavantaj este valoarea practică insuficientă, viabilitatea scăzută a colecțiilor create ca urmare a încorporării, timpul limitat pentru utilizarea lor, deoarece modificările actelor incluse în astfel de colecții reduc semnificativ potențialul pentru relevanța lor (și chiar poate provoca daune) în cursul raporturilor juridice.

Concluzionăm că, în pofida unui potențial mare al încorporării, constatăm cu regret că aceasta nu este pe deplin folosită, deoarece principala caracteristică a încorporării moderne este utilizarea predominantă a formei sale neoficiale. Este necesar să se aplice mai activ în practică tipurile de încorporare axate pe o prelucrare mai profundă a legislației.

În rezultatul analizei efectuate în prezentul paragraf, putem deduce că încorporarea este o activitate de sistematizare nelegislativă, efectuată de autorități publice sau persoane private, ce are drept scop prelucrarea, fără intervenții (sau cu intervenții minore, tehnice) a unui volum de acte normative și ordonarea acestuia după anumite criterii (cronologice, tematice, alfabetice ș.a.) într-o culegere sau colecție singulară sau periodică.

47 Ibidem, p. 52

48 Анахасян, Р. Л., *op. cit.*, p. 69

49 Чухвичев, Д.В. „Законодательная техника”. Москва: ЮНИТИ, 2012, p. 309

APLICAREA PEDEPSEI LA ÎNCHEIEREA ACORDULUI DE RECUNOAȘTERE A VINOVĂȚIEI ÎN REPUBLICA MOLDOVA

Gheorghe SULT, doctor în drept, conferențiar universitar, Universitatea de Stat din Comrat

(ORCID: 0000-0002-5993-8250)

APPLICATION OF THE PENALTY TO THE CONCLUSION OF THE CRIMINAL RECOGNITION AGREEMENT IN THE REPUBLIC OF MOLDOVA

The purpose of this paper is to contribute to the correct interpretation and application of the provisions of Article 80 of the Penal Code of the R. Moldova by the law enforcement bodies as well as to the elucidation of the essence of the institution of the agreement on the recognition of guilt and its effects both for justice and for offender. The academic novelty of the work is determined in particular by the novelty and importance of the institution of the agreement on the recognition of guilt. This paper attempts to answer to some of the issues that might arise in the application of the institution of the agreement on the recognition of guilt, as well as the application of the punishment in case of the conclusion of the agreement on the recognition of guilt. The applicative value of the paper is, in its turn, to explain all the important aspects of the subject in the analysis, the interpretation of the appropriate legal norms, the analysis of the law, which is to identify the solutions and to contribute to the interpretation and application of the analyzed norm in a correct manner, without causing legal errors in the application of those rules.

Keywords: court, offense, criminal trial, prosecutor, court, agreement on the recognition of guilt

Scopul acestei lucrări este contribuirea la interpretarea și aplicarea corectă a prevederilor art. 80 din Codul Penal al R. Moldova de către organele de aplicare a normelor de drept, cât și la elucidarea atât a esenței instituției acordului de recunoaștere a vinovăției, cât și a efectelor acestuia pentru justiție, și pentru infractor. Noutatea științifică a lucrării este determinată î de noutatea și importanța instituției acordului de recunoaștere a vinovăției. În studiul efectuat au fost sintetizate cele mai recente opinii și concepții expuse în doctrină. În lucrarea respectivă s-a încercat să se dea răspuns la unele din problemele ce ar putea apărea la aplicarea instituției acordului de recunoaștere a vinovăției, precum și la aplicarea pedepsei în cadrul încheierii acordului de recunoaștere a vinovăției. Valoarea aplicativă a lucrării, la rândul său, constă în explicarea tuturor aspectelor esențiale aferente subiectului în analiză, interpretarea normelor legale corespunzătoare, analiza științei dreptului, fapt care urmează să stabilească soluțiile și să contribuie la interpretarea și aplicarea normei analizate într-un mod corect, fără a genera erori judiciare în aplicarea normelor date.

Cuvinte cheie: instanța de judecată, procuror în fracțiune, proces penal, acord de recunoaștere a vinovăției.

Introducere. În contextul politicii penale promovate de Republica Moldova, fenomenul criminalității, evaluat în diverse forme, a atins practic toate straturile societății, destabilizând întregul sistem de valori, fapt care s-a reflectat afectiv asupra vieții sociale și chiar asupra întregii ordini de drept a statului. Protejarea intereselor persoanelor este de neconceput fără existența unui cadru juridic corespunzător pentru asigurarea protecției acestora și a unei politici penale ferme a statului îndreptate spre dezrădăcinarea fenomenului infracțional. Privită din această perspectivă, instituția pedepsei penale aplicate infractorului ocupă un loc aparte în ceea ce determină analiza gradelor și condițiilor de reeducare a subiecților infracțiunilor, ca și element nemijlocit în lupta contra criminalității. În acest context, este importantă relevarea circumstanțelor atenuante și agravante, a motivelor ce au stat la baza infracțiunii, analiza personalității infractorului, evaluarea gradului prejudiciabil al faptei infracționale săvârșite. Așadar, actualitatea temei investigate este determinată de necesitatea perfecționării permanente a cadrului normativ vizând aprecierea juridică a faptelor infracționale, în special prin prisma gradului prejudiciabil ale acestora, luându-se în calcul noile tendințe dictate de politica penală internațională și experiența de contracarare a criminalității în altor state.

Necesitatea studiului științific realizat este determinată de ineficiența sistemului execuțional penal, care este caracterizată prin anumite lacune față de compartimentul executării diferențiale a pedepsei penale în raport cu motivele și scopurile urmărite de infractor la realizarea actului infracțional. În calitate de categorie aparte de circumstanțe cu caracter atenuant poate fi relatată și recunoașterea vinovăției în cadrul urmăririi penale sau investigațiilor judiciare.

Cu toate că aceasta nu este expres prevăzută în lista de circumstanțe atenuante din Partea Generală a Codului penal al Republicii Moldova, aceasta reprezintă o asemenea circumstanță datorită faptului că, pe de o parte, reprezintă un semn al autoevaluării și autocondamnării sale de către infractor nemijlocit, iar pe de altă parte, implică un efort relativ redus din partea autorităților abilitate ale statului în sensul investigației și acumulării probelor suplimentare referitor la vinovăția infractorului. Astfel, prezenta lucrare urmează să faciliteze procesul de interpretare a normelor de drept penal împreună cu cele de drept procesual penal, bunăoară și să contribuie la individualizarea pedepsei și la aplicarea corectă a sancțiunilor penale în cazurile de încheiere a acordului de recunoaștere a vinovăției.

Metodologia abordării. La atingerea scopului și obiectivelor propuse, la elaborarea lucrării vom recurge la metoda cercetării subiectului lucrării prin intermediul legislației Republicii Moldova (RM), precum și la analiza opiniilor științifice oferite publicului larg, prin publicare pe pagini web sau pe suport de hârtie sub formă de manuale, articole, note explicative.

Importanța practică a acestei lucrări constă în faptul că ideile și concluziile formulate în aceasta lucrare pot fi utilizate la interpretarea corectă al art.80 din Codul penal al Republicii Moldova (CP al RM), ele pot înlătura unele neclarități apărute în procesul de aplicare a acestor norme penale în practică, precum și pot contribui la

înțelegerea eficientă a literaturii științifice de specialitate, pot exclude unele interpretări contradictorii sau eronate, etc.

În contextul subiectului lucrării, încheierea acordului își are efectele sale pentru învinuit sau inculpat sub forma reducerii pedepsei aplicabile pentru fapta incriminată de o normă concretă din Partea Specială a Codului penal al RM.

Deci, referitor la acest fapt, legea penală națională conține doar următoarea prevedere: „în cazul în care persoana pusă sub învinuire încheie un acord de recunoaștere a vinovăției, iar instanța de judecată acceptă acest acord, pedeapsa pentru infracțiunea imputată se reduce cu o treime din pedeapsa maximă prevăzută pentru această infracțiune“.

Norma juridico-penală citată este stipulată în art.80 CP al RM, făcând parte din Capitolul VIII al Codului intitulat „Individualizarea pedepselor“. Acest fapt semnifică că aplicarea pedepsei reduse în cazul încheierii acordului de recunoaștere a vinovăției reprezintă una din consecințele individualizării pedepsei.

Deci, referindu-ne la cercul de subiecți față de care este aplicabilă prevederea art.80 CP al RM, este necesar de menționat că acesta este unul limitat, norma nefiind una de aplicabilitate generală pentru persoanele care au comis fapte interzise de legea penală.

Art. 80 CP al RM este aplicabil exclusiv în cazul în care învinuitul/inculpatul a comis o infracțiune ușoară, mai puțin gravă sau gravă.

Deci, norma menționată permite reducerea pedepsei în funcție de caracterul și gradul prejudiciabil al faptei comise, pentru următoarele fapte:

- infracțiuni ușoare — faptele pentru care legea penală prevede în calitate de pedeapsă maximă pedeapsa închisorii pe un termen de până la 2 ani inclusiv.
- infracțiuni mai puțin grave — faptele pentru care legea penală prevede pedeapsa maximă cu închisoare pe un termen de până la 5 ani inclusiv.
- infracțiuni grave — faptele pentru care legea penală prevede pedeapsa maximă cu închisoare pe un termen de până la 12 ani inclusiv¹.

Drept consecință, deducem că față de persoanele care au comis infracțiuni care se sancționează cu pedeapsa închisorii al cărei maxim depășește 12 ani (infracțiuni deosebit de grave), precum și față de cele pentru care se aplică pedeapsa de detențiune pe viață (infracțiuni excepțional de grave), norma art.80 CP al RM nu se aplică.

Dacă instanța are în procedura sa mai multe cauze penale în privința mai multor persoane, dintre care, în unele au fost încheiate acorduri de recunoaștere a vinovăției, iar în altele nu se recomandă să se discute posibilitatea conexării lor într-o singură procedură și examinării lor în procedură specială sau, respectiv, generală, pentru a se exclude pronunțarea mai multor sentințe, care ar putea duce la înrăutățirea situației inculpatului.

Luând în considerare faptul că instanța de judecată poate considera drept circumstanțe atenuante și alte circumstanțe, neprevăzute la art.76 alin.(1) CP al RM².

1 Codul Penal al Republicii Moldova nr.985 din 18.04.2002. In: Monitorul Oficial nr.72-74 din 14.04.2009

2 Ibidem

Curtea Supremă de Justiție recomandă instanțelor inferioare ca prezența acordului de recunoaștere a vinovăției să fie considerată ca și circumstanță atenuantă³.

Instanța supremă susține că la aplicarea art.80 CP al RM, în cazul în care instanța acceptă acordul de recunoaștere a vinovăției și pedeapsa pentru infracțiunea imputată se reduce cu o treime din pedeapsa maximă prevăzută pentru această infracțiune, însă legea nu interzice aplicarea concomitentă și a prevederilor art.79 și art.90 CP al RM⁴. Deci, dacă în cadrul procesului de individualizare a pedepsei, instanța constată existența unor asemenea circumstanțe excepționale care ar justifica aplicarea concomitent al art.79 și art.80 CP al RM, instanța le poate aplica fără îndoială.

În legea penală individualizarea pedepsei, ce urmează a fi stabilită pentru persoana vinovată de săvârșirea infracțiunii, este îndreptată spre atingerea scopurilor pedepsei, și anume: restabilirea echității sociale, corectarea condamnatului, precum și prevenirea săvârșirii de noi infracțiuni din partea condamnaților (art.61 CP al RM). Criteriile generale de individualizare a pedepsei, în acest sens, stabilesc regulile de care trebuie să se conducă instanța de judecată la aplicarea acesteia și prescriu a stabili persoanei vinovate de săvârșirea unei infracțiuni o pedeapsă echitabilă în limitele fixate în Partea specială CP al RM.

Prin derogare, în cazul prezenței anumitor circumstanțe excepționale, sau a unui cumul de asemenea circumstanțe, care micșorează considerabil pericolul social al faptei sau al persoanei infractorului, pedeapsa prevăzută de sancțiunea normei Părții speciale CP al RM, mai concret, categoria sau mărimea acesteia, poate deveni mult prea severă și, respectiv, să nu corespundă cerințelor echității, adică cerințelor pedepsei echitabile. În asemenea cazuri, instanța de judecată poate aplica o pedeapsă mai blândă decât cea stipulată de lege pentru infracțiunea respectivă.

Deci, aplicarea de către instanța de judecată a pedepsei mai blânde decât cea prevăzută de sancțiunea normei legii penale, pentru comiterea unei infracțiuni concrete, este un mijloc acordat instanței de judecată pentru o individualizare maximă a pedepsei penale.

În opinia unor autori⁵, această prevedere a legii constituie o abatere, o derogare de la criteriile generale de individualizare a pedepsei, și anume, de la acea regulă, că persoanei vinovate de comiterea unei infracțiuni, i se aplică o pedeapsă, în limitele fixate în Partea specială a CP al RM, și este stabilită pentru acele cazuri, când aplicarea chiar și a unei pedepse minimale în limitele stabilite de lege, este prea aspră și vădit neechitabilă. Drept urmare, norma prevăzută la art.79 CP al RM întrunește cerințele criteriului general de individualizare a pedepsei privind pedeapsa echitabilă.

În acest context din conținutul normei date conchidem că o condiție necesară pentru aplicarea pedepsei mai blânde decât cea prevăzută de lege, conform regulilor

3 Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova privind judecarea cauzelor penale în procedura acordului de recunoaștere a vinovăției nr.6 din 24.12.2017/ http://iurisprudenta.csj.md/search_hot_exnl.php?id=28 (accesat 5.09.2021)

4 Ibidem

5 Păvăleanu V. Drept procesual penal. Partea generală. București. 2001

prevăzute în aceeași normă, constituie prezența în cauza penală a circumstanțelor excepționale. Însă legislatorul nu ne explică noțiunea de „circumstanțe excepționale“, stabilirea și aprecierea acestora, lăsând pe seama instanței de judecată. Legea nu include o listă în care să fie enumerate circumstanțele excepționale, limitându-se doar la o formulare generală „circumstanțe excepționale ale cauzei“, menționând, doar că acestea trebuie să micșoreze esențial gravitatea faptei și consecințele ei și leagă circumstanțele excepționale menționate în norma cercetată, de așa factori, cum sunt: scopul și motivele faptei; rolul vinovatului în săvârșirea infracțiunii: „comportarea vinovatului în timpul și după consumarea infracțiunii“; contribuirea activă a participantului unei infracțiuni săvârșite în grup la descoperirea acesteia; alte circumstanțe care micșorează esențial gravitatea faptei și a consecințelor ei.

Actuala redacție a art.79 CP al RM include doar o singură circumstanță concretă, care în mod obligatoriu, indiferent de categoria infracțiunii comise, se consideră circumstanță excepțională, și anume — minoratul persoanei care a săvârșii infracțiunea.

În teoria dreptului penal, la fel, nu există o opinie unică ce ține de noțiunea de „excepționalitate“ a circumstanțelor, cât și de „circumstanțe excepționale“, adică nu există o opinie unică referitor la faptul care circumstanțe urmează a fi considerate ca fiind excepționale, în cazul aplicării unei pedepse mai blânde decât cea prevăzută de lege.

Deci, savantul autohton S. Botnaru, A. Șavga, V. Grosu, M. Grama menționează că prin „circumstanțe excepționale ale cauzei“ poate fi considerată excepțională atât o circumstanță atenuantă, cât și o totalitate de asemenea circumstanțe⁶, însă această situație a fost actuală până la 24.05.2009, când a intrat în vigoare Legea Parlamentului RM nr.277 din 18.12.2008 pentru modificarea și completarea CP al RM, prin care a fost exclus alin.(2) din art.79 CP al RM.

Savantul autohton I. Macari susținea, că prin circumstanțe excepționale ale cauzei trebuie de înțeles nu pur și simplu o oarecare circumstanță ce atenuază răspunderea penală, dar o totalitate de asemenea circumstanțe. Acestea pot fi indicate ori nu la art.76 CP al RM. Important este ca circumstanța sau grupa de circumstanțe atenuante, să reflecte, toate împreună, un grad mai redus de pericol social al faptei concrete și al făptuitorului în comparație cu alte infracțiuni de același lip⁷. În opinia savantului S. Veliev, prin „circumstanțe excepționale“, trebuie înțelese așa circumstanțe ale cauzei, în virtutea cărora, un anumit caz concret iese din afara limitelor cazurilor obișnuite de acest gen⁸.

Astfel, analizând mai multe opinii ale diferiților savanți, ajungem la concluzia că majoritatea autorilor evidențiază că una din trăsăturile caracteristice distinctive ale circumstanțelor, ce urmează a fi recunoscute drept circumstanțe excepționale în sensul art.79 CP al RM este anume acel fapt, că într-un caz concret, se consideră excepțională o circumstanță, sau o totalitate de circumstanțe, dacă aceasta/acestea micșorează esențial gradul de pericol social al infracțiunii concrete comise și a per-

6 Botnaru S., Șavga A., Grosu V., Grama M. Drept penal. Partea Generală. Chișinău: Cartier. 2005

7 Macari I. Dreptul penal al Republicii Moldova. Partea generală. Chișinău: CE USM, 2002

8 Велиев С., Принципы назначения наказания. С-Петербург: Юридический центр пресс. 2004

soanei vinovatului, anume în comparație cu alte cazuri de comitere a infracțiunilor de același gen.

Unii autori⁹ nu sunt de acord cu aceasta, motivând prin faptul, că potrivit art.325 Codului procesual penal al RM, judecarea cauzei în primă instanță se efectuează numai în privința persoanei puse sub învinuire și numai în limitele învinuirii formulate în rechizitoriu, în același timp, conform art.384 alin.(4) CPP al RM¹⁰ instanța își întemeiază sentința numai pe probele care au fost cercetate în ședința judiciară respectivă și nu pe probele care au fost cercetate în alte ședințe judiciare, examinate în baza altor învinuiri. Deci, nu putem compara influența circumstanțelor într-o cauză penală, cu influența lor pe altă cauză penală. Din aceste motive, instanța de judecată la aplicarea pedepsei, inclusiv în baza art.79 CP al RM când apreciază faptul dacă o circumstanță sau alta, fie o totalitate de circumstanțe, sunt excepționale, nu are dreptul să compare circumstanțele de pe cauza penală pe care o examinează, cu circumstanțele de pe alte cauze penale de comitere a infracțiunilor de același gen. În același timp, pentru ca prevederile unei norme de drept să fie aplicabile, sau propunerile făcute într-o lucrare științifică să poarte un caracter aplicativ, este necesar ca aceste prevederi sau propuneri să fie realizabile în practica judiciară.

Deci, este greu de închipuit, cum un judecător ar putea să dea apreciere anumitor circumstanțe ca fiind excepționale, comparându-le cu aceleași circumstanțe care sunt prezente pe un alt caz penal de învinuire a unei alte persoane în săvârșirea unei infracțiuni de același gen și cum judecătorul să motiveze această comparație în sentință. Din acest motiv, în opinia noastră, noțiunile date de autorii menționați mai sus, ce definesc „circumstanțe excepționale“, în partea comparării acestora cu alte cazuri de același gen, nu pot fi utilizate de către instanțele de judecată la aplicarea pedepsei.

În doctrina dreptului penal, cât și în practica judiciară, se duc discuții privind înțelegerea naturii circumstanțelor excepționale, care permit instanței de a aplica o pedeapsă mai blândă decât cea prevăzută de lege în literatura de specialitate fiind recunoscute ca excepționale diferite categorii de circumstanțe. Deci, unii autori considerau că în calitate de circumstanțe excepționale pot fi recunoscute doar circumstanțe atenuante deosebite care nu sunt incluse în lista circumstanțelor atenuante prevăzute de legea penală¹¹. Alți autori consideră că, pentru aplicarea pedepsei mai blânde decât cea prevăzută de lege, nu este necesar de stabilit anumite circumstanțe atenuante deosebite și că pot fi recunoscute drept excepționale circumstanțele atenuante atât enumerate în lege, cât și circumstanțele neincluse în această listă legală, însă care sunt recunoscute ca atenuând pedeapsa de către instanța de judecată¹². Esențial este ca circumstanțele atenuante să atribuie cauzei penale așa particularități și trăsături,

9 Păvăleanu V. Drept procesual penal. Partea generală. București. 2001

10 Codul de procedură penală al Republicii Moldova nr. 122 din 14.03.2003. In: Monitorul Oficial Nr. 248-251 din 05-11-2013

11 Радченко В. , Уголовный процесс, Москва, 2003

12 Велиев С., Принципы назначения наказания. С-Петербург: Юридический центр прес. 2004

care vorbesc despre faptul că infracțiunea concretă se deosebește de alte infracțiuni tipice de acest gen.

Practica judiciară din ultimele decenii a susținut anume această ultimă opinie, și la aplicarea pedepsei mai blânde decât cea prevăzută de lege, ținând cont atât de circumstanțele atenuante prevăzute de lege, cât și de circumstanțele atenuante ce nu sunt stabilite în lista legală.

Studiind practica judiciară din RM, s-a constatat că instanțele judecătorești, aproape în toate cazurile, pun la baza aplicării art.79 CP al RM, așa circumstanțe cum ar fi de exemplu: vârsta tânără sau înaintată, lipsa antecedentelor penale, caracteristica pozitivă de la locul de muncă și/sau de trai, tragerea pentru prima dată la răspundere penală, recunoașterea vinovăției, căința sinceră de cele comise, recuperarea benevolă a prejudiciului material cauzat prin infracțiune, starea și condițiile de viață a familiei inculpatului, prezența copiilor minori sau a persoanelor incapabile la întreținere, pericolul social al faptei comise, categoria infracțiunii comise, participarea la Marele Război pentru Apărarea Patriei, la războiul din Afganistan, sau la conflictul armat din Transnistria pentru apărarea integrității teritoriale a RM, împăcarea cu partea vătămată sau lipsa pretențiilor din partea victimei și/ sau a părții vătămate¹³.

Totodată, la baza aplicării a așa instituții ale dreptului penal, cum sunt liberarea de răspundere penală și liberarea de pedeapsă penală, instanțele judecătorești iau în considerație, în principiu, aceleași circumstanțe menționate mai sus și care, în esență, pe cazurile concrete respective, au aceeași valoare.

Pornind de la aceste constatări, putem opina că nu există o circumstanță — regulă generală, de la care să existe o excepție — circumstanța excepțională, adică o circumstanță ce ar constitui o abatere de la regula generală sau de la norma generală.

Totodată, la art.75 CP al RM legea penală prevede limitele generale ale aplicării pedepsei penale. În special este prevăzut că „persoanei recunoscute vinovate de săvârșirea unei infracțiuni i se aplică o pedeapsă echitabilă în limitele fixate în Partea specială a prezentului cod și în strictă conformitate cu dispozițiile Părții generale a prezentului cod”¹⁴. În același timp, legislatorul ține seama de faptul că, de regulă, la comiterea infracțiunii participă o singură persoană, persoana comite o singură infracțiune, persoana comite o infracțiune consumată, categoria și cwantumul pedepsei-tip stabilite de legislator în Partea specială CP al RM corespunde pericolului social al infracțiunii-tip. Însă, cu toate acestea, la art.79-80 CP al RM, legislatorul a prevăzut și anumite situații, circumstanțe, condiții, în care pedeapsa penală urmează a fi aplicată într-un mod diferit, decât cel prevăzut de art.75 alin. (1) CP al RM. Deci, în opinia lansată în teoria dreptului penal, aceste metode de aplicare a pedepsei penale constituie niște excepții de la regula generală, menționată în art.75 alin.(1) CP al RM.

13 Păvăleanu V. Drept procesual penal. Partea generală. București. 2001

14 Codul Penal al Republicii Moldova nr.985 din 18.04.2002. In: Monitorul Oficial nr.72-74 din 14.04.2009

În art.79 CP al RM, legiuitorul prevede trei modalități de aplicare a pedepsei, și anume: aplicarea unei pedepse sub limita minimă, stabilită de legea penală pentru infracțiunea respectivă; aplicarea unei pedepse mai blânde, de altă categorie; posibilitatea instanței de neaplicare a pedepsei complementare obligatorii¹⁵.

Din acest motiv, în cazul aplicării pedepsei conform regulilor prevăzute la art.79 CP al RM, nu este corect să vorbim despre prezența anumitor circumstanțe excepționale. În acest sens, putem vorbi doar despre gradul diferit de influență a circumstanțelor atenuante. În cauze penale diferite, pot să fie prezente aceleași circumstanțe atenuante, însă gradul influenței lor în sensul reducerii pericolului social este diferit de la caz la caz. În cazul când anumite circumstanțe atenuante micșorează esențial gravitatea faptei și a consecințelor ei, sau denotă despre contribuirea activă a participantului unei infracțiuni săvârșite în grup la descoperirea acesteia, atunci este temei de aplicare al art.79 CP al RM. Însă în cazurile când circumstanțele atenuante prezente în cauza penală concretă nu micșorează esențial gravitatea faptei și a consecințelor ei, fie nu denotă despre contribuirea activă a participantului unei infracțiuni săvârșite în grup la descoperirea acesteia, atunci în asemenea caz circumstanțele atenuante au ca efect doar atenuarea pedepsei penale în limitele prevăzute de sancțiunea normei Părții speciale din Codul Penal, ce stabilește pedeapsa pentru infracțiunea respectivă.

În acest context, s-a propus să fie exclusă din art.79 alin.(l) CP al RM noțiunea de „circumstanțe excepționale ale cauzei“, și anume, adjectivul „excepțională“, fiindcă la aplicarea pedepsei se ia în considerație nu însăși circumstanța ca atare, ci trebuie să fie luat în considerație gradul diferit al influenței al unui sau altui factor în cazul infracțiunii concrete. În același timp, se susține că nu este excepțională însăși circumstanța, ce stă la baza aplicării pedepsei mai blânde decât cea prevăzută de lege, ci este excepțional anume modul de aplicare a pedepsei în comport cu regula generală de aplicare a pedepsei, stabilită la art.75 alin.(l) CP al RM¹⁶.

În opinia noastră, propunerea dată nu poate fi luată în considerație, or însăși legiuitorul stipulează natura circumstanțelor excepționale, care pot fi legate de: scopul și motivele faptei; rolul vinovatului în săvârșirea infracțiunii; comportarea lui în timpul și după consumarea infracțiunii; alte circumstanțe care micșorează esențial gravitatea faptei și a consecințelor ei; contribuirea activă a participantului unei infracțiuni săvârșite în grup la descoperirea acesteia.

În concluzie, suntem de acord cu autorii menționați în partea faptului inadmisibilității raportării oricărei circumstanțe atenuante la categoria de excepționale, or chiar nici nu toate circumstanțele menționate mai sus pot fi luate la aplicarea unei pedepse mai blânde decât cea prevăzută de lege. Caracterul de excepție se va impri-ma circumstanțelor atenuante de rând, dacă în acestea circumstanțe au condus la scăderea considerabilă a gradului prejudiciabil al faptei, au contribuit la descoperirea unor alte fapte infracționale sau în alt mod au contribuit la generarea convingerii

15 Ibidem

16 Păvăleanu V. Drept procesual penal. Partea generală. București. 2001

instanței că pentru reeducarea infractorului pedeapsa minimă specială din norma respectivă este prea aspră.

Nu este posibilă stabilirea unei liste exacte de circumstanțe, ce micșorează esențial gravitatea faptei și a consecințelor ei, precum și atestă despre contribuirea activă a participantului unei infracțiuni săvârșite în grup la descoperirea acesteia, deoarece orice circumstanță, fie ea atenuantă, prevăzută la art. 76 alin. (1), fie este recunoscută ca fiind atenuantă în temeiul art. 76 alin. (2) CP al RM, sau una care se referă la alte criterii de individualizare a pedepsei, nu poate avea un grad prestabilit de influență privind reducerea esențială a pericolului social, dat fiind faptul că această influență trebuie să fie apreciată de către instanța de judecată în parte în fiecare caz concret.

Rezumând cele elucidate mai sus, menționăm că în anumite conjuncturi situaționale, când reducerea pedepsei maxime pentru infracțiunea incriminată nu aduce nici un beneficiu pentru învinuit/inculpat, instanța poate recurge la aplicarea concomitentă a unei pedepse mai blânde sub una din formele menționate. Mai mult ca atât, dacă instanța constată pe lângă existența acordului de recunoaștere a vinovăției și alte circumstanțe excepționale care reduc semnificativ gradul prejudiciabil al faptei comise, aceasta poate aplica o pedeapsă mai blândă decât cea prevăzută de lege. În fine, orice asemenea abordare a instanței are la bază o apreciere exclusiv subiectivă, urmând a fi controlată prin mecanismul asigurării proporționalității gradului prejudiciabil al faptei cu gravitatea pedepsei stabilite.

La stabilirea pedepsei pentru minori în baza acordului de recunoaștere a vinovăției, instanța de judecată va ține cont de prevederile art.70 alin.(3) CP al RM și le va stabili termenul pedepsei din maximul sancțiunii, prevăzute de legea penală, reduce la jumătate, apoi va aplica prevederile art.80 CP al RM. Astfel, maximul pedepsei redus la jumătate se va reduce cu o treime. În acest caz limita maximă a pedepsei se poate reduce sub limita minimă a acesteia stabilită de sancțiunea normei respective, fiind inevitabilă aplicarea art.79 CP al RM.

La stabilirea pedepsei minorilor în baza acordului de recunoaștere a vinovăției pentru pregătirea de infracțiune, instanța de judecată, la fel, va aplica prevederile art.70 alin.(3) CP al RM și le va reduce pedeapsa la jumătate din maximul ei, apoi o va reduce cu 1/3 și rezultatul obținut îl va reduce la jumătate (art.81 alin.(2) CP al RM).

La stabilirea pedepsei minorilor în baza acordului de recunoaștere a vinovăției pentru tentativă de infracțiune, se vor aplica aceleași reguli și se va reține că pedeapsa nu poate depăși 3/4 din maximul celei mai aspre pedepse (art.81 alin.(3) CP al RM).

Interdicțiile din art. 34 CP al RM (recidiva) nu se aplică la săvârșirea infracțiunilor de către minori, și pedeapsa se va stabili conform regulilor generale.

În cazul infracțiunilor ușoare și/sau mai puțin grave, instanța judecătorească este în drept să aplice prevederile art.54 (liberarea de răspundere penală a minorilor), art.55 (liberarea de răspundere penală cu tragerea la răspundere contravențională), art.57 (liberarea de răspundere penală în legătură cu căința activă), art.58 (liberarea de răspundere penală în legătură cu schimbarea situației) CP al RM.

Dacă drept urmare a aplicării beneficiilor acordului de recunoaștere a vinovăției,

pedeapsa stabilită va fi sub limitele minime prevăzute la art.82 alin.(2) CP al RM, inculpatului i se va stabili pedeapsa ținându-se cont de prevederile legale mai favorabile lui.

Luând în considerație cantitatea impunătoare de acorduri încheiate anual, aplicarea pedepselor în temeiul art.80 CP al RM este foarte răspândită.

De exemplu: Prin sentința Judecătorei Florești din 02 decembrie 2011 în cadrul procedurii acordului de recunoaștere a vinovăției, T.N, a fost condamnat în baza art. 287 alin. (3), cu aplicarea art. 80 CP al RM în baza art. 152 alin. (2) lili. e). cu aplicarea art. 80 CP al RM, în baza art. 151 alin. (1) CP al RM, cu aplicarea art. 80 CP al RM în baza art. 186 alin. (2) lit. b). c). d) CP, cu aplicarea art. 80 CP al RM, conform art. 84 CP al RM, pentru concurs de infracțiuni, prin cumul parțial de pedepse, i-a fost stabilită pedeapsă definitivă de 5 ani închisoare, cu executarea în penitenciar de tip semiînchis, pentru multiple infracțiuni¹⁷.

Prin sentința Judecătorei Strășeni din 18 ianuarie 2012 adoptată în cadrul procedurii acordului de recunoaștere a vinovăției. Ț.A. a fost condamnat în baza art. 186 alin.(2) lit.b). c), d), art.80 CP al RM în baza art. 1921 alin.(2) lit. a), art.80 CP al RM în baza art. 84 alin.(1) și (4) CP al RM, pentru concurs de infracțiuni, prin cumulul parțial al pedepselor aplicate i-a fost adăugată parțial partea neexecutată a pedepsei fixate prin sentința Judecătorei Criulcni din 27 mai 2011, definitiv fiindu-i stabilită pedeapsa de 9 ani închisoare, cu executarea în penitenciar de tip semiînchis. pentru multiple fapte¹⁸.

Prin sentința Judecătorei Buiucani, mun. Chișinău din 11 iulie 2011, a fost condamnat în baza art. 27, 187 alin. (2) lit. e), f) CP al RM, prin aplicarea art. 79 CP al RM, la 4 ani închisoare, fără aplicarea amenzii. In baza art. 90 CP al RM, pedeapsa stabilită a fost suspendată condiționat pe un termen de probă de 3 ani. Prima instanță, acceptând acordul de recunoaștere a vinovăției a constatat că, I.S. la 16 iunie 2011 aproximativ la ora 22.40, fiind în stare de ebrietate și aflându-se pe bd. Ștefan cel Mare în preajma casei nr. 171/1 din m. Chișinău, cu scopul sustragerii bunurilor altei persoane, s-a apropiat de M.A., căreia i-a aplicat o lovitură cu palma peste față și i-a sustras deschis de la gât lanțul din aur în valoare de 3000 lei cu cruciuliță din aur în valoare de 1000 lei, valoarea acestora constituind 4000 lei, care pentru partea vătămată, M.A., reprezintă un prejudiciu în proporții considerabile, apoi a fugit de la locul comiterii infracțiunii, însă nu și-a realizat acțiunile sale criminale până la capăt pe motiv că în acel moment a fost reținut de CM al RM. Instanța și-a motivat decizia prin faptul că conform prevederilor art.80 CP al RM, în cazul în care persoana pusă sub învinuire încheie un acord de recunoaștere a vinovăției, iar instanța acceptă acest acord, pedeapsa pentru infracțiunea incriminată se reduce cu o treime din pedeapsa maximă prevăzută pentru această infracțiune. Chiar dacă instanța de fond și cea de apel nu au făcut direct trimitere la art. 80 CP al RM ci la prevederile art. 79 CP al RM, însă propriu-zise calculele de rigoare au fost că din pedeapsa maximă prevăzută

17 Codul de executare al Republicii Moldova nr. 443 din 24.12.2004//Monitorul Oficial Nr. 214-220 din 05.11.2010

18 <http://www.csi.md> (accesat 24.09.2021)

de lege pe art. 187 CP al RM — 6 ani închisoare au fost reduși 2 ani, un an și 6 luni și restul până la 2 ani închisoare, prevăzuți de lege (în limita pedepsei aplicate cu prevederile art. 80 CP al RM și a art. 81 alin. 3 CP al RM cât și art. 79 CP al RM)¹⁹.

Deci, recunoscându-și vinovăția și cooperând cu organul de urmărire penală inculpatul a contat la o pedeapsă mai redusă decât cea pe care ar fi obținut-o. În procesul de judecată a instanței de fond, procurorul l-a asigurat pe inculpat cu o pedeapsă redusă potrivit art. 80 CP al RM, solicitând numirea pedepsei în baza art. 287 alin. (3) CP al RM cu aplicarea prevederilor art. 90 CP al RM și suspendarea condiționată a pedepsei cu termen de probă 2 ani. Astfel, instanța de judecată a acceptat acordul încheiat și a adoptat hotărârea sus-numită. Însă, examinând recursul procurorului, instanța de apel a ignorat garanțiile legale ale inculpatului și i-a numit acestuia pedeapsă reală legată cu închisoarea încălcând tranzacția încheiată între procuror și inculpat conform acordului de recunoaștere a vinovăției, lezând astfel esențial drepturile ultimului la un proces echitabil²⁰.

În contextul celor menționate, evidențiem că de multe ori se admit erori în cadrul aplicării normei art.80 CP al RM, acestea necesitând o abordare atentă, imparțială și obiectivă pentru a fi remediate corespunzător prin intermediul instanțelor superioare.

Concluzii. Analizând cele cercetate în lucrarea dată, se poate de menționat cu certitudine că recunoașterea vinovăției este un subiect foarte complex și controversat atât în sistemul de drept național, cât și în alte sisteme de drept.

Soluționarea cauzelor penale prin prisma acordului de recunoaștere a vinovăției este un proces cu mult mai complex decât pare la prima vedere.

În cadrul cercetării efectuate, s-a stabilit că prin introducerea acestei instituții procesual penale, legiuitorul a urmărit rezolvarea următoarelor probleme esențiale: economia de resurse umane și materiale a organelor justiției la cercetarea, examinarea și soluționarea cauzelor penale ușoare și mai puțin grave; de a stimula învinuitul/ inculpatul să colaboreze cu organele de urmărire și cu ajutorul lui să demascheze alți participanți la infracțiune, descoperirea infracțiunii cu cheltuieli minime, stabilirea tuturor circumstanțelor cauzei penale, de a micșora perioada de timp de la momentul comiterii infracțiunii până la luarea unei decizii definitive pe cauza data, raționalizarea procesului penal, de a face procesul cât mai rapid și eficient.

Avantajele oferite de acord stabilește ca acesta să fie un mijloc potrivit a dispunerea cauzelor penale la judecată.

În condițiile unei reglementări judiciare și stabilirii unor garanții, această instituție constituie o alternativă reală a procesului judiciar tradițional și consistentă cu cerințele unei societăți democratice care aduce beneficii atât inculpatului, cât și procesului judiciar.

În lucrarea de față s-a încercat să se dea răspuns la unele din problemele care ar putea apărea la aplicarea instituției acordului de recunoaștere a vinovăției, cât și la aplicarea pedepsei în cazul încheierii acordului de recunoaștere a vinovăției.

¹⁹ Ibidem

²⁰ Ibidem

DREPT PRIVAT

PRIVATE LAW

INSTITUȚIA CONSUMATORULUI DE RESURSE ENERGETICE ÎN LEGISLAȚIA ȘI PRACTICA JUDICIARĂ A REPUBLICII MOLDOVA ȘI A UNIUNII EUROPENE

Evlampie DONOS, doctor în drept, conferențiar universitar, ASEM (ORCID: 0000-0003-0925-4413)

Silvia STICI, doctorandă, Școala de Științe Juridice USM (ORCID: 0000-0002-7178-1276)

THE INSTITUTION OF THE CONSUMER OF ENERGY RESOURCES IN THE LEGISLATION AND JUDICIAL PRACTICE OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA AND THE EUROPEAN UNION

The scientific work addresses the issue of the institution of the consumer of energy resources in the legislation and judicial practice of the Republic of Moldova and the European Union. The presentation of the matter was made both in terms of the legislation of the Republic of Moldova and the norms of the European Union. Particular attention was paid to the legal relations governing the status of the consumer of energy resources, including the submission of legislative proposals to improve this status.

Keywords: *abusive clauses, consumer, electricity, thermal energy, clear and intelligible information, natural gas.*

În lucrare este abordată tematica instituției consumatorului de resurse energetice în legislația și practica judiciară a Republicii Moldova și a Uniunii Europene. Expunerea materiei s-a efectuat atât prin prisma legislației Republicii Moldova cât și normelor Uniunii Europene. O atenție deosebită s-a acordat raporturilor juridice ce reglementează statutul consumatorului de resurse energetice, inclusiv înaintării unor propuneri de lege ferenda în vederea îmbunătățirii acestui statut.

Cuvinte-cheie: *clauze abuzive, consumator, energie electrică, energie termică, informații clare și inteligibile, gaze naturale.*

Abordarea instituției consumatorului în domeniul energetic în Republica Moldova, trebuie făcută prin prisma a mai mulți factori, inclusiv noțiunea de consumator, istoricul, drepturile și obligațiile consumatorilor etc.

Noțiunea de consumator de resurse energetice. Pentru prima dată, după proclamarea independenței Republicii Moldova noțiunea de consumator se regăsea în Legea nr. 1453/din 25.05.1993 privind protecția consumatorilor potrivit căreia prin noțiunea de consumator se avea în vedere persoană fizică care dobânda, utiliza ori consuma, ca destinatar final, produse obținute de la agenți economici sau care beneficia de servicii prestate de aceștia¹. Ulterior, prin art.1 din Legea nr. 105/din

1 Art.1 din Legea nr. 1453 din 25.05.1993 privind protecția consumatorilor, publicată în Monitorul Oficial Nr. 10 art. 281

13.03.2003 privind protecția consumatorilor noțiunea de consumator a fost extinsă și în cazul persoanelor fizice ce intenționează să comande sau să procure produse, servicii pentru necesități nelegate de activitatea de întreprinzător sau profesională². Această definiție nu se înscrie cu prevederile art. 3 din Codul civil prin care se prezumă existența unui raport juridic civil. Până la încheierea raportului juridic civil persoana care intenționează să comande sau să procure produse, servicii pentru necesități nelegate de activitatea de întreprinzător sau profesională nu poate avea calitatea de consumator, ci mai degrabă de un potențial consumator.

În același context, noțiunea de consumator dată de Codul civil are un caracter deficitar în raport cu noțiunea de consumator prevăzută de Directivele europene în materie de protecția consumatorilor. După cum prevede Codul civil, are calitatea de consumator orice persoană fizică care, în cadrul unui raport juridic civil, acționează predominant în scopuri ce nu țin de activitatea de întreprinzător sau profesională. Persoana fizică nu are calitatea de consumator dacă cealaltă parte a raportului juridic civil nu are calitatea de profesionist. Cât privește calitatea de profesionist, această calitate o are orice persoană fizică sau juridică de drept public sau de drept privat care, în cadrul unui raport juridic civil, acționează în scopuri ce țin de activitatea de întreprinzător sau profesională, chiar dacă persoana nu are scopul de a obține un profit din această activitate³. În acest sens, Directivele europene nu stabilesc posibilitatea de a acționa predominant în scopuri ce nu țin de activitatea de întreprinzător sau profesionale. Redacția în cauză este interpretabilă, presupunând că consumatorul poate acționa chiar și în scopuri cu caracter comercial. O astfel de abordare este una incorectă și nu se înscrie cu conținutul Directivelor. Pentru argumentare voi invoca doar unele prevederi din aceste Directive.

Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 prevede expres că prin noțiunea de „consumator” se are în vedere orice persoană fizică ce acționează, în legătură cu practicile comerciale reglementate de directiva menționată, în scopuri care nu se încadrează în activitatea sa comercială, industrială, artizanală sau liberală, iar „comerciant” înseamnă orice persoană fizică sau juridică ce acționează, în legătură cu practicile comerciale reglementate de directivă, în scopuri care se încadrează în activitatea sa comercială, industrială, artizanală sau liberală și orice persoană care acționează în numele sau în beneficiul unui comerciant⁴. Din

2 Art.1 din Legea nr. 105/13.03.2003 privind protecția consumatorilor, publicată în Monitorul Oficial Nr. 126-131 art. 507

3 Codul Civil al Republicii Moldova, publicat în Monitorul Oficial Nr. 82-86 art. 661

4 Având în vedere legătura indisolubilă dintr noțiunea de „consumator”, și „comerciant”, precum și conținutul acestor noțiuni prevăzute la art. 3 din Codul civil în textul redat sunt expuse ambele noțiuni. A se vedea și art. 2 din Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori și de modificare a Directivei 84/450/CEE a Consiliului, a Directivelor 97/7/CE, 98/27/CE și 2002/65/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului și a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 al Parlamentului European și al Consiliului („Directiva privind practicile comerciale neloiale”), publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, L 149/22;

conținutul acestei norme este indiscutabil că scopul activităților desfășurate de consumator în toate situațiile nu trebuie să conțină elemente specifice unei activități comerciale, industrială, artizanale sau liberale. La fel și în cazul comercianților, în toate situațiile scopul desfășurării unor activități este cel de a obține profit și nu este admis contrariul — „chiar dacă persoana nu are scopul de a obține un profit din această activitate“, așa cum este stipulate în Codul civil.

Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii la art.2 prevede că „consumator“ înseamnă orice persoană fizică ce, în cadrul contractelor reglementate de directivă, acționează în scopuri care se află în afara activității sale profesionale, iar „vânzător sau furnizor“ înseamnă orice persoană fizică sau juridică care, în cadrul contractelor reglementate de directive în cauză, acționează în scopuri legate de activitatea sa profesională, publică sau privată. Spre deosebire de conținutul de „consumator“ dat de Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 unde scopul activităților nu se încadrează în activitatea sa comercială, industrială, artizanală sau liberă, Directiva 93/13/CEE nu mai enumeră tipurile de activități, utilizând o formulare mai concisă — „în scopuri care se află în afara activității sale profesionale“. Această nouă abordare reiese din obiectivele trasate de Directiva 93/13/CEE, și în special:

- oportunitatea adoptării unor măsuri în vederea instituirii treptate a pieței interne, întrucât piața internă cuprinde un teritoriu fără frontiere interne în care mărfurile, persoanele, serviciile și capitalul circulă liber;
- diferențele pe care le prezintă legislația statelor membre privind clauzele contractelor încheiate între vânzătorul de bunuri sau furnizorul de servicii, pe de o parte, și consumatorul acestora, pe de altă parte, având ca efect posibilitatea apariției unor denaturări a concurenței dintre vânzători și furnizori, mai ales atunci când aceștia vând bunuri sau furnizează servicii în alte state membre;
- responsabilitatea statelor membre de a se asigura că contractele încheiate cu consumatorii nu conțin clauze abuzive;
- facilitarea instituirii pieței interne în scopul protejării cetățeanului, în rolul său de consumator, la achiziționarea de bunuri și servicii în temeiul unor contracte care sunt reglementate de legislația unui alt stat membru decât statul său membru, este esențial să se elimine clauzele abuzive în aceste contracte;
- necesitatea protejării persoanelor care achiziționează bunuri și servicii împotriva abuzului de putere de către vânzător sau furnizor, mai ales împotriva contractelor de adeziune și împotriva excluderii abuzive a unor drepturi esențiale din contracte⁵.

Este indiscutabil că aceste obiective prevăzute de Directiva 93/13/CEE trebuie luate în considerare în procesul de armonizare a legislației Republicii Moldova în materie de protejare a consumatorilor de resurse energetice.

5 Directiva 93/13/CEE a Consiliului din 5 aprilie 1993 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, L 095/29

Directiva 2011/83/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2011 privind drepturile consumatorilor la art.2 prevede că „consumator“ este orice persoană fizică ce, în cadrul contractelor reglementate de directivă, acționează în scopuri care se află în afara activității sale comerciale, industriale, artizanale sau profesionale, iar „comerciant“ înseamnă orice persoană fizică sau juridică, indiferent dacă este publică sau privată, care acționează,

inclusiv prin intermediul unei alte persoane care acționează în numele sau în contul ei, în scopuri ce țin de activitatea sa comercială, de afaceri, meșteșugărească sau profesională în legătură cu contractele care intră sub incidența directivei menționate⁶.

Obiectivele Directivei menționate sunt centrate pe astfel de obiective cum ar fi:

- piața internă este concepută să cuprindă un spațiu fără frontiere interne, în care sunt garantate libera circulație a mărfurilor și serviciilor, precum și libertatea de stabilire. Armonizarea anumitor aspecte în materie de contracte cu consumatorii negociați la distanță și în afara spațiilor comerciale este necesară pentru promovarea unei piețe interne reale a consumatorilor care să mențină echilibrul corect între un nivel ridicat de protecție a consumatorilor și competitivitatea întreprinderilor, asigurând în același timp respectarea principiului subsidiarității⁷;
- anumite disparități creează bariere interne semnificative în cadrul pieței interne, care afectează comercianții și consumatorii. Disparitățile respective cresc costurile de conformare suportate de comercianții care doresc să se angajeze în activități de vânzare transfrontalieră de bunuri sau de prestare de servicii. Fragmentarea disproporționată subminează de asemenea încrederea consumatorului în piața internă⁸;
- contractele legate de încălzirea centralizată ar trebui să facă obiectul directive menționate, în mod similar contractelor de furnizare a apei, gazului și electricității. Încălzirea centralizată înseamnă furnizarea energiei termice, printre altele sub formă de aburi sau apă fierbinte, de la o sursă centrală de

6 Art. 2 din Directiva 2011/83/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2011 privind drepturile consumatorilor, de modificare a Directivei 93/13/CEE a Consiliului și a Directivei 1999/44/CE a Parlamentului European și a Consiliului și de abrogare a Directivei 85/577/CEE a Consiliului și a Directivei 97/7/CE a Parlamentului European și a Consiliului, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, L 304/64 din 22.11.2011

7 Considerentul 4 din Directiva 2011/83/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2011 privind drepturile consumatorilor, de modificare a Directivei 93/13/CEE a Consiliului și a Directivei 1999/44/CE a Parlamentului European și a Consiliului și de abrogare a Directivei 85/577/CEE a Consiliului și a Directivei 97/7/CE a Parlamentului European și a Consiliului, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, L 304/64 din 22.11.2011

8 Considerentul 6 din Directiva 2011/83/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2011 privind drepturile consumatorilor, de modificare a Directivei 93/13/CEE a Consiliului și a Directivei 1999/44/CE a Parlamentului European și a Consiliului și de abrogare a Directivei 85/577/CEE a Consiliului și a Directivei 97/7/CE a Parlamentului European și a Consiliului, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, L 304/64 din 22.11.2011

producție, printr-un sistem de transport și distribuție la mai multe clădiri, în scopul încălzirii⁹;

- comerciantul ar trebui să transmită consumatorului informații clare și inteligibile înainte ca acesta din urmă să își asume obligații în temeiul unui contract la distanță sau al unui negociat în afara spațiilor comerciale sau al oricărui contract, altul decât un contract la distanță sau unul negociat în afara spațiilor comerciale, sau al oricărei oferte similare. Atunci când furnizează informațiile respective, comerciantul ar trebui să țină seama de nevoile specifice ale consumatorilor care prezintă o vulnerabilitate deosebită ca urmare a infirmității psihice, fizice sau psihologice a acestora, a vârstei sau a credulităților lor, într-un mod pe care comerciantul l-ar putea prevedea în mod rezonabil. Cu toate acestea, faptul că se ține seama de astfel de nevoi specifice nu ar trebui să ducă la niveluri diferite de protecție a consumatorului¹⁰;
- persoanele sau organizațiile despre care se consideră, în baza legislației interne, că ar avea un interes legitim cu privire la protecția drepturilor contractuale ale consumatorilor ar trebui să aibă dreptul de a iniția proceduri, fie în fața unei instanțe judecătorești, fie a unei autorități administrative care are competența de a decide în cazul reclamațiilor sau de a iniția procedurile judiciare corespunzătoare¹¹.

După cum vedem Directiva 2011/83/UE are ca obiect și contractele legate de încălzirea centralizată, contractele de furnizare a apei, gazului și electricității. În acest context trebuie să menționăm că prevederile directivelor sectoriale (Directiva 2009/72/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind normele comune pentru piața internă a energiei electrice, Directiva 2009/73/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind normele comune pentru piața internă în sectorul gazelor naturale, Directiva din 25 octombrie 2012 privind eficiența energetică, Directiva din 3 noiembrie 1998 privind calitatea apei destinate consumului uman) sunt corelate cu prevederile Directivei 2011/83/UE.

9 Considerentul 25 din Directiva 2011/83/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2011 privind drepturile consumatorilor, de modificare a Directivei 93/13/CEE a Consiliului și a Directivei 1999/44/CE a Parlamentului European și a Consiliului și de abrogare a Directivei 85/577/CEE a Consiliului și a Directivei 97/7/CE a Parlamentului European și a Consiliului, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, L 304/64 din 22.11.2011

10 Considerentul 34 din Directiva 2011/83/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2011 privind drepturile consumatorilor, de modificare a Directivei 93/13/CEE a Consiliului și a Directivei 1999/44/CE a Parlamentului European și a Consiliului și de abrogare a Directivei 85/577/CEE a Consiliului și a Directivei 97/7/CE a Parlamentului European și a Consiliului, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, L 304/64 din 22.11.2011

11 Considerentul 56 din Directiva 2011/83/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2011 privind drepturile consumatorilor, de modificare a Directivei 93/13/CEE a Consiliului și a Directivei 1999/44/CE a Parlamentului European și a Consiliului și de abrogare a Directivei 85/577/CEE a Consiliului și a Directivei 97/7/CE a Parlamentului European și a Consiliului, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, L 304/64 din 22.11.2011

Cât privește Legile sectoriale naționale ce stau la baza reglementării contractelor legate de încălzirea centralizată, contractele de furnizare a apei, gazului și electricității, inclusiv statutul consumatorilor, și în speță cel al noțiunii de consumator, sub unele aspecte ele au un caracter deficitar și nu întotdeauna sunt corelate cu directivele sectoriale.

Astfel, de exemplu, Legea cu privire la energia electrică nr. 107 din 27.05.2016 (Monitorul Oficial nr.193-203/413 din 08.07.2016) a fost armonizată cu Directiva 2009/72/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind normele comune pentru piața internă a energiei electrice și de abrogare a Directivei 2003/54/CE¹². A se menționa că Directiva în cauză la art.2 utilizează astfel de noțiuni, cum ar fi: „client“ în loc de „consumator“, noțiune prevăzută de Legea nr.107/2016, „client eligibil“ în loc de „consumator eligibil“, „client final“ în loc de „consumator final“, „client necasnic“ în loc de „consumator“ noncasnic etc. Cu roate acestea, legiuitorul din Republica Moldova atât în raport cu persoanele fizice cât și juridice care cumpără energie electrică a utilizat noțiunea de „consumator“, și nu „client“ cum este prevăzut la art.2 din Directiva 2009/72/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind normele comune pentru piața internă a energiei electrice și de abrogare a Directivei 2003/54/ CE. Același concept a fost aplicat de legiuitor și la adoptarea Legii cu privire la gazele naturale nr. 108 din 27.05.2016 (Monitorul Oficial nr.193-203/415 din 08.07.2016), lege care a fost armonizată cu Directiva 2009/73/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind normele comune pentru piața internă în sectorul gazelor naturale și de abrogare a Directivei 2003/55/CE¹³.

Considerăm că aplicarea acestui concept de legiuitorul moldovean nu este unul îndreptățit. În acest sens, pentru a argumenta poziția data voi invoca următoarele argumente.

În primul rând, la adoptarea atât a Legii cu privire la energia electrică nr. 107 din 27.05.2016 cât și Legii cu privire la gazele naturale nr. 108 din 27.05.2016 urma să luăm în considerare normele generale în materie de protecție a consumatorului prevăzute de legislația națională aplicabilă în domeniu. Astfel, în corespundere cu art.1 din Legea privind protecția consumatorilor nr. 105-XV din 13.03.2003 prin noțiunea de „consumator“ se are în vedere orice persoană fizică ce intenționează să comande sau să procure ori care comandă, procură sau folosește produse, servicii pentru necesități nelegate de activitatea de întreprinzător sau profesională. Deci, „consumator“ este orice persoană fizică ce intenționează să comande sau să procure ori care comandă, procură sau folosește produse, servicii pentru necesități nelegate de activitatea de întreprinzător sau profesională. Din noțiunea data se desprind mai multe elemente, inclusiv:

-
- 12 Directiva 2009/72/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind normele comune pentru piața internă a energiei electrice și de abrogare a Directivei 2003/54/CE, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L211/55 din 14 august 2009
 - 13 Directiva 2009/73/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind normele comune pentru piața internă în sectorul gazelor naturale și de abrogare a Directivei 2003/55/CE, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L211/94 din 14 august 2009

- consumatorul în calitatea sa de persoană fizică, este persoana, privită individual, ca titular de drepturi și de obligații;
- dreptul persoanei fizice de a comanda, se referă la cererea din partea unui consumator privind un serviciu sau produs care urmează a fi confecționat sau distribuit de un agent economic;
- dreptul persoanei fizice „de a procura“, este un drept care înglobează în sine dreptul de a procura anumite bunuri (ex: contractul de vânzare — cumpărare), cât și servicii (exemplu, contractul de furnizare a energiei electrice și gaze naturale).
- dreptul persoanei fizice „de a folosi“, este un drept care se referă atât la utilizarea bunurilor, cât și utilizarea serviciilor.

Precizăm că nu numai pentru Legea privind protecția consumatorilor nr. 105-XV din 13.03.2003 este caracteristic acest concept, ci și pentru alte Legi generale adoptate de Parlamentul Republicii Moldova. În acest sens, conform art.3 din Legea privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii nr. 256 din 09.12.2011 (Monitorul Oficial nr.38-41/115 din 24.02.2012 — abrogată), prin noțiunea de „consumator“ la fel se avea în vedere, orice persoană fizică ce intenționează să comande sau să procure ori care comandă, procură sau folosește produse, servicii pentru necesități nelegate de activitatea sa de întreprinzător sau de activitatea sa profesională. Scopul acestei legi era de a crea un cadru legal corespunzător în vederea asigurării protecției intereselor economice ale consumatorilor prin interzicerea și prevenirea utilizării de clauze abuzive în contractele încheiate între comercianți și consumatori. Prin clauză abuzivă se are în vedere clauză contractuală care, nefiind negociată în mod individual cu consumatorul, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului, contrar cerințelor de bună-credință, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților care decurg din contract.

Prezintă interes și legislația României, care este armonizată cu Directiva 2009/72/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind normele comune pentru piața internă a energiei electrice și de abrogare a Directivei 2003/54/CE și respectiv Directiva 2009/73/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind normele comune pentru piața internă în sectorul gazelor naturale și de abrogare a Directivei 2003/55/CE. În speță se are în vedere Legea Nr. 123/2012 energiei electrice și a gazelor naturale (M.Of. nr. 485 din 16.7.2012) care la art. 3 stipulează că prin noțiunea de „client“ se are în vedere clientul angro sau final de energie electrică. Același articol cuprinde și alte noțiuni, inclusiv:

- client angro — persoana fizică sau juridică ce cumpără energie electrică în vederea revânzării în interiorul sau în exteriorul sistemului în cadrul căruia este stabilită;
- client eligibil — clientul care este liber să își aleagă furnizorul de energie electrică de la care cumpără energie electrică, în sensul art. 33 din Directiva 2009/72/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind normele comune pentru piața internă a energiei electrice și de abrogare a Directivei 2003/54/CE;

- client final — orice persoană fizică sau juridică ce cumpără energie electrică pentru consum propriu; în cuprinsul legii noțiunile de „client final” și „consumator” sunt echivalente;
- client noncasnic — orice persoană fizică sau juridică ce cumpără energie electrică ce nu este pentru propriul consum casnic; această categorie include și producători de energie electrică, operatori de rețea și clienți angro;
- client casnic — clientul care cumpără energie electrică pentru propriul consum casnic, excluzând consumul pentru activități comerciale sau profesionale;
- client vulnerabil — clientul final aparținând unei categorii de clienți casnici care, din motive de vârstă, sănătate sau venituri reduse, se află în risc de marginalizare socială și care, pentru prevenirea acestui risc, beneficiază de măsuri de protecție socială, inclusiv de natură financiară. Măsurile de protecție socială, precum și criteriile de eligibilitate pentru acestea se stabilesc prin acte normative.

După cum vedem, legiuitorul român a precizat că doar în cazul noțiunii de „client final”, noțiunea dată este echivalentă cu noțiunea de consumator.

A se menționa că Legea cu privire la energia electrică nr. 107 din 27.05.2016 și Legea cu privire la gazele naturale nr. 108 din 27.05.2016 reglementează doar raporturile ce țin de drepturile, obligațiile și răspunderea consumatorului final, nu și a celorlalte categorii de consumatori. În speță, la art.65 din Legea cu privire la energia electrică nr. 107 din 27.05.2016 sunt prevăzute drepturile consumatorilor finali, inclusiv:

- să respecte condițiile contractuale, să instaleze doar receptoare electrice, utilaje și echipamente care corespund documentelor normativ-tehnice și să utilizeze energia electrică doar prin receptoare electrice omologate, în mod rațional, inofensiv, eficient și fără fraude;
- să achite integral plata datorată pentru energia electrică furnizată și penalitățile calculate, conform condițiilor contractuale și în termenele stabilite în factura de plată;
- să păstreze intacte echipamentul de măsurare și sigiliile aplicate, să nu întreprindă acțiuni menite să sustragă energie electrică prin ocolirea echipamentului de măsurare sau prin denaturarea indicațiilor acestuia și să sesizeze imediat furnizorul în cazul în care depistează defecțiuni în funcționarea echipamentului de măsurare sau violarea sigiliilor operatorului de sistem;
- dacă nu mai dorește să achiziționeze energie electrică de la furnizorul respectiv, să rezilieze contractul de furnizare a energiei electrice și să achite integral furnizorului plata pentru energia electrică consumată și, după caz, penalitățile aferente, în conformitate cu contractul de furnizare a energiei electrice;
- să asigure, în conformitate cu condițiile stipulate în Regulamentul privind măsurarea energiei electrice în scopuri comerciale, acces personalului operatorului de sistem pentru controlul și pentru citirea indicațiilor echipamentului de măsurare, precum și pentru controlul, deservirea și reparația instalațiilor electrice care aparțin operatorului de sistem și sunt amplasate pe proprietatea consumatorului final;

- să nu intervină și să nu permită altor persoane să intervină în utilajul rețelelor electrice ale operatorului de sistem amplasate pe proprietatea consumatorului final;
- să nu utilizeze receptoarele electrice în situația în care acestea provoacă deranjamente în funcționarea utilajului operatorului de sistem sau influențează negativ parametrii de calitate a energiei electrice furnizate altor consumatori finali;
- să respecte cerințele privind securitatea la exploatarea instalațiilor electrice.

În Directiva 2012/27/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2012 privind eficiența energetică găsim o altă abordare a noțiunii de „consumator final“ în care se specifică că prin această noțiune se are în vedere atât o persoană fizică cât și o persoană juridică care achiziționează energie pentru propriul său consum final¹⁴. În opinia noastră, în cazul dat, nu ne aflăm în prezența unui nou concept de abordare a noțiunii de consumator, așa cum este prevăzut în Directiva 2011/83, prin care este stipulat că consumator este doar o persoană fizică. Voi argumenta poziția data prin următoarele:

În primul rând, Directiva 2012/27/UE în cazul persoanelor juridice face referire la destinația consumului de energie — „pentru propriul său consum final“ și nu în alte scopuri;

În al doilea rând, pentru a valorifica potențialul de economisire a energiei în anumite segmente ale pieței unde auditurile energetice nu sunt în general oferite cu titlu comercial (cum ar fi întreprinderile mici și mijlocii (IMM), statele membre ar trebui să elaboreze programe care să încurajeze IMM-urile să se supună unor audituri energetice. Auditurile energetice ar trebui să aibă un caracter obligatoriu și periodic pentru întreprinderile mari, întrucât economiile de energie pot fi semnificative. Auditurile energetice ar trebui să țină seama de standardele europene sau internaționale relevante, precum EN ISO 50001 (sisteme de gestionare a energiei) sau EN 16247-1 (audituri energetice) sau EN ISO 14000 (sisteme de gestionare a mediului) în cazul în care includ un audit energetic, fiind astfel în conformitate cu dispozițiile anexei VI la prezenta directivă deoarece aceste dispoziții nu depășesc cerințele prevăzute în standardele relevante respective. În prezent se află în curs de elaborare un standard european specific privind auditurile energetice¹⁵.

În al treilea rând, noțiunea de „consumator final“ care poate fi „atât o persoană fizică cât și o persoană juridică care achiziționează energie pentru propriul său consum final“ prevăzută de Directiva 2012/27/UE, trebuie abordată prin prisma Directi-

14 Art.2, pct. 23 din Directiva 2012/27/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2012 privind eficiența energetică, de modificare a Directivelor 2009/125/CE și 2010/30/UE și de abrogare a Directivelor 2004/8/CE și 2006/32/CE publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, L 315/1 din 14.11.2012

15 Considerentul 24 din Directiva 2012/27/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2012 privind eficiența energetică, de modificare a Directivelor 2009/125/CE și 2010/30/UE și de abrogare a Directivelor 2004/8/CE și 2006/32/CE publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, L 315/1 din 14.11.2012

vei 2009/72/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind normele comune pentru piața internă a energiei electrice și de abrogare a Directivei 2003/54/CE prin care au fost statuate drepturi de a beneficia de un nivel înalt de protecție atât pentru clienții casnici, precum și pentru întreprinderile mici, atunci când statele membre consideră oportun acest lucru¹⁶. Situația data este condiționată de posibilitatea de a beneficia de garanții specifice serviciului public, în special în ceea ce privește siguranța alimentării și tarifele rezonabile, din motive de echitate, competitivitate și, indirect, pentru crearea de locuri de muncă. Clienții în cauză ar trebui să beneficieze, de asemenea, de posibilitatea de a alege, de echitate, de reprezentare și de mecanisme de soluționare a litigiilor. În același context și Legea nr.107/2016 prevede că consumatorii casnici și societățile comerciale mici au dreptul de a fi aprovizionați cu energie electrică de către furnizorul serviciului universal la parametri de calitate stabiliți, la prețuri reglementate, transparente, nediscriminatorii și ușor de comparat¹⁷.

Colegiul civil, comercial și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție obligațiile de serviciu public urmează a fi îndeplinite în mod transparent, nediscriminatoriu și ușor de verificat și trebuie să garanteze accesul egal și pe bază de reciprocitate al întreprinderilor electroenergetice din țările părți ale Comunității Energetice la consumatorii finali din Republica Moldova. Orice forme de retribuire financiară sau de alt gen, precum și drepturile exclusive care pot fi acordate pentru îndeplinirea obligațiilor de serviciu public se impun și se realizează în mod transparent și nediscriminatoriu¹⁸.

Obligația asigurării continuității în livrării energiei termice către consumatori, pe criterii de transparență și nediscriminare aprobate de autoritatea de reglementare în scopul garantării transportului și distribuției energiei electrice produse în regim de cogenerare de înaltă eficiență în baza contractelor încheiate între participanții la piața energiei electrice este prevăzută și prin normele Legii nr. 92/ 29.05.2014 cu privire la energia termică și promovarea cogenerării¹⁹. Prin Legea menționată în afara de noțiunea de „consumator“ care este persoana fizică sau juridică care utilizează energie termică pe bază de contract, prin racordarea instalației sale de utilizare a energiei termice la rețeaua termică a distribuitorului, a fost introdusă noțiunea de „subconsumator“ calitate ce o are persoană fizică sau juridică ale cărei instalații termice sînt racordate la instalațiile

16 Considerentul 42 din Directiva 2009/72/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iulie 2009 privind normele comune pentru piața internă a energiei electrice și de abrogare a Directivei 2003/54/CE, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L211/55 din 14 august 2009

17 Art. 72 din Legea nr. 107 din 27.05.2016 cu privire la energia electrică, publicată în Monitorul Oficial Nr. 193-203, art. 413

18 Decizia din 2 octombrie 2019 a Colegiul civil, comercial și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție, Cauza Asociația obștească „Juriștii pentru Drepturile Omului,, împotriva Întreprinderii de Stat „Moldelectrica”

19 Art. 15 din Legea nr. 92 din 29.05.2014 cu privire la energia termică și promovarea cogenerării, publicată în Monitorul Oficial Nr. 178-184 art. 415

de utilizare a energiei termice ale unui alt consumator cu care are încheiat un contract. Această noțiune este discutabilă întrucât Directiva 2012/27/UE prevede doar noțiunea „consumator final” (înseamnă o persoană fizică sau juridică care achiziționează energie pentru propriul său consum final), dar nu și pe cea de „subconsumator”²⁰.

În domeniul apei potabile, Directiva (UE) 2020/2184 a Parlamentului European și a Consiliului din 16 decembrie 2020 privind calitatea apei destinate consumului uman nu este centrată pe statutul calității de consumator ci pe destinația apei pentru consumul uman care înseamnă:

- orice tip de apă, fie în starea sa inițială, fie după tratare, destinată băutului, gătitului, preparării de alimente sau oricărui alt scop casnic atât în spații publice, cât și în spații private, indiferent de originea acestuia și indiferent dacă este furnizată dintr-o rețea de distribuție, sau dintr-o cisternă ori este îmbuteliată în sticle sau recipiente, inclusiv ape de izvor;
- orice tip de apă folosită în orice întreprindere cu profil alimentar pentru producerea, prelucrarea, conservarea sau comercializarea produselor sau a substanțelor destinate consumului uman²¹. Directiva face referire doar la noțiunea de „sistem de distribuție casnică” care înseamnă conductele, fittingurile și dispozitivele instalate între robinetele care sunt folosite în mod normal pentru apa destinată consumului uman atât în spații publice, cât și în spații private și rețeaua de distribuție, dar numai dacă acestea nu constituie responsabilitatea furnizorului de apă, în calitatea acestuia de furnizor de apă, în temeiul dreptului intern aplicabil²².

În acest context prevederile din Legea nr. 303 din 13.12.2013 privind serviciul public de alimentare cu apă și de canalizare potrivit cărora consumatorul este persoana fizică sau juridică care beneficiază, direct ori indirect, individual sau colectiv, de serviciile de alimentare cu apă și de canalizare, iar calitatea de consumator casnic — persoana fizică care utilizează serviciul public de alimentare cu apă și de canalizare furnizat/prestat de operator, în bază de contract, pentru necesități casnice nelegate de activitatea de întreprinzător sau de cea profesională sunt deficitare.

În primul rând, potrivit Directivei 2011/83/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2011 privind drepturile consumatorilor, calitatea de consumator o are orice persoană fizică ce, în cadrul contractelor reglementate de directivă, acționează în scopuri care se află în afara activității sale comerciale, in-

20 Art. 2 din Directiva 2012/27/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2012 privind eficiența energetică, de modificare a Directivelor 2009/125/CE și 2010/30/UE și de abrogare a Directivelor 2004/8/CE și 2006/32/CE publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, L 315/1 din 14.11.2012

21 Art. 2 din Directiva (UE) 2020/2184 a Parlamentului European și a Consiliului din 16 decembrie 2020 privind calitatea apei destinate consumului uman, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, L 435/1 din 23.12.2020

22 Art. 4 din Legea nr. 303 din 13.12.2013 privind serviciul public de alimentare cu apă și de canalizare, publicată în Monitorul Oficial Nr. 60-65 art. 1237

dustriale, artizanale sau profesionale²³; În al doilea rând, contractele încheiate dintre consumatorii din domeniul apei potabile și prestatorii de servicii după natura lor juridică nu întrunesc elementele unui contract de prestări servicii. În sensul Directivei 2011/83/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2011 privind drepturile consumatorilor, „contractul de prestări de servicii” este orice contract, altul decât un contract de vânzare, în temeiul căruia comerciantul furnizează sau se angajează să furnizeze un serviciu consumatorului, iar acesta plătește sau se angajează să plătească prețul acestuia. Deci, în cazul dat e vorba de prețul unui serviciu. Directiva face referire la noțiunea de „bunuri” ceea ce înseamnă orice obiect corporal mobil, cu excepția obiectelor vândute prin executare silită sau altfel, prin autoritatea legii; apa, gazul și energia electrică sunt considerate „bunuri” în sensul directivei atunci când acestea sunt puse în vânzare în volum limitat sau în cantitate fixă²⁵. Consumatorul prin contractele de furnizare a apei potabile se obligă să achite prestatorului de servicii volumele de apă achiziționate și nicidecum serviciul prestat.

Prin prisma practicii europene din domeniul jurisprudenței noțiunea de „consumator” este interpretată în spiritul normelor Directivelor europene și legislațiilor naționale.

Cu referire la noțiunea de consumator în procesul de examinare a unei cereri de decizie preliminară formulate de Oberster Gerichtshof (Curtea Supremă, Austria), în cauza C 498/16 Maximilian Schrems împotriva Facebook Ireland Limited s-a făcut referire la interpretarea obiectul contractului: profesional sau personal. Demersul de interpretare a articolului 15 alineatul (1) din Regulamentul nr. 44/2001 pare să decurgă dintr-o orientare jurisprudențială constantă a Curții. În trecut, Curtea a respins o abordare a calității de consumator care este legată de o percepție generală asupra activităților sau a cunoștințelor unei anumite persoane. Determinarea calității de consumator trebuie să fie făcută prin raportare la poziția persoanei respective în cadrul unui anumit contract, având în vedere natura și scopul contractului respectiv. Prin urmare, astfel cum au explicat cu luciditate mai mulți avocați generali și astfel cum a confirmat Curtea, noțiunea „consumator” are „un caracter obiectiv și este independentă de cunoștințele concrete pe care persoana în cauză le poate avea sau de informațiile de care această persoană dispune în mod real”. Aceasta înseamnă că aceeași persoană poate, chiar în aceeași zi, să aibă atât calitatea de profesionist, cât și pe cea de consumator, în funcție de natura și de obiectivul contractului care a fost încheiat. De exemplu, un avocat specializat în protecția consumatorilor poate fi totuși consumator, în pofida activității sale profesionale și a cunoștințelor pe care le deține, ori de câte ori intră într-un raport contractual în scopuri personale.

În scopul îmbunătățirii statutului consumatorului de resurse energetice e necesar de a revizui cadrul legal primar în materie de protecție a consumatorilor, inclusiv normele ce țin de statutul lor, drepturile și obligațiunile.

23 A se vedea art. 2 din Directiva 2011/83/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2011 privind drepturile consumatorilor, de modificare a Directivei 93/13/CEE a Consiliului și a Directivei 1999/44/CE a Parlamentului European și a Consiliului și de abrogare a Directivei 85/577/CEE a Consiliului și a Directivei 97/7/CE a Parlamentului European și a Consiliului, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, L 304/64 din 22.11.2011

ARHITECTURA JURIDICĂ A INTERFERENȚEI FUNCȚIONALE A PRINCIPIULUI ECHITĂȚII CU PRINCIPIUL LEGALITĂȚII

Ion RUSU, doctorand, lector universitar (ORCID: 0000-0002-0574-0732)

LEGAL ARCHITECTURE OF FUNCTIONAL INTERFERENCE OF THE PRINCIPLE OF EQUITY WITH THE PRINCIPLE OF LEGALITY

This scientific approach includes an analytical analysis on the link between the principle of equity and the principle of legality made through the prism of the degree of doctrinal recognition and their legal validation, which consequently reflects the diversity of theoretical concepts on those principles. The legal non-recognition of the principles of legality and equity in the modernized Civil Code was the causal support to make a doctrinal inventory regarding the identification of those principles in the realization and defence of civil rights. The conceptual support of this study focused on identifying legal and doctrinal landmarks that validate the interference of these principles and which was detached from their functional aspects and legal inaccuracies that suppress the applicative substitution of the magistrate for situations when the law is obscure or generates unfair situations. The elucidation of the bridges (interconnections) between the principle of equity and the principle of legality allowed the appreciation of the applicative value of each principle in the realization and defence of civil rights and their position in the hierarchy of the system of fundamental principles of law in general and civil law in particular.

Keywords: principle of equity, principle of legality, principle of proportionality, principle of reasonableness, principle of good faith, fundamental principles, supreme value, rule of law.

Acest demers științific cuprinde o analiză analitică asupra legăturii dintre principiul echității și principiul legalității realizată prin prisma gradului de recunoaștere doctrinară și validarea lor legală, ceea ce în consecință vine să reflecte și diversitatea conceptelor teoretice asupra principiilor respective. Nerecunoașterea legală a principiilor legalității și a echității în Codul civil modernizat a constituit suportul cauzalistic de a face o inventariere doctrinară în privința identificării principiilor respective la realizarea și apărarea drepturilor civile. Suportul conceptual al acestui studiu a fost axat pe identificarea reperelor legale și doctrinare ce vin să valideze interferența acestor principii și care a fost desprinsă din aspectele lor funcționale și inadvertențele legale care le suprimă substituirea aplicativă a magistratului pentru situațiile când legea este obscură sau generează unele situații inechitabile. Elucidarea punților (punctelor, reperelor) de legătură între principiul echității și principiul legalității a permis aprecierea valorii aplicative a fiecărui principiu în parte la realizarea și apărarea drepturilor civile și stabilirea poziției acestora în ierarhia sistemului principiilor fundamentale ale dreptului în general și a dreptului civil în special.

Cuvinte cheie: principiul echității, principiul legalității, principiul proporționalității, principiul rezonabilității, principiul bunei-credințe, principiile fundamentale, dreptul la apărare.

1. Considerațiuni introductive

Printre premisele care vin să asigure realizarea funcțiilor dreptului într-un stat de drept un loc important le revin principiilor fundamentale ce prin valoarea lor juridică și influența conceptuală țin să asigure o unitate sistematică a dreptului, expunându-și totodată și menirea de a configura reglementările legale la orientărilor fundamentale pentru a asigura acea coerență conceptuală a normelor juridice la valorile supreme ale statului.

Realizarea prezentului studiu asupra naturii juridice a principiului echității în raport cu principiul legalității a fost condiționată de vidul legal și analitic ce se conține în legislația și doctrina națională, însă care spre regret au fost ignorate, atât de legiuitor, cât și de mediul academic îndosind astfel de la orizontul aplicativ al jurisprudenței naționale cele mai importate cerințe care ar asigura realizarea dreptului la un proces echitabil.

Lipsa unor reglementări legale proprii prin care s-ar valida autonomia conceptuală a principiului echității a contribuit la formarea unei atitudini neglijente din partea mediului academic, deoarece în tezaurul doctrinar național nu întâlnim careva studii detaliate asupra elucidării valențelor juridice ale principiului respectiv.

Întrucât principiul echității prin valoarea sa conceptuală reprezintă substanța dreptului, este inscuzabilă această modestie analitică de ași rezerva contribuția în privința abordării dimensiunilor juridice ale acestuia în derularea raporturilor juridice civile, deoarece exigențele de conținut ale principiului echității se afirmă în calitate de valoare supremă a statului care la rândul său constituie pilonul de bază a ordinii juridice pe care trebuie să se sprijine toate îndeletnicirile publice și private.

Prin elucidarea interferenței principiului echității cu principiul legalității se aduce în discuție problema implementării dreptății în calitate de valoare supremă a statului¹ la formarea rațiunii juridice a legiuitorului național cărui îi revine misiunea să configureze prevederile legale la unele exigențe de proporționalitate, rezonabilitate.

Deoarece potrivit unei opinii, se consideră, că: „*proporția este calitatea relațiilor dintre persoane, care numai în măsura în care răspunde acestei exigențe semnifică justiția ca principiu*”², este evident că implementarea acestei exigențe în conținutul actelor legislative va asigura acel echilibru social între membrii societății și va menține o coexistență a drepturilor și libertăților civile în scopul realizării binelui comun.

Abordarea problemei referitoare la interferența principiului echității cu principiul legalității în aparență creează impresia, că se pretinde de a se suprapune aspectele conceptuale ale principiilor în cauză pentru a se face o delimitare între elementele definitorii ale acestora, însă potrivit obiectivelor propuse se intenționează de a strămuta

1 Pentru dezvoltări, potrivit art. 1 alin. (3) al Constituției Republicii Moldova dreptatea este recunoscută ca valoare supremă a statului ceea ce potrivit doctrinei sunt recunoscute în calitate de valori supra constituționale la care trebuie să fie aliniate toate activitățile publice și private pentru a putea garanta armonia dintre interesul general și cel particular.

2 Giorgio del Vecchio, *Justiția*, Ed. Cartea Românească, București, 1936, p. 33.

accentul pe aspectele funcționale ale acestora pentru a stabili modul de afirmare în realizarea și apărarea drepturilor civile, fapt ce ar traversa câmpul teoretic al acestei probleme și ar da valoarea corespunzătoare interesului practic.

Chiar dacă în doctrina civilă principiul legalității nu și-a dobândit o recunoaștere unitară³, totuși în virtutea caracterului fundamental constatăm că acesta își extinde exigențele în cadrul dobândirii, realizării și apărării drepturilor civile, motiv pentru care caracterul legal al raporturilor juridice civile vine să le determine geometria juridică al efectelor pe care acestea le generează.

Pentru diluarea caracterului abstract al acestui deziderat, s-a mai pretins, să se identifice punctele de legătură între principiile respective în funcție de modul de afirmare a acestora la realizarea și apărarea drepturilor civile pentru a se încerca de determinat dimensiunile juridice de intervenție în derularea raporturilor juridice civile și a stabilirii poziției fiecăruia în ierarhia sistemului de principii fundamentale ale orânduirii juridice naționale.

Analizând unele soluții jurisprudențiale care au fost menținute până la Înalta Curte de Justiție, am constatat că, aplicarea strictă a prevederilor legale de către magistrați nu ating acel nivel de dreptate ce ar asigura echitatea distributivă a justițiabililor, datorită faptului că, normele juridice competente să reglementeze raporturile juridice litigioase sunt inechitabile prin esența lor, iar această inadvertență jurisprudențială este încătușată de principiul legalității⁴ consfințit de art. 114 din Constituția Republicii Moldova, conținutul cărui prevede, că: „*justiția se înfăptuiește în numele legii*”⁵.

Prin urmare, aplicarea strictă a unei prevederi legale inechitabile, afectează din autoritatea lucrului judecat al actelor de dispoziție ale instanțelor judecătorești, deoarece justițiabilii simțindu-se nedreptățiți prin soluțiile date de către instanțele de judecată încearcă să se opună acestor nedreptăți prin tergiversarea proceselor de executare și realizarea cu rea-credință a unor drepturi și obligațiuni procesuale.

Faptul că, judecătorii sunt încătușați funcțional de a face răstălmăciri a legilor inechitabile duce la adoptarea prin inerție a unor soluții inechitabile ce în aparență corespund legislației iar potrivit circumstanțelor de fapt ale litigiului nu îndreptătesc așteptările justițiabililor.

Prin urmare, astfel de situații jurisprudențiale știrbează din autoritatea puterii judecătorești și a autorităților statale și abilitatea de a contribui în limita atribuțiilor

3 Cu titlu de precizare, în unele surse doctrinare principiul legalității este recunoscut ca principiu fundamental al dreptului civil, însă spre regret această situație până în prezent nu și-a dobândit o validare analitică unitară, fapt pentru care acest principiu nu este supus unui studiu detaliat în doctrina civilă prin care s-ar elucida modul de influență a acestuia asupra derulării raporturilor juridice civile.

4 Cu titlu de precizare, situațiile care le întâlnim la practică nu pot fi reglementate pe deplin de către legislație, fapt pentru care legiuitorul a admis aplicarea analogiei legii pentru cazurile când lipsesc texte de lege proprii raporturilor juridice litigioase, însă spre regret nu întâlnim rezerve legale pentru cazurile când legislația menită să reglementeze litigiul este inechitabilă.

5 Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr.1 din 1 septembrie 1994.

funcționale la asigurarea protecției drepturilor și intereselor ocrotite de lege, ceea ce în consecință diluează din gradul de accesibilitate a legislației și stârnește un sentiment de neîncredere și ură față de justiție.

Insuficiența studiilor și a reglementărilor asupra acestor principii îndepărtează la practică aplicarea corespunzătoare a legislației și motivarea soluțiilor adoptate de către judecători alunecă de la sarcina primordială a justiției, transformând echitatea într-o „*iluzie socială*” pe care cetățenii acestui stat au trăit-o până în prezent nimerind în prăpastia disperării față de acea dreptate decorativă.

2. Valențele juridice ale principiului legalității în dreptul civil

2.1. Preliminări

Printre principiile fundamentale proprii oricărui sistem de drept democratic un loc deosebit îi revine principiului legalității, care prin finalitățile sale juridice pretinde să se impună, atât raporturilor juridice de drept public, cât și celor din domeniul privat, dobândind astfel calitatea unui suport formalist de identificare a limitelor de realizare a drepturilor subiective și facilitând totodată posibilitatea cetățenilor de a reacționa prin mijloacele legale la restabilirea drepturilor vătămate sau a intereselor contestate.

Prin vocația sa analitică, principiul legalității se studiază în cadrul cursurilor de teorie generală a dreptului în calitate de principiu fundamental⁶, însă aceste teorii n-au putut fi configurate în mod corespunzător la alte ramuri de drept ce ar trebui să-și ajusteze obiectul de studiu la acele orientări fundamentale pentru a preveni apariția unor contradicții între normele speciale și cele constituționale. Spre regret această situație este similară și pentru doctrina civilă⁷, deoarece până la etapa actuală acest principiu n-a reușit să-și dobândească o recunoaștere analitică și să-și identifice importanța sa pentru prevenirea diferitor controverse legale sau incidente procedurale.

Chiar dacă, principiul legalității nu se regăsește în categoria principiilor legislației civile, aceasta nu ar însemna că principiul în cauză evită de a își impune exigențele

6 Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 56-60, Dumitru Mazilu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 123-124, Gheorghe Mihai, *Fundamentele dreptului, dreptul subiectiv. Izvoare ale drepturilor subiective*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 94-95, Gheorghe Avornic, Elena Aramă, Boris Negru, Ruslan Costaș, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Cartier juridic, Chișinău, 2004, p. 344-345.

7 Romul Petru Voinica, *Drept civil, Partea generală*, Ed. Lumina Lex, 2001, p. 26-32, Ionel Reghini, Șerban Diaconescu, Paul Vasilescu, *Introducere în dreptul civil, Ed. II, revăzută și adăugită*, Colecția Universitaria, Sfera juridică, Cluj-Napoca, 2008, Aspazia Cojocaru, *Drept civil, Partea generală*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 13-16, Sergiu Băiaș, Nicolae Roșca, *Drept civil, Partea generală, Persoana fizică, Persoana juridică*, Ed. Cartier juridic, Chișinău, 2004, p. 44-48, Igor Trofimov, Vasile Zavatin, Sergiu Sîrbu și alții, *Introducere în dreptul civil, Persoana fizică, Persoana juridică*, Chișinău, 2004, p. 17-21.

sale în dezvoltarea relațiilor sociale ce alcătuiesc obiectul de reglementare al dreptului civil.

Principiul legalității alături de alte principii fundamentale ale dreptului reprezintă unul dintre pilonii de bază pe care se sprijină cadrul legal al societăților cu aspirații democratice, prin valoarea sa conceptuală are menirea de a corseta ordinea juridică și a configura ramurile de drept public și drept privat la acele valori supreme ale statului.

Un motiv relevant care îndosește principiile fundamentale de la orizontul aplicativ în cadrul ramurilor de drept public și drept privat, constă în incertitudinea analitică care s-a creat în literatura de specialitate, deoarece cu regret constatăm, că atât în doctrina națională, cât și în cea străină nu există o abordare uniformă⁸ în privința identificării principiilor fundamentale ce ar trebui să fie analizate prin prisma particularităților raporturilor juridice ale fiecărei ramuri de drept în parte.

Chiar dacă legiuitorul național după modernizarea Codului civil prin Legea nr. 133 din 15 noiembrie 2018 a modificat titlul marginal⁹ al articolului 1 și a completat norma respectivă cu unele principii suplimentare, lesne se observă, că principiile respective nu și-au găsit o validare legală în calitate de principii distincte a legislației civile, iar această situație atrofiază aplicarea lor atât la realizarea drepturilor civile, cât și la soluționarea litigiilor ce țin de restabilirea drepturilor lezate.

Pentru a acoperi acest vid analitic, la identificarea dimensiunilor juridice ale principiului legalității în cadrul dreptului civil s-a pretins de a se evidenția două aspecte pe care le considerăm mai importante pentru afirmarea acestuia la derularea raporturilor juridice civile: primul se referă la extinderea principiului legalității în cadrul realizării drepturilor civile (*lato sensu*), iar cel de-al doilea, se va axa pe extinderea legalității la apărarea drepturilor subiective în calitate prerogativă desprinsă din conținutul drepturilor subiective.

În unele surse doctrinare¹⁰ din perioada postbelică, principiul legalității era numit „*principiul exercitării drepturilor civile numai în scopurile în vederea cărora au fost recunoscute de lege*“, accepțiune care era reprodusă din contextul Decretului nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și juridice.

8 Pentru ilustrare, unii autori atribuie la principiile fundamentale, următoarele principii: principiul democrației, principiul egalității în fața legii, principiul legalității, principiul separării puterii în stat, (a se vedea în acest sens Gheorghe Beleiu, *Drept civil*, 2007, p. 18), alt autor, Nicolae Popa, etc.

9 Cu titlu de precizare, până la adoptarea Legii nr. 133 din 15 noiembrie 2018 privind modernizarea Codului civil, art. 1 din Codul civil avea denumirea de „*Bazele legislației civile*”, însă ulterior aceasta a fost modificată în „*Principiile legislației civile*” completând astfel cu unele principii proprii raporturilor juridice civile, însă principiul legalității și principiul echității nu și-au găsit o omologare legală.

10 Aurelian Ionașcu, Mircea Mureșan, Mircea Costin, Victor Ursa, Gabriela Chivu, Maria Banciu, *Contribuția practicii judecătorești la dezvoltarea principiilor dreptului civil român*, Ed. Academiei R.S. România, București, 1978, p.38.

Potrivit art. 1 al Decretului, se prevedea, că: „*drepturile civile ale persoanelor fizice sunt recunoscute în scopul de a se satisface interesele personale, materiale și culturale, în acord cu interesul obștesc, potrivit legii și regulilor de conviețuire socialistă*“, fapt care confirmă extinderea influenței principiului legalității asupra realizării drepturilor civile.

2.2. *Afirmarea principiului legalității la dobândirea drepturilor civile*

Focusarea abordărilor asupra principiului legalității în privința drepturilor subiective, a fost condiționată de o cugetare originară a ilustrului prof., Mircea I. Manolescu, prin care susținea, că: „*umanizarea dreptului se face ea însuși cu ajutorul conceptului de om și cu ajutorul drepturilor, considerate ca concepte și cunoscute sub numele de drepturi subiective, iar știința juridică a acestui moment, este o știință logică a conceptelor juridice care mai este numită o știință a drepturilor subiective*“¹¹.

Esența acestei aprecieri, nu se reducea numai la proiectarea unor aspecte a caracterului individualist al dreptului civil, unde locul principal î-i revine omului în calitate de realitate finală fără de care acest drept n-ar mai avea nici un sens, dar mai nuanțează și unele aspecte de extindere a principiului legalității asupra drepturilor subiective care se desprind din elanul personal al titularilor. Mai mult ca atât, prin această apreciere autorul a reliefat și cele mai importante elemente ale dreptului civil, fără de care acesta n-ar putea să-și mențină autonomia conceptuală, deoarece în lipsa omului în calitate de subiect principal n-am putea vorbi despre careva drepturi subiective, întrucât potrivit art. 23 din Codul civil, numai omul privit individual este titular de drepturi și obligații civile, iar afirmarea acestuia în societate se realizează prin intermediul drepturilor și obligațiilor civile.

Întrucât în literatura de specialitate¹² autohtonă principiul legalității n-a fost recunoscut în calitate de principiu distinct al dreptului civil, însă în viziunea autorilor citați cu referire la art. 9 Cod civil al Republicii Moldova în redacția Legii din 2002, se menționează, că, principiul legalității contribuie la exercitarea drepturilor subiective, susținând în acest sens, că „*titularul trebuie să-și exercite drepturile civile astfel încât acțiunile sale să nu contravină legii*“¹³ opinie care reduce influența principiului legalității numai la exercitarea drepturilor civile, însă la practică se întâlnesc numeroase situații când principiul legalității este încălcat chiar și la momentul dobândirii drepturilor subiective, ceea ce ne confirmă că acesta are un conținut mai complex ce ar trebui să acopere totalitatea relațiilor sociale care-i revin dreptului obiectiv spre reglementare.

Vorbind despre realizarea principiului legalității în cadrul drepturilor subiective, putem preciza, că valoarea acestei reguli fundamentale reprezintă suportul formal-

11 Mircea I. Manolescu, *Teoria și practica dreptului, Natură și cultură*, Ed. Fundația Regele Mihai I, București, 1946, p. 33-34.

12 Sergiu Băiaș, Nicolae Roșca, *Drept civil, Partea generală, Persoana fizică, Persoana juridică*, Ed. Cartier juridic, Chișinău, 2007, p. 133.

13 Ibidem, op. cit., p. 133.

ist al tuturor drepturilor subiective, deoarece majoritatea elementelor definitorii ale drepturilor subiective sunt axate pe omologarea legală ale acestora dar nicidecum pe suportul creativ.

Sub acest aspect, ținem să precizăm, că principul legalității își extinde efectele sale asupra apariției acestei relații sociale care leagă de persoanele fizice și juridice avantajele patrimoniale și personal nepatrimoniale, însă temeiul real de apariție al acestora îl reprezintă necesitățile vitale care valorifică disponibilitatea de drepturi respective, întrucât dreptul obiectiv nu poate crea drepturi subiective chiar dacă acestea se dobândesc în baza unui text de lege.

Apreciind opinia unor autori¹⁴ asupra esenței juridice a dreptului subiectiv, putem scoate în relief unele aspecte referitoare la realizarea principiului legalității care derivă chiar din elementele definitorii ale dreptului subiectiv, însă aceste afirmații doctrinare, nu depășesc dimensiunile juridice de afirmare a principiului legalității în dobândirea drepturilor subiective, întrucât embrionul conceptual al acestora îl reprezintă totuși emanațiile personale ale titularului.

Pe lângă aceste forme de realizare a principiului legalității, în viziunea unor autori¹⁵ se susține că, „*exercitarea unui drept subiectiv de către titularul său se împlinește un scop licit indiferent de natura lui*“, ceea ce ar însemna că, principiul legalității pe lângă omologarea drepturilor subiective civile mai reprezintă și un suport cauzalistic al disponibilității civile, ceea ce n-ar putea fi agreat, întrucât lipsește acea doză de verosimilitate.

Interesul practic al principiului legalității în realizarea drepturilor subiective se exprimă sub următoarele forme: consfințește existența interesului juridic, determină limitele de realizare a conduitei titularului dreptului subiectiv, și ultima formă de intervenție a principiului legalității constă în facilitarea realizării și protejării drepturilor subiective.

Pornind de la prima formă de realizare a principiului legalității, ținem să precizăm, că în literatura de specialitate acest aspect al dreptului subiectiv nu este reflectat uniform, deoarece majoritatea autorilor¹⁶ susțin că, „*legea este izvorul principal ce generează apariția dreptului subiectiv*“, convingeri care sunt desprinse din cuprin-

14 Cu titlu de precizare: Esența definiției dreptului subiectiv civil constă în aceea că exprimă posibilitatea subiectului activ, recunoscut de normele dreptului obiectiv civil, în virtutea căreia acesta poate avea, în limitele determinate de lege, o anumită conduită și poate pretinde subiectului pasiv să aibă o conduită corespunzătoare — adică să dea, să facă sau să nu facă ceva — iar la nevoie să apeleze la forța coercitivă a statului, a se vedea: Ernest Lupan, Ioan Sabău-Pop, *Tratat de drept civil român, Vol. I, Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 108.

15 Gheorghe Mihai, *Fundamentele dreptului, Dreptul subiectiv, Izvoare ale drepturilor subiective*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 136.

16 Ernest Lupan, Ioan Sabău-Pop, *Tratat de drept civil român, Vol. I, Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 106, Gheorghe Beleiu, *Drept civil român, Introducere în dreptul civil, Subiectele dreptului civil*, Ed. „Șansa”, București, 1992, p. 14, Ștefan Rauschi, *Drept civil, Partea generală, Persoana fizică, Persoana juridică*, Ed. Fundației „Chemarea” Iași, 1993, p. 49.

sul textelor legale, însă în opinia¹⁷ revoluționarului civilist, Istrate Micescu, această concepție este combătută, susținându-se, că: „*legea poate dobândi calitatea unei surse formale ale dreptului subiectiv, dar nu poate crea drepturi subiective*“, afirmație care diluează din caracterul legal al drepturilor subiective.

În stabilirea modului de intervenție a principiului legalității la dobândirea drepturilor civile, v-om analiza art. 9 alin. (1) Cod civil al Republicii Moldova în redacția Legii nr. 133 din 15 noiembrie 2018, conținutul căruia prevede, că: „*drepturile și obligațiile civile apar în temeiul legii, precum și în baza actelor persoanelor fizice și juridice care, deși nu sunt prevăzute de lege, dau naștere la drepturi și obligații civile, pornind de la principiile legislației civile*“¹⁸.

Cât privește precizarea, legiuitorului referitoare la dobândirea drepturilor civile care nu sunt prevăzute de legislație dar sunt întemeiate pe principiile legislației civile, nu dispune de o acoperire legală, întrucât conținutul art. 1 alin. (1) din Codul civil, nu cuprinde careva principii ce ar putea servi drept temei de validare a modului de dobândire a drepturilor civile.

Revenind la temeiul legal de apariție a drepturilor civile, considerăm că legiuitorul nu a ținut cont de temeiul real care generează apariția drepturilor civile, întrucât existența unui text de lege care omologhează anumite drepturi civile nu poate să atribuie în patrimoniul persoanei careva drepturi civile, întrucât această legătură juridică între avantajul dobândit și titularul dreptului se datorează disponibilității acestuia. Cu titlu de motivație asupra acestei afirmații am putea apela la unele argumente întâlnite în doctrină¹⁹ prin care se susține, că: „*legea prin sine însăși nu creează drepturi dar le constată existența validându-le accesibilitatea de realizare și apărare a lor*“, ceea ce ar însemna că sursa principală în dobândirea drepturilor subiective derivă din disponibilitatea persoanei de-ași valorifica un anumit interes desprins din emanațiile personale ale acesteia.

În această ordine de idei, s-ar prezuma că, principiul legalității își afirmă influența prin caracterul legitim al drepturilor subiective, iar cu titlu de confirmare ne poate servi elementele definatorii expuse în contextul unei noțiuni doctrinare²⁰, prin care se precizează, că: „*.....că în scopul valorificării unui interes personal, direct, născut și actual, legitim și juridic protejat*“, punând astfel accentul pe valorificarea interesului personal și recunoscut de legislație.

La rândul său, aceste elemente definatorii ale drepturilor subiective nu reflectă în mod corespunzător substanța conceptuală a acestei entități juridice, deoarece prin precizarea „*în scopul valorificării unui interes*“ s-ar prezuma că, interesul n-a fost materializat și rămâne la nivel de preocupare de a dobândi un avantaj patrimonial sau personal nepatrimonial.

17 Istrate Micescu, *Curs de drept civil*, op. cit. p. 43.

18 Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 66-75 din 1 martie 2019.

19 Alexandru Otetelișanu, *Curs de drept civil*, litografiat, București, 1937 p. 14, Istrati N. Micescu, *Curs de drept civil*, op. cit. p. 15.

20 Ion Deleanu, *Drepturile subiective și abuzul de drept*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1988, p. 49.

Ținând cont de faptul, că interesul poate fi interpretat în mai multe accepțiuni, adică în calitate de embrion conceptual al dreptului subiectiv²¹, sau în calitate de componentă structurală a principiului disponibilității ca stimulator al voinței, considerăm că prin legitimarea acestuia ar fi prematur de a se vorbi despre existența unui drept subiectiv.

Prin urmare, chiar dacă această particularitate a drepturilor subiective n-a reușit să-și dobândească o recunoaștere unanimă în literatura de specialitate, totuși legalitatea își menține influența sa la configurarea conduitei persoanelor care pretind să dobândească un drept subiectiv, sau să-l realizeze, stabilind astfel dimensiunile juridice ale acestei disponibilități pentru a asigura acea armonie de coexistență, însă aceasta se referă la proporționalitatea și rezonabilitatea avantajelor în calitate de substanța conceptuală a drepturilor subiective, exigență pe care legiuitorul cu cea mai mare precizie trebuie s-o reflecte în cuprinsul normelor juridice pentru a menține acel spirit de echitate.

În motivarea acestei cerințe impuse cadrului legal, vom face referință la o opinie doctrinară, prin care se susține, că: „*izvoarele formale răspund la necesitatea imperioasă a precizunii și a siguranței, dreptul trebuie să fie cunoscut pentru ca să putem ști pe ce putem conta, ce putem face și ce nu putem face, și aceasta nu se poate obține decât prin existența unor autorități al căror rol este de a ne indica în formule apropiate care ne sunt drepturile și îndatoririle*”²².

Deci prin „*imperioasa precizie*” trebuie de înțeles că, normele juridice urmează a fi ajustate la acel spirit de echitate care ar reflecta proporționalitatea avantajelor ce-i revin titularului dreptului subiectiv pentru a nu aduce atingere altor drepturi și libertăți civile.

Acest spirit de echitate este condiționat de finalitatea dreptului, care se poate legitima la nivel constituțional, ca exemplu ne poate servi art. 1 alin. (2) din Legea Fundamentală a Germaniei, ce prevede că, „*poporul german recunoaște că drepturile omului, inviolabile și inalienabile reprezintă baza fiecărei comunități, a păcii și a justiției în lume*”²³, ceea ce ar însemna, că drepturile subiective constituind moneda juridică pe care dreptul obiectiv i-a atribuit-o persoanei în funcție de statutul acesteia și contribuția sa pentru ași putea menține existența socială.

O garanție originară în legitimarea existenței drepturilor civile, o întâlnim în cuprinsul art. 1 alin. (3) din Legea Fundamentală a Germaniei, unde se menționează, că: „*drepturile fundamentale sunt obligatorii pentru puterea legislativă, puterea executivă*

21 Eugen Herovanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civil, organizare judecătorească și competență*, Institutul de arte grafice „Viața Românească”, Iași, 1926, p. 368.

22 Alexandru Vălimărescu, *Izvoarele dreptului, Izvoare formale și izvoare reale*, litografiat. București, 1932, p. 30-31.

23 Ștefan Deaconu, Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, Silviu Gabriel Barbu, *Codex Constituțional, Constituțiile statelor membre ale Uniunii Europene, Vol. I*, Monitorul Oficial, București, 2015, p. 689.

și cea judecătorească ca drept aplicabil în mod nemijlocit²⁴, fapt ce ne confirmă, că constituentul german cu *brio* a reușit să legitimizeze vocația reală a drepturilor fundamentale, instituindu-le celor trei puteri, îndatorirea funcțională în limita competențelor care le revin conform obiectivelor instituționale de a respecta cu strictețe dimensiunile fundamentale ale dreptului omului.

Prin urmare, realizarea principiului legalității la dobândirea drepturilor civile nu trebuie abstractilizată, deoarece potrivit unei aprecieri a prof. francez, Francois Geny, se susținea, că: „din lege ne vin firește drepturile, dar aceasta nu înseamnă că legea le creează și nici că în afară de lege n-ar mai exista drept. Legea este o mică sursă — și încă formală nu reală a dreptului, adică o sursă prin care regula juridică doar se exprimă și atât²⁵.”

Cu titlu de argument doctrinar ce ar justifica esența acestui caracter al drepturilor subiective am putea face referință la precizarea ilustrului civilist, George Plastara, care la delimitarea între bunuri și drepturi ca elemente structurale ale patrimoniului susținea, că: „dreptul este formula juridică, după care bunurile sunt atribuite unei persoane²⁶”, însă dacă ajustăm această idee la materia drepturilor subiective putem preciza, că caracterul legal este acea formulă juridică ce vine să omologheze existența avantajelor patrimoniale și personal-nepatrimoniale cuprinse în drepturile subiective.

2.3. Extinderea principiului legalității la apărarea drepturilor civile

2.3.1. Precizări conceptuale

Următorul aspect referitor la realizarea principiului legalității în cadrul dreptului civil se referă la modul în care exigențele acestuia intervin la apărarea drepturilor civile, deoarece apărarea prin valoarea sa juridică constituie o prerogativă ce se desprinde din conținutul acestuia și este recunoscută în unanimitate de doctrină²⁷.

După cum se susține în doctrină²⁸, că: „un drept nu are valoare decât dacă titularul lui are posibilitatea de al face respectat atunci când altcineva l-ar împiedica în exercițiul său”, ceea ce ar însemna că, apărarea reprezintă un element intersec al

24 Ștefan Deaconu, Ioan Muraru, elena Simina Tănăsescu, Silviu Gabriel Barbu, *Codex Constituțional, Constituțiile statelor membre ale Uniunii Europene, Vol. I*, Monitorul Oficial, București, 2015, p. 689.

25 Ilie N. Lungulescu, *Drept și dreptate*, Fundația pentru Literatură și Artă, Regele Carol II, București, 1938, p. 19.

26 George Plastara, *Curs de drept civil român pus la curent cu noua legislație, Vol. II*, Ed. Cartea Românească, București, p. 58.

27 Ernest Lupan, Ioan Sabău-Pop, *Tratat de drept civil român, Vol. I, Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 106, Gheorghe Beleiu, *Drept civil roman, Introducere în dreptul civil, Subiectele dreptului civil*, Ed. „Șansa”, București, 1992, p. 12, Ștefan Rauschi, *Drept civil, Partea generală, Persoana fizică, Persoana juridică*, Ed. Fundației „Chemarea” Iași, 1993, p. 49.

28 George N. Luțescu, *Teoria generală a drepturilor reale*, București, 1947, p. 52.

drepturilor subiective, iar în lipsa acestei facultăți, drepturile subiective ar deveni sterile generând după sine o instabilitate în derularea raporturilor juridice civile.

În literatura de specialitate rusească unii autori consideră că: „*dreptul la apărare constituie o componentă structurală a drepturilor subiective ce se afirmă prin libertatea titularului de a apela la forța coercitivă a statului pentru situațiile când dreptul său i-a fost încălcat*”²⁹, opinie care-și justifică motivațiile invocate de autor, deoarece prin configurarea drepturilor naturale în drepturi subiective legiuitorul a pus la dispoziția titularului prerogativa de a reacționa prin mijloace legale la tulburările ce pot fi aduse drepturilor sale.

Într-o altă viziune din doctrina rusă, se susține, că: „*dreptul la apărare constituie un drept subiectiv distinct ce apare din momentul când titularului i sa încălcat un drept ocrotit de lege*”³⁰, opinie ce nu poate fi agreată deoarece argumentele expuse de autor contravin logicii juridice, întrucât este neverosimil prin vătămarea unui drept subiectiv să dobândești un alt drept subiectiv ce se referă la apărarea dreptului subiectiv vătămat și care prin substanța sa este constituit din mijloacele legale procesuale ce nu conțin nici un avantaj patrimonial sau personal nepatrimonial.

În viziunea unui autor român³¹, se susținea, că: „*nu este destul să existe un subiect, un obiect și posibilitatea unui act al subiectului, pentru a constitui un drept din punct de vedere juridic, este necesar ca acest raport trebuie să fie conform legii, iar din moment ce actul persoanei nu este contrar legii, atunci legea îl ocrotește, adică asigură exercițiul său prin puterea publică împotriva acelor ce se împotrivesc exercițiului său*”.

Prin urmare, din cuprinsul acestei opinii, putem deduce că, legalitatea vine să determine orizontul juridic al relațiilor ce apar între subiectele dreptului civil, iar din momentul când aceștia respectă limitele legale al efectelor actului juridic la care se angajează, legea le îndreptățește facultatea de a se apăra contra vătămarilor ce pot fi aduse drepturilor și obligațiilor izvorâte dintr-un act juridic legal.

În virtutea acestei constatări, lesne se observă, că principiul legalității prin as-

29 Грибанов В. П., *Пределы осуществления и защиты гражданских прав*. М., 1972. с. 154—155; Советское гражданское право под ред. В. Ф. Маслова и А. А. Пушкина: в 2 ч. Харьков, 1983. Ч. 1. с. 248, *Гражданское право: учебник*: в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. М., 1999. Т. 1. с. 409; Братусь С. Н. *Юридическая ответственность и законность*, Рожкова М. А. *Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора*. с. 20.

30 Елисейкин П. Ф. *Правоохрнительные нормы: понятие, виды, структура, Защита субъективных прав и гражданское судопроизводство*. Ярославль, 1977, с. 47, Крашенинников Е. А., *Структура субъективного права и право на защиту*, Романовская З. В., *Проблемы защиты в советском семейном праве*: автореф. дис. д-ра юрид. наук. Харьков, 1987, с. 18, Власова А. В., *Структура субъективного гражданского права*. Ярославль, 1998. с. 94; *Гражданское право: учебник*: в 3 ч. / под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. М., 1998. Ч. 1. с. 281; о: *Гражданское право, учебник*: в 3 т. / под ред. А. П. Сергеева. М., 2008. Т. 1. с. 541; Мотовиловкер Е. Я., *Теория регулятивного и охранительного права*, Воронеж, 1990. с. 57—60.

31 C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, Ed. All, seria „Restitutio”, București, 1996, p.1.

pectul său formalist vine să cenzureze conduita participațiilor la raporturile juridice civile, să le determine limitele juridice de exercitare a drepturilor și executare a obligațiilor garantându-le astfel acea protecție juridică ce ar trebui acordată pentru situațiile când sunt tulburate efectele actului juridic civil legal încheiat.

Întrucât drepturile subiective civile reprezintă materia primă a dreptului civil și sunt modelate prin voința titularilor în limitele stabilite de legislație, este evident, că la exercitarea lor nu întotdeauna titularii își manifestă o conduită de bună-credință, iar prin depășirea limitelor admisibile la exercitarea lor poate aduce atingere drepturilor sau libertăților civile ale altor persoane creând astfel o inechitate civilă care la rândul său ar genera apariția unui litigiu.

Analizând diversitatea noțiunilor întâlnite în literatura de specialitate asupra drepturilor subiective, putem preciza că, majoritatea autorilor³² axează elementele definitorii ale acestei entități juridice pe dreptul obiectiv, care ne justifică că exigențele legale pe care le invocă principiul legalității sunt desprinse din dreptul obiectiv ce la rândul său reprezintă un element definitoriu al drepturilor subiective, dar pentru exercitarea lor este necesar de respectat acea echitate distributivă ce n-ar aduce atingeri altor drepturi.

2.3.2. Principiul legalității — garanție formalistă în apărarea drepturilor civile.

Al doilea aspect ce ține de realizarea principiului legalității în cadrul derulării raporturilor civile se referă în apărarea drepturilor subiective, care la rândul său poate fi analizat sub aspect material și aspect procedural, primul consemnează posibilitățile oferite de legislația materială de a reacționa la vătămările aduse drepturilor subiective, iar cel de al doilea aspect se referă la conturarea mijloacelor legale și procesuale necesare pentru revendicarea dreptului cu concursul instanței de judecată sau într-o altă formă prevăzută de legislație.

Chiar dacă principiul legalității nu și-a regăsit o validare legală în contextul art. 1 alin.(1) Cod civil în redacția Legii nr. 133 din 15 noiembrie 2018, dar a validat un alt principiu ce ține de „*garantarea restabilirii persoanei în drepturile în care a fost lezată și de apărare a lor de către organele de jurisdicție competente*”³³, principiu care ne confirmă, că în mod direct se realizează principiul legalității în asigurarea dreptului la apărare, deoarece printr-o prevedere legală se validează facultatea persoanelor de a reacționa la vătămările aduse drepturilor civile, având la bază valorificarea unei echități corective.

32 Gheorghe Beleiu, *Drept civil roman, Introducere în dreptul civil, Subiectele dreptului civil*, Ed. „Șansa”, București, 1992, p. 12, Ștefan Rauschi, *Drept civil, Partea generală, Persoana fizică, Persoana juridică*, Ed. Fundației „Chemarea” Iași, 1993, p. 14, Dumitru Lupulescu, *Drept civil, Introducere în dreptul civil*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 51, Ernest Lupan, Ioan Sabău-Pop, *Tratat de drept civil român, Vol. I, Partea generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 106, Ionel Reghini, Șerban Diaconescu, Paul Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 344.

33 Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 66-75 din 1 martie 2019.

O altă validare legală a exigențelor echității distributive o putem extrage din cuprinsul art. 13 alin. (2) Cod civil în redacția Legii nr. 133 din 15 noiembrie 2018, conținutul cărui prevede, că: „în cazul abuzului de drept, instanța de judecată, ținând cont de natura și consecințele acestuia, refuză titularului în apărarea dreptului subiectiv exercitat abuziv sau, după caz, îl obligă la încetarea exercitării abuzive”³⁴.

Chiar dacă prin conținutul acestei dispoziții legale, nu se face referință asupra unei inechități, totuși suportul conceptual al alineatului respectiv în profunzimea raționamentelor juridice pe care le-a implementat legiuitorul, putem deduce validarea legală indirectă acelei echități corective, întrucât prin exercitarea abuzivă a unui drept se creează o inechitate pentru persoanele ale căror drepturi au fost atinse un urma manifestării relei-credeințe de către titularul dreptului exercitat.

Prin inerția acestei inechități corective, art. 13 alin. (3) Cod civil, vine să-i valideze facultatea persoanei lezate în drept de ași revendica dreptul lezat prin repararea prejudiciului cauzat, ceea ce ne justifică că, raționamentul juridic al acestei dispoziții legale vine să asigure înlăturarea unor dificultăți ce pot fi analizate sub două aspecte: primul se referă la legitimarea dreptului de apărare, iar cel de-al doilea la înlăturarea unor consecințe nefavorabile ce derivă din exercitarea neechitabilă a drepturilor civile.

Ținând cont de faptul că, printre formele de apărare a drepturilor civile prevăzute la art. 16 alin. (1) lit. d) Cod civil în redacția Legii nr. 133 din 15 noiembrie 2018, legiuitorul legitimează posibilitatea titularului dreptului vătămat de a solicita declararea nulității actului administrativ emis de către o autoritate publică, ceea ce ne confirmă, că legalitatea se manifestă sub două aspecte: primul se referă la validarea dreptului de apărare, iar cel de-al doilea este condiționat de particularitățile de realizare a dreptului la apărare prin cenzurarea legală a actului administrativ supus contestării.

O altă ilustrare prin care s-ar justifica intervenția principiului legalității în apărarea drepturilor subiective poate fi desprins din contextul art. 26 a Codului civil român, conținutul cărui prevede, că: „*drepturile și libertățile civile ale persoanelor fizice, precum și drepturile persoanelor juridice sunt ocrotite și garantate de lege*”³⁵, însă din conținutul lapidar al acestei dispoziții legale trebuie de precizat, că legea nu poate realiza careva măsuri de ocrotire a drepturilor subiective, dar prin consemnarea dreptului la apărare ea pune la dispoziția titularului dreptului subiectiv mijloacele legale corespunzătoare necesare pentru apărarea dreptului vătămat, ceea ce ar însemna, că contribuția principiului legalității la apărarea drepturilor subiective se manifestă nu prin ocrotirea efectivă a acestora dar prin consemnarea procedurilor și metodelor de apărare ce poate să le aleagă titularul dreptului lezat.

În loc de concluzii

Analizând dimensiunile principiului legalității în calitate de principiu fundamental, putem concluziona, că componentele structurale ale acestui principiu vin

34 Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 66-75 din 1 martie 2019.

35 Monitorul Oficial al României nr. 511 din 24 iulie 2009.

să se afirme în relațiile sociale ca o constantă formalistă a dreptului ce are menirea de a asigura acea normalitate juridică de realizare a drepturilor civile, însă care spre regret astăzi legalitatea sub influențele aspirațiilor moderne și-a diminuat din valoarea sa socială, devenind un șablon formalist de ajustare a legislației naționale la cea internațională sau la legislația civilă a altor state europene.

Întrucât principiul legalității reprezentând geometria juridică de aliniere a conduitei persoanelor fizice și juridice în cazul beneficiii de avantaje patrimoniale și personal nepatrimoniale pe care titularii drepturilor subiective le-au dobândit sau pretind să le dobândească conform emanațiilor personale, n-ar trebui să absolutizăm caracterul legitim în privința apariției drepturilor subiective, deoarece necesitățile personale ale omului sunt axate pe condițiile ce trebuie să-i asigure existența sa în societate și nu derivă din rigiditatea normelor juridice.

Ținând cont de faptul, că legile nu creează drepturi subiective dar le validează existența lor și le determină limitele de extindere a drepturilor respective întru asigurarea coexistenței acestora, este evident că la baza raționamentelor juridice se află cerința de echitate care vine să asigure acea armonie socială condiționată de realizarea exigențelor principiului binelui comun, care și reprezintă finalitatea întregului sistem de drept.

3. Repere doctrinare și motivații legale ce justifică interferența principiului echității cu principiul legalității.

3.1. Preludiu conceptual

Faptul că legalitatea prin intermediul normelor juridice nu acoperă în mod corespunzător acea stare de normalitate în reglementarea relațiilor sociale, constatare ce o putem deduce și din realitățile jurisprudențiale pentru cazurile când legea se aplică în mod corespunzător însă în consecință justițiabilii nu sunt îndreptățiți în pretențiile invocate, ne confirmă că, principiul legalității prin rigiditatea sa mai generează și situații juridice inechitabile, fapt care judecătorii evită să pună în valoare liberul arbitru și să se expună riscului de a da soluții echitabile prin ignorarea unei prevederi legale injuste.

Sensibilitatea acestei probleme ridică numeroase întrebări în privința modului de aplicare a unei legi injuste, existența căreia se datorează legiuitorului ce n-a reușit să aprecieze efectele sale pentru diferite situații ce ar crea un dezechilibru social, iar o astfel de situație își găsește soluția în alinierea tehnicii legislative la principiul echității și promovarea acestuia în jurisprudența națională pentru a asigura realizarea dreptului la un proces echitabil.

Portalis, care și-a adus o contribuție considerabilă la elaborarea Codului civil francez, în prin discursul preliminar în prezentarea proiectului de cod în fața legislativului declara, că: „*legiuitorii — au o misiune, aceea de a descoperi, cu preocuparea dreptății, rațiunii și adevărului, ceea ce convine oamenilor pentru care se legiferează*”,

cugetare care ar trebui să reprezinte temelia tehnicii legislative pentru a se evita adoptarea unor legi inechitabile, precum și de a facilita accesibilitatea lor potrivit necesităților oamenilor.

Precizarea lui Portalis referitoare la „*preocuparea dreptății*” pune în prim plan spiritul echității al actelor normative ce ar trebui să prevaleze asupra tuturor principiilor activității legislative, indiferent din partea cărei fracțiuni parlamentare survine inițiativa legislativă, deoarece această exigență constituie miezul tehnicii legislative și numai prin implementarea în raționamentele juridice spiritul echității și a adevărului am putea asigura adoptarea de legi drepte și accesibile destinatarilor.

Prin urmare, raționamentele juridice ce sunt concepute în proiectele de legi, frecvent diluează din vocația principiului echității ce a stat la baza drepturilor naturale, iar această trufie legislativă derapează de la valorile fundamentale ce au menirea de a asigura coexistența indivizilor în societate și a menține pacea socială, iar cuprinsul legilor adoptate în fine vin să reflecte o echitate formală ce este degradată de la ideea principiului binelui comun care și reprezintă finalitatea întregului sistem de drept³⁶.

Pornind de la o opinie a unui autor francez prin care se susține, că: „*desfășurând o activitate rațională, legiuitorul este obligat să descifreze sensul și semnificațiile principiilor, așa încât să elimine contradicțiile și ambiguitățile normelor juridice și să le dea coerența necesară*”³⁷, constatăm că, tehnica legislativă națională rămâne restantă la acest capitol, deoarece printre principiile activității de legiferare care sunt expuse la alin. (1) art. 3 din Legea nr. 100 cu privire la actele normative³⁸ n-a fost recunoscută echitatea în calitate de principiu distinct, ceea ce prin valoarea sa juridică previne adversitățile aplicative ale actelor legislative în practică.

Prin urmare, nu în-zadar într-un studiu asupra crizei legii contemporane, autorul susținea, că „*printre principalele cauze ce duc la inflația legislației este ignoranța de către legiuitor a principiilor fundamentale ale dreptului*”³⁹, apreciere care-și justifică oportunitatea și pentru tehnica legislativă din Republica Moldova.

Echitatea ar trebui să-și ocupe locul în capul mesei legiuitorului, deoarece majoritatea reformelor care au fost realizate în Republica Moldova nu și-au atins scopurile scontate datorită faptului că cadrul legal n-a corespuns principiilor fundamentale a

36 Cu titlu de precizare, deoarece potrivit calificărilor doctrinare expuse supra se recunoaște că finalitatea dreptului este binele comun, legalitatea ar constitui mijlocul tehnic de realizare a acestei armonii sociale care necesită să fie corelată la măsura echității.

37 Jean Dabin, *Theorie generale du droit*, Ed. Dalloz, Paris 1969, p. 7, p. 34.

38 Pentru dezvoltări, conform art. 3 alin. (1) din Legea nr. 100 se prevede, că: „*la elaborarea unui act normativ se respectă următoarele principii: a) constituționalitatea; b) respectarea drepturilor și libertăților fundamentale; c) legalitatea și echilibrul între reglementările concurente; d) oportunitatea, coerența, consecutivitatea, stabilitatea și predictibilitatea normelor juridice; e) asigurarea transparenței, publicității și accesibilității; f) respectarea ierarhiei actelor normative, a se vedea în acest sens, Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr. 7-17 din 12 ianuarie 2018.*”

39 Ramona Duminiță, *Criza legii contemporane*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 5.

dreptului care urmau să asigure coerența și ordonarea relațiilor în domeniul vizat, precum și n-au corespuns culturii juridice naționale⁴⁰.

Așa dar, de pildă jurisconsultul german, Hachenburg, caracterizând spiritul noii legiuri civile germane (*Geist des bürgerlichen Gezetzbuchs*) a precizat printre altele următoarele, că: „*principiul echității pătrunde prin întregul cod civil, iar ca un corolar necesar al său, apare acea formulare generală a mai tuturor dispozițiilor codului*”⁴¹.

Modestia doctrinară în rezervarea unor studii detaliate asupra principiului echității se datorează și faptului, că în majoritatea codurilor civile acest principiu nu și-a găsit o validare legală prin cuprinsul căreia s-ar contura exigențele de conținut și s-ar stabili dimensiunile juridice de aplicare a echității în cadrul disponibilității materiale a drepturilor și libertăților civile.

Acest vid legislativ uneori creează o falsă impresie asupra esenței juridice a principiului echității, fapt pentru care unii autori⁴² î-l consideră ca valoare morală, ceea ce ar însemna respectarea drepturilor fiecăruia sau îndeplinirea îndatoririi de a da fiecăruia ceea ce merită, ar dobândi o interpretare iluzorie de către jurisprudență.

Faptul că legiuitorul român și cel din Republica Moldova a evitat să-i contureze principiului echității o reglementare proprie prin care i s-ar legitima exigențele de conținut ne-ar putea crea o falsă impresie asupra inexistenței unui astfel de principiu, sau asupra unei analogii legislative în privința justificării exigențelor de conținut, deoarece prin vocația sa acest principiu vine să-și impună cerințele sale la realizarea diferitor categorii de raporturi juridice civile și se regăsesc în raționamentele juridice ale dispozițiilor legale din codul civil.

Chiar dacă esența principiului echității își marchează existența sa legală în conținutul unor prevederi ale codului civil, sau a altor legi, constatăm, că atât în doctrina civilă din România, cât și cea din Republica Moldova n-a fost agreată echitatea ca principiu distinct al dreptului civil, iar acest vid analitic a îndosiat abordarea detaliată a principiului echității, cu excepția unor autori⁴³ care-i recunosc calitatea de principiu distinct al dreptului civil, sau în viziunea altora⁴⁴ acestei reguli generale î-i este

40 Cu titlu de precizare, cele mai importante acte legislative ce au fost modificate, completate sau adoptate în ultimii ani, cum ar fi Legea nr. 133 din 15 noiembrie 2018 privind modernizarea Codului civil, au fost preluate instituții din DRAFT european, în Cartea III, Obligațiile și Cartea IV, Moștenirea, care suportul lor conceptual și modul de reglementare sunt străine tradițiilor și culturii juridice naționale.

41 Hachenburg. *Das bürgerliche Gesetzbuch Vorträge*, 1897, p. 11-12, apud Vespasian Erbiceanu, op. cit. p. 7.

42 Ioan Grigoraș, op. cit. p. 145, apud Dimitrie Gherasim, *Buna-credință*, p. 20.

43 Aurelian Ionașcu, Mircea Mureșan, Mircea Costin, Victor Ursa, Gabriela Chivu, Maria Banciu, *Contribuția practicii judecătorești la dezvoltarea principiilor dreptului civil român*, Ed. Academiei R.S. România, București, 1978, p. 11- 37.

44 Dimitrie Gherasim, *Buna-credință în raporturile juridice civile*, Ed. Academiei R.S. România, București, 1981, p. 20-23, Marius Floare, *Buna și reaua-credință în negocierea și executarea contractelor de drept comun în noul Cod civil și în dreptul comparat*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 158-161.

atribuită interferența asupra materiei contractelor civile în raport cu alte entități juridice cum ar fi buna-credință.

Potrivit unei opinii⁴⁵ din doctrina română prin care recunoaște în mod indirect existența principiului echității, se susține, că: „*echitatea este cea ceea ce dă sens dreptului și ceea ce permite rezolvarea pașnică sau prevenirea conflictelor sociale, adică este principiul înalt, imaterial și relativ incognoscibil care dă consistența sistemului și face din el o valoare distinctă de elemente sale componente*“.

În viziunea autorului citat, echitatea poate să fie chiar un izvor tacit de drept. În litigiile arbitrale, pe baza convenției părților litigante, arbitrul poate aplica echitatea, pronunțând hotărâri obligatorii în baza unor principii de echitate care, la rigoare ar putea fi și *contra legem*.

Pe lângă faptul, că efectele principiului echității sunt considerate ca izvoare tacite de drept, unii autori⁴⁶ consideră, că: „*obligațiunea mai poate lua naștere pe cale de consecință a altui principiu de echitate, care oprește ca cineva să realizeze un folos nemotivat, o îmbogățire fără cauză*“, ceea ce ar însemna, că echitatea prin exigențele sale ar dobândi calitatea unei surse a obligațiilor civile.

Din contextul opiniei citate, lesne se observă, că autorul a extins influența principiului echității în calitate de sursă distinctă în apariția obligațiilor civile, însă în realitate aceasta ar reprezenta o exigență în revendicarea echitabilă a unui drept de creanță pentru a evita abuzul de drept și a menține echilibrul dintre avantajele ce derivă dintru raport juridic obligațional.

Potrivit unei opinii din doctrina franceză⁴⁷, se susține, că: *echitatea se manifestă sub două aspecte: obiectiv — denumind principiul exactei compensații cu implicarea egalității de tratament, — și subiectiv, însemnând luarea în considerare a unei situații particulare, de regulă o slăbiciune a unei părți contractante*“.

Referindu-ne la prima formă de exprimare a echității în cadrul dreptului obiectiv, am putea menționa că această modalitate de manifestare a echității vine să asigure previzibilitatea normelor juridice ca condiție esențială de fond a acestora care dă eficacitate dreptului și vine să asigure realizarea principiului binelui comun.

În viziunea unui ilustru prof. român, Ion Deleanu se susținea, că, „*O regulă introdusă spontan în viața socială, de multe ori, poate fi mai dăunătoare decât însăși lipsa acesteia. Motivul este unul banal, căci o normă care nu există nu poate antrena răspunderea juridică, pe când una care există, dar neînțeleasă cum s-ar cuveni, rămâne un mijloc perfid,*

45 Gheorghe Piperea, *Introducere în Dreptul contractelor profesionale*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 55.

46 Ion Rosetti Bălănescu, *Dreptul în general și noțiunile sale fundamentale, Expunere introductivă la studiul dreptului*, Ed. Universului, București, 1937, p. 195.

47 D. Berhiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Dalloz, Paris, 1999, p. 315, apud Cristina Elisabeta Zamșa, *Teoria impreviziunii. Studiu de doctrină și jurisprudență*. Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 139.

*oficializat de a face rău destinatarilor ei*⁴⁸, însă obscuritatea normei nu acoperă toate situațiile care ar afecta previzibilitatea normei juridice, deoarece cel mai grav⁴⁹ credem că, este vicierea fondului prin inechitatea ei, întrucât o astfel de viciere afectează însăși finalitatea întregului sistem de drept, declinând totodată și autoritatea legislativului.

3.2. Corelația principiului legalității cu principiul echității în realizarea drepturilor civile

Legalitatea, reprezentând substratul formalist⁵⁰ al dreptului, și suportul principal de ordonare a relațiilor sociale al cărui obiectiv este de a asigura acea stare de normalitate a relațiilor sociale, este evident că acestea îi revine rolul primordial întru menținerea coexistenței dintre drepturile civile și a stăpâni pacea în societate.

Analizând opinia unui autor⁵¹ care consideră, că: „*fundamentul dreptului subiectiv îl constituie atât dreptul obiectiv, al cărui rol poate fi discutat sub aspectul creării sau al recunoașterii, sancționării dreptului subiectiv, cât și dreptul natural înțeles ca drept rațional*” putem concluziona, că prin substanța sa conceptuală, această ambianță dintre dreptul obiectiv și dreptul natural, vine să ne valideze prin finalitatea lor acea legătură conceptuală între principiul legalității prescris de dreptul obiectiv și principul echității care derivă din idealul dreptului natural.

Agreând parțial argumentele autorului sub rezerva, că dreptul obiectiv nu poate fi atribuit la fundamentul dreptului subiectiv, deoarece s-ar prezuma că, dobândirea oricărui drept subiectiv este condiționată de suportul legal care-i omologhează existența, însă în realitate nucleul conceptual al drepturilor subiective îl reprezintă interesul materializat ce se afirmă prin avantajele patrimoniale sau personal nepatrimoniale pe care le beneficiază titularul, chiar dacă în unele situații formalismul prescris de legislație determină existența dreptului, spre exemplu: dobândirea dreptului de proprietate asupra unui imobil este legată de tabularea acestuia în registrul cadastral și nu de actul juridic în temeiul cărui acesta a fost dobândit.

Ținând cont de aprecierile date de jurisconsultul german, Hachenburg, care considera, că codul civil este împânzit de principii echității, este evident, că raționamentele juridice ce stau la baza legislației civile trebuie să fie axate pe echitate pentru a asigura coexistența drepturilor civile, în caz contrar legea ar genera efecte nefavorabile pentru destinatari, iar în unele cazuri ar suscita invocarea excepțiilor de neconstituționalitate pentru a fi cenzurată orientărilor fundamentale.

48 I. Deleanu, *Accesibilitatea și previzibilitatea legii în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului și a Curții Constituționale române*, în *Dreptul* nr. 8/2011, p. 52-53.

49 Cu titlu de precizare, o normă juridică care nu este înțeleasă ar putea fi supusă unei interpretări oficiale în rezultatul cărei acest viciu al previzibilității ar putea fi înlăturat, pe când o normă juridică inechitabilă este necesară de fi abrogată sau modificată pentru a înlătura efectele sale dăunătoare asupra destinatarilor.

50 Alexandru Vălimărescu, *Izvoarele formale ale dreptului*, op. cit. p. 72.

51 Ionuț Dojană, *Dreptul subiectiv*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 64.

Afirmarea principiului echității în legislația civilă se realizează prin modul în care legiuitorul a reușit să ajusteze prin imaginația sa acel echilibru la dobândirea drepturilor, realizarea acestora prin intermediul diferitor acte juridice și stingerea lor prin efectul echitabil.

Potrivit unei aprecieri doctrinare se susține, că: „*Echitatea în contracte nu este luată în sens aristotelic de egalitate matematică, de egalitate perfectă între prestațiuni contractuale. O astfel de egalitate este imposibilă în drept deoarece, în acest caz, contractul ar fi inutil. Nimeni nu ar mai contracta dacă ar ști, că primește o valoare exactă a celor ce dă, că nu realizează nici un beneficiu. Echitatea trebuie luată în sensul de echivalență între prestațiunile contractuale, sau după cum se exprimă Francois Geny: Echitatea trebuie luată în sensul unui echilibru al intereselor private în balanță*”⁵².

Deoarece drepturile subiective prin substanța lor conceptuală derivă din emanațiile personale ale omului, este evident că dobândirea, realizarea și încetarea lor depinde de conduita subiectivă a titularului, iar pentru ca acesta să nu abuzeze de drepturile sale, legiuitorul prin art. 11 Cod civil în redacția Legii nr. 133 a omologat în mod expres, ca principiu distinct „*buna-credință*”, care prin elementele sale definitorii consemnează următoarele aspecte structurale: corectitudinea, onestitatea și luarea în cont a intereselor celeilalte părți, componente ce prin esența lor juridică vin să asigure realizarea echitabilă a drepturilor civile.

O situație ce ar servi drept reper în menținerea spiritului de echitate la realizarea drepturilor de creanță se poate ilustra cu o reglementare vrednică de a fi preluată de legislația civilă națională întru garantarea asigurării armoniei dintre avantajele pe care le pretind subiectele unui raport juridic obligațional, deoarece după cum susținea un radicalist prof. roman, Istrati Micescu, că dreptul civil este știința drepturilor subiective și tehnica obligațiilor.

O ilustrare relevantă acestei afirmații o putem extrage din cuprinsul alin. (1) art. 2 cap. 1 Cartea VI Codul civil olandez, conținutul căru-i prevede, că: „*creditorul și debitorul trebuie să respecte rezonabilitatea și echitatea cerințelor ce derivă din relațiile lor reciproce*”⁵³, reglementare care ne confirmă că, legiuitorul olandez a stabilit un reper legal axat pe echitate la care trebuie să fie aliniată la conduită părților.

Din contextul acestei prevederi, lesne se observă, că legiuitorul olandez a axat substanța conceptuală a acestei reglementări pe două criterii legale: rezonabilitatea și echitatea prestațiilor ce le revin creditorului și debitorului, care prin valoarea lor aplicativă lasă loc liberului arbitru al judecătorului de a aprecia potrivit împrejurărilor de fapt ale litigiului dacă subiectele raportului juridic obligațional și-au manifestat o atitudine corespunzătoare față de aceste criterii legale, care face obiectul unui alt principiu fundamental, cum ar fi buna-credință.

52 I.G. Lipovanu, *Egalitate și contract, (Studiu de drept civil comparat)*, Tipografia Alexandru A. Țerek, Iași, 1946.

53 *Гражданский кодекс Нидерландов*, перевод М. Ферштман, Лейден, 1996, с. 281.

Prin urmare, o astfel de situație ne atestă, că respectarea bunei-credințe a subiectelor raporturilor juridice obligaționale nu întotdeauna își poate atinge efectele scontate, deoarece dacă subiectele raportului juridic obligațional au un comportament diligent și acționează cu bună-credință, însă coraportorul dintre avantajele la care s-au angajat nu sunt rezonabile și echitabile, diligența și buna-credință a acestora se compromise prin inechitatea efectelor juridice ale raportului obligațional.

Cât privește al doilea criteriu referitor la echitatea relațiilor dintre creditor și debitor prin esența sa juridică vine să cizeleze primul aspect al acestei reglementări, deoarece rezonabilitatea unui raport juridic obligațional poate să existe numai în cazul când avantajele urmărite de subiecte sunt echitabile, iar ignorarea acestei cerințe ar duce la un dezechilibru de prestații la care au pretins subiectele raportului juridic obligațional, sau cel puțin unul dintre ele la momentul manifestării voinței de a se antrena în această legătură juridică.

Cu toate că, echitatea reprezentând idealul unei norme juridice pe care legiuitorul trebuie s-o aducă la desăvârșire prin raționamentele sale juridice, însă la practică se întâlnesc anumite situații când datorită unor circumstanțe obiective sau subiective, acest echilibru sau proporționalitate al avantajelor contractuale nu poate fi respectat datorită naturii juridice a contractului, dobândind astfel calitatea unor excepții admisibile pentru libertățile și emanațiile personale ale omului. Cu titlu de ilustrare asupra excepției invocate ne poate servi contractul de donație, testamentul, jocurile de noroc și pariuri, pe care legiuitorul conceptual le-a admis datorită libertății subiectului de a dispune de bunurile sale în timpul vieții, sau pentru cauză de moarte.

Prin urmare, interferența principiului echității cu principiul legalității poate fi examinată sub două aspecte, primul aspect obiectiv poate fi desprins însăși din esența normei juridice care vine să reglementeze raportul juridic obligațional, iar cel de al doilea aspect — subiectiv se referă la atitudinea pe care și-o manifestă titularii de drepturi subiective sau de obligațiuni civile în conduita prezumată⁵⁴ de buna-credință a subiectelor raportului juridic obligațional care trebuie să fie ajustată la prevederile legale pentru a menține acest echilibrul patrimonial.

Cu titlu de ilustrare ne poate servi prevederile art. 942 din Codul civil în redacția Legii nr. 133 din 15 noiembrie 2018, conținutul cărui impune părților din contractul de împrumut de a stabili o dobândă într-o măsură rezonabilă cu rata de refinanțare a Băncii Naționale a Moldovei, reper legal care vine să valideze într-un mod indirect armonizarea raporturilor contractuale la exigențele principiului echității pentru a nu permite creditorilor să abuzeze de caracterul adeziv și să prevină prejudicierea sau falimentarea debitorului.

54 Cu titlu de precizare, afirmația de prezumare a bunei-credințe se desprinde din contextul art. 11a Codului civil, care se referă la corectitudinea conduitei și luarea în cont a interesului celeilalte părți, ceea ce ar însemna că, în aparență atitudinea titularilor de drepturi subiective este prezumată de a fi de bună-credință, însă numai prin conduita pe care aceștia au manifestat-o la exercitarea drepturilor subiective se poate de determinat dacă au acționat cu bună credință.

Deci prin urmare, acest reper legal consemnat de Codul civil în privința stabilirii cuantumului dobânzii contractuale are ca scop de a preveni stipularea sau menținerea unor clauze neechitabile în contractele de creditare pentru a asigura acel echilibru contractual și a evita abuzul de prerogativele creditorului.

Prin urmare, din contextul acestei dispoziții legale, lesne se observă că, legiuitorul a pretins de a pune în funcțiune exigențele principiului legalității care vin să cenzureze raporturile juridice civile la o doză de echitate distributivă, rezervându-i totodată facultatea de a invoca nulitatea absolută a clauzelor care contravin cerințelor legale, situație care ne ilustrează dublarea intensității principiului legalității în configurarea raporturilor contractuale la echitatea distributivă, iar în cazul ignorării acestei prescripții să intervină acea echitate corectivă.

Pornind de la primul aspect, este evident că corelația între principiul echității și principiul legalității derivă însăși din conținutul normei juridice, care potrivit exigențelor de tehnică legislativă din majoritatea statelor cu tradiții democratice, infiltrează în substratul conceptual al normelor juridice acea doză de echitate pentru a asigura eficacitatea acesteia și a preveni dezechilibrul între drepturile civile.

O punte de legătură între aceste două principii poate fi dedusă din valoarea lor juridică care a fost recunoscută de doctrină⁵⁵, deoarece atât principiul echității, cât și principiul legalității au dobândit calitatea de principii fundamentale ale sistemului de drept național, însă acestea n-au reușit să fie recunoscute în mod corespunzător de către legiuitor, fapt care și îndosește valoarea lor aplicativă în raporturile juridice civile.

Esența principiului echității în materia obligațiilor civile mai poate fi desprinsă și din suportul causalistic care stă la baza exercitării acțiunii pauliene, deoarece potrivit unei opinii doctrinare⁵⁶, se consemnează, că „*dacă acțiunea pauliană a fostă creată pe baza unui principiu de dreptate, nu se poate ca tocmai prin intențarea ei, să se contravină acestui principiu dar, tocmai aceasta s-ar întâmpla dacă condițiunea fraudei n-ar fi cerută. Inechitatea în acest caz, ar fi cu mult mai mare, ar fi inadmisibilă*“.

Sub acest aspect, ținem să precizăm, că substanța acțiunii pauliene (revocatorii) este axată pe echitatea corectivă (*calificare aristotelică*) ce a fost condiționată de conduita debitorului manifestată cu rea-credință în scopul fraudării creditorului, iar la înlăturarea acestei fraude pauliene este necesar să se mențină spiritul de echitate pentru care această categorie de acțiune a fost instituită de către legiuitor.

55 Pentru dezvoltări, în materia Teoriei generale a dreptului, majoritatea autorilor atribuie principiul echității și principiul legalității la categoria principiilor fundamentale, care ar trebui să răspundă unor cerințe ale realității desprinse din experiența socială, însă care spre regret ambele nu și-au găsit o validare legală în cuprinsul art. 1 al Codului civil în redacția Legii nr. 133 din 15 noiembrie 2018.

56 A se vedea: George Plastara, *Curs de drept civil român*, Ed. Cartea Românească, 1925, p. 442.

Concluzii

Ajungând la finele acestei investigații am constatat, că atât principiul echității cât și principiul legalității sunt constantele de bază a unui stat de drept, deoarece dominația legislativă asupra raporturilor juridice ce apar între persoanele fizice și juridice trebuie să fie axată pe acea echitate socială, pentru a putea îndreptăți autoritatea statului și finalitatea dreptului în fața membrilor societății.

Rezumând asupra aprecierilor și constatărilor expuse *supra* și analizând dimensiunile juridice ale principiului echității în raport cu principiul legalității considerăm că, legalitatea formală întruchipată în raționamentele juridice pe care legiuitorul o expune în textele de lege nu conține o suficientă doză de echitate ce ar face previzibilă și accesibilă legea respectivă, fapt care ar fi mai favorabil pentru destinatari, ca o astfel de reglementare să nu vadă lumina zilei în scopul de a preveni unele nedreptăți sociale.

Prin urmare, am putea conchide, că dacă principiul echității reprezintă esența dreptului, pe care trebuie să fie axat fondul tuturor normelor juridice, atunci principiul legalității, care reprezintă sursa formală a dreptului, trebuie să asimileze exigențele de conținut ale echității distributive și cele corective pentru a pune în valoarea finalitatea dreptului.

Deoarece echitatea distributivă constituie măsura ideală de dobândire, realizare și încetare a drepturilor subiective, ajungem la concluzia, că principiul echității ar trebui să constituie fundamentul tehnicii legislative în prevenirea elaborării unor acte normative inechitabile pentru a asigura coexistența drepturilor și libertăților civile, constituind totodată și etalon conceptual în executarea obligațiilor civile.

În virtutea acestei afirmații și înlăturării vidului legal din cuprinsul unor texte de lege, cu titlu de *lege ferenda* considerăm necesar de a introduce în cuprinsul art. 1 din Codul civil al Republicii Moldova, principiul echității și principiul legalității în calitate de principii de bază ale legislației civile, ceea ce în consecință ulterior ar putea duce la omologarea analitică a acestor două principii și la facilitarea implementării lor în jurisprudența națională.

Ținând cont, de o opinie a unui înrăit promotor al echității, care susținea, că: „*indiferent de perfecțiunea și eficacitatea legilor sau a instituțiilor dacă acestea sunt neechitabile, atunci ele necesită de a fi reformate sau lichidate*“, ne confirmă preeminența principiului echității asupra principiului legalității.

În scopul prevenirii adoptării unor acte normative injuste sau inechitabile, cu titlu de *lege ferenda*, considerăm necesar ca în cuprinsul art. 3 alin. (1) din Legea nr. 100 cu privire la actele normative de a include în prima poziție, principiul echității, modificare care-și cerșește necesitatea pentru a alinia activitatea legislativă la adevăratul spirit al dreptății și ar mai servi drept reper de bază pentru tehnica legislativă de a cenzura obiectul de reglementare al actelor normative prin prisma principiului echității.

Ținând cont, că echitatea corectivă este principalul etalon în restabilirea și apărarea drepturilor civile și a intereselor ocrotite de lege, cu titlu de *lege ferenda* considerăm

necesar de a substitui din cuprinsul art. 4 al CPC RM sintagma de „*examinare justă*“ cu sintagma „*examinarea echitabilă*“ deoarece aceasta ar putea descătușa liberul arbitru al judecătorului de a răstălmăci unele prevederi legale neechitabile pentru satisfacerea efectivă și echitabilă a solicitărilor invocate de justițiabili.

În final am menționa, că intervenția excesivă a principiului legalității în tehnica legislativă prin conturarea unor prevederi ce potrivit condițiilor sociale n-ar putea fi răstălmăcite în spiritul aplicării echitabile a legislației, privite prin prisma unei aprecieri date de Henr D. Thoreau, care susținea, că „*legile în niciodată n-a făcut oamenii cât de cât mai echitabili și din respectul față de legii chiar oamenii cinstiți zilnic devin o armă a nedreptății*“⁵⁷ am crea un climat al nedreptății unde liberul arbitru al magistratului n-ar fi în stare să înlătore acea inechitate socială, iar în consecință această situație ar știrba considerabil din finalitatea dreptului.

57 A se vedea: Alexei Jereghi, Vitalie Jereghi, *Legile în istoria omenirii, Cugetări despre legi*, Tipografia „Reclama“, Chișinău, 2011, p. 14.

ŞTIINŢE PENALE

CRIMINAL SCIENCES

INCURSIUNI GENERALE PRIVIND APLICAREA LEGII PENALE

Mihail SORBALA, doctor în drept, lector universitar (ORCID: 0000-0002-4055-6914)

GENERAL INCURSIONS REGARDING THE APPLICATION OF THE CRIMINAL LAW

Individual freedom and security of the person is one of the most sensitive and complex human values which, along with other fundamental rights, plays a primordial role in a democratic society. Legal relations are presented as legal norms in action. Both the interpretation and the application of legal norms must lead to the realization of law in social relations. The realization of the rule of law, in general, presupposes on the part of all the addressees of the law a conduct in accordance with the provisions of the law in order to a good development of the social relations. Thus, for the law to act promptly and effectively - either criminally or extra-criminally - this presupposes the possibility and necessity of its application. The application of the legal norm designates everything that is necessary for their transposition and for the protection of subjective rights. However, in order to be in the presence of the legal order, the state must be able not only to create rules, but also to determine their effective implementation, both through actions that stimulate subjects to voluntarily submit to the rules and by organizing an institutionalized effective constraint.

Keywords: criminal law; active law; application of criminal law; the rules of criminal law; the prejudicial nature of the crime; time; space; persons; facts; criminal offence.

Raporturile juridice se prezintă ca norme juridice în acțiune. Atât interpretarea, cât și aplicarea normelor juridice trebuie să ducă la realizarea dreptului în relațiile sociale. Realizarea ordinii de drept, în general, presupune din partea tuturor destinatarilor legii o conduită conformă cu dispozițiile legii în vederea unei bune desfășurări a relațiilor sociale. Astfel, ca legea să acționeze prompt și efectiv — fie penal, fie extrapenal — aceasta presupune posibilitatea și necesitatea aplicării ei. Aplicarea normei juridice desemnează tot ceea ce este necesar pentru transpunerea în viață a acestora și pentru protecția drepturilor subiective. Însă, pentru a fi în prezența ordinii juridice, statul trebuie să fie capabil nu doar să creeze norme, dar și să determine realizarea lor efectivă, atât prin acțiuni care să stimuleze subiecții de a se supune voluntar normelor, cât și prin organizarea unei constrângeri instituționalizate efective.

Cuvinte-cheie: legea penală; legea activă; aplicare al legii penale; normelor de drept penal; caracterul prejudiciabil al infracțiunii; timpul; spațiul; persoanele; faptele; infracțiune.

Aplicarea legii penale este înțeleasă ca o problemă ce privește eficiența reactivă a acesteia, adică de realizare prin constrângere a ordinii de drept ce are loc prin intermediul raporturilor juridice penale de conflict¹. Principiul fundamental care

1 Mitrache C. Drept penal român. Partea generală. Ediția a IV-a. Casa de Editură și Presă ȘANSA. București, 2000, p. 50.

domină întreaga materie privind aplicarea legii penale în timp este principiul legii *active*, eficientă și obligatorie, pe tot timpul cât se găsește în vigoare. Potrivit acestui principiu, răspunderea penală se stabilește după legea în vigoare din momentul săvârșirii infracțiunii. Legea penală nu se aplică faptelor care la data săvârșirii lor nu erau prevăzute ca infracțiuni și nici faptelor săvârșite după ieșirea ei din vigoare². Aplicarea normei penale este condiționată nu numai de poziția obediență a destinatarilor în raport cu norma (pe care o respectă de bunăvoie sau prin constrângere), dar este influențată și de o serie de factori exteriori care fixează, obiectiv, limitele de aplicare a normei penale, cum sunt: timpul, spațiul, persoanele și actele, fiecare dintre acești termeni fiind susceptibili de variații și implicit de consecințe juridice diferite.

Așa de pildă, legea penală, ca orice fenomen, are o durată limitată în timp; este adoptată la un anumit moment dat, are o perioadă de aplicare și un moment al ieșirii din vigoare. De asemenea, fapta concretă căreia i se aplică legea penală are o durată în timp, adică un moment al săvârșirii și uneori multiple momente de continuitate ori de epuizare. Timpul influențează aplicarea legii penale și în cazul retroactivității sau ultraactivității legii penale, al aplicării legii mai favorabile, al dezincriminării (*abolitio criminis*), al introducerii de noi incriminări (*incriminatio ex novo*) și al altor instituții juridice penale.

De remarcat, de asemenea, influența teritoriului asupra aplicării legii penale. Se știe că legea penală se aplică pe un teritoriu determinat supus suveranității statului a cărui voință stă la baza adoptării legii penale. Pe de altă parte, faptele concrete cărora li se aplică legea penală se săvârșesc într-un spațiu determinat în raport cu care pot să rezulte diferite consecințe, cum ar fi aplicarea legii penale pentru faptele săvârșite în țări care fac parte din Uniunea Europeană sau în afară de acest cadru, ori în cazul extrădării, sau în alte situații de impact al legii penale cu legislațiile străine și cu convențiile internaționale etc.³.

Legea penală devine activă chiar din momentul intrării ei în vigoare, normele sale constituind reguli de conduită obligatorie și de imediată aplicare în sfera relațiilor de apărare împotriva criminalității. Pe cale de consecință, indiferent dacă dispozițiile legii penale sunt duse la îndeplinire de destinatarii ei prin respectarea regulilor impuse — situație în care eficiența acesteia se realizează prin conformare (eficiența activă), sau prin constrângere — situație în care eficiența legii penale se realizează prin mijlocirea unor raporturi juridice penale de conflict (eficiența reactivă), în ambele ipoteze, ordinea de drept penal se realizează prin activitatea aceleiași legi, în funcție de anumite elemente, care privesc *spațiul* (teritoriul) *timpul*, *persoanele și faptele*.

Aceste elemente reprezintă de fapt, însăși coordonatele firești în raport de care legea penală poate deveni activă conținând, pe cale de consecință, și limitele ei de

2 Barbu C. Aplicarea legii penale în spațiu și timp. Ed. Științifică. București, 1972, p. 149.

3 Antoniu G. Tratat de drept penal. Volumul I. Introducere în dreptul penal. Aplicarea legii penale. Ed. Universul Juridic. București, 2015, p. 286.

aplicare. Datorită importanței deosebite a acestor elemente în procesul aplicării legii penale și a reperelor cadru pe care acesta le conturează întinderii activității sale, majoritatea legiurilor penale moderne tratează problematica lor în texte de debut a părții generale din codurile penale⁴.

Stabilirea exactă a limitelor acțiunii actelor normative figurează ca prima condiție obligatorie a reglementării juridice. Aceasta pentru că fiecare act normativ cândva a fost emis și la un anumit moment iese din vigoare, funcționează pe un anumit teritoriu, este adresat unui sau altui cerc de subiecte. Cu alte cuvinte, stabilirea exactă a limitelor acțiunii actelor normative permite a determina cercul de relații sociale, reglementate de normele juridice la acel timp, în acel spațiu și pentru acele persoane (fizice sau juridice).

De aceste trei criterii depinde într-o oarecare măsură și eficacitatea normelor juridice, a dreptului în general, gradul de atingere a scopului reglementării juridice, de influență social-politică a dreptului etc. Neconcordanța între aceste criterii, punerea urgentă în aplicare a unor acte normative de importanță majoră și voluminoase poate crea multiple dificultăți în activitatea organelor de stat, în soluționarea problemelor practice, situații nefavorabile pentru unele subiecte de drept ș.a.m.d.⁵

Legea trebuie să definească în mod clar infracțiunile și pedepsele pe care acestea le atrag, instanțele având obligația de a stabili dacă în momentul în care s-a comis fapta exista o dispoziție legală care prevedea pedepsirea faptei și dacă pedeapsa impusă nu depășește limitele fixate prin acea dispoziție. În această ordine de idei, este de menționat, că principiul aplicării legii penale în timp constituie o continuitate logică a principiului legalității. În materia discutată, legalitatea impune *aplicarea principiului activității legii penale*⁶.

Conținutul principiului activității legii penale, conceput în mod riguros, rezidă în aplicarea imediată, obligatorie, integrală și continuă, pe toată durata existenței sale, a legii penale. Dacă legea penală nu se aplică trecutului, ea se aplică de îndată viitorului, adică tuturor faptelor pe care le reglementează, ivite după intrarea sa în vigoare și până la ieșirea din vigoare. În legea adoptată și neabrogată trebuie să caute judecătorul reglementarea faptului supus judecării.

Domeniul propriu de aplicare al legii penale este deci țărmurit la un capăt, de domeniul opririi acțiunii acesteia asupra trecutului — neretroactivitatea —, iar la celălalt capăt, de domeniul neaplicării ei după ieșirea din vigoare — nesupraviețuirea (*Non si estendendo dltri i casi e tempi in esse espressis* — legile penale și cele care restrâng liberul exercițiu al dreptului, nu pot fi întinse peste cazurile și timpul prevăzut în ele).

4 Giurgiu N. Legea penală și infracțiunea. Doctrină, legislație, practică judiciară. Ediție revizuită și adăugită. Ed. Gama. Iași, 2007, p. 82-83.

5 Avornic Gh., Aramă E., Negru B., Costaș R. Teoria generală a dreptului. Ed. Cartier Juridic. Chișinău, 2004, p. 253-254.

6 Pădure D. Preeminența dreptului în legea penală. În: Studia Universitatis Moldaviae, nr. 3 (123)/2019, p. 207-208.

Fiecare din cele două legi se aplică cu strictețe în domeniul său. Legea nouă respectă ceea ce s-a făcut în trecut, dar guvernează singură de la data intrării sale în vigoare⁷.

Materia aplicării legii penale reprezintă un domeniu de analiză care poate fi abordat din perspectiva mai multor *coordonate*, respectiv: *timpul; spațiul; persoanele; faptele*. Fiecare dintre aceste dimensiuni ale fenomenului aplicării legii penale prezintă particularități proprii, specifice, precum și laturi care se întrepătrund (în special în dinamica practicii judiciare, căci orice aplicare a legii penale implică, deopotrivă, toate aceste coordonate)⁸.

Legalitatea incriminării, exprimată prin regula „*Nu există infracțiune fără lege*“ (*Nullum crimen sine lege*), presupune că nicio persoană nu poate fi trasă la răspundere penală pentru o faptă care, la momentul săvârșirii ei, nu era prevăzută de lege ca infracțiune. În acest caz, principiul legalității este privit ca o garanție juridică fundamentală pentru respectarea drepturilor, intereselor legitime și libertăților persoanei. Reieșind din principiul legalității, se concluzionează că numai legea penală (Codul Penal al R. M.) prevede ce fapte constituie infracțiuni. Incriminarea/dezincriminarea unor fapte ori reconfigurarea elementelor constitutive ale unei infracțiuni, precum și utilizarea unor noțiuni mai largi în cadrul normelor penale țin de marja de apreciere a legiuitorului, marjă care nu este absolută, ea fiind limitată de prevederile constituționale (HCC 22/2017, § 64). Curtea Constituțională a Republicii Moldova a reținut că, în timp ce *caracterul prejudiciabil* al infracțiunii este determinat de obiectul juridic protejat, constituind *semnul calitativ* al infracțiunii, *gradul prejudiciabil* depinde de gravitatea faptei săvârșite (valoarea daunei, forma vinovăției, motivul, scopul etc.), fiind un *semn cantitativ* (HCC 22/2017, § 69)⁹.

Legea penală — așa cum se configurează aceasta la un anumit moment de timp — se aplică cu privire la o persoană care, într-un anumit spațiu, a comis o faptă incriminată. În plus, de la momentul comiterii acestei fapte și până la data aplicării definitive a legii penale (precum și — uneori — chiar ulterior acestui moment, până la încheierea completă a raportului juridic penal de conflict), este posibil să apară modificări în reglementarea penală, cu potențiale efecte corespunzătoare asupra aplicării legii penale (în timp), în privința cazului concret de referință¹⁰.

Astfel, orice lege este elaborată și adoptată pentru a fi aplicată, iar legea penală nu numai că nu face excepție de la această regulă, dar, dimpotrivă, are ca trăsătură specifică faptul că devine activă, eficientă și deci aplicabilă din însuși momentul in-

7 Barbu C. Op. cit., p. 153.

8 Mărculescu-Michinici M.-I., Dunea M. Drept penal. Partea generală. Ed. Hamangiu. București, 2017, p. 136.

9 Pădure D. Op. cit., p. 207; Hotărârea Curții Constituționale nr. 22 din 27 iunie 2017 privind excepția de neconstituționalitate a unor prevederi ale articolului 328 alin. (1) din Codul penal (excesul de putere sau depășirea atribuțiilor de serviciu). <https://www.constcourt.md/public/ccdoc/hotariri/ro-h2227062017ro7bc1c.pdf>.

10 Mărculescu-Michinici M.-I., Dunea M. Op. cit., 2017, p. 136.

trării ei în vigoare. Ea se aplică, adică se impune în reglementarea relațiilor de apărare socială, fie prin respectarea nesilită a comandamentelor sale, fie silit, în cazul săvârșirii faptelor interzise de ea, iar această aplicare are loc atâta vreme cât legea se află în vigoare. Așa fiind, este firesc ca, printre principiile aplicării legii penale în timp, locul principal să-l ocupe *principiul aplicării legii penale active*, adică al aplicării legii penale în vigoare în momentul săvârșirii infracțiunii. Potrivit acestui principiu, legea penală incidentă în raport cu o anumită infracțiune trebuie să fie legea în vigoare la acea dată, fiindcă însăși rațiunea legii penale este aceea de a reglementa în exclusivitate relațiile de apărare socială existente sau născute în timpul cât ea se află în vigoare.

Principiul aplicării legii penale active poate fi susținut cu numeroase argumente. Poate fi invocat în sprijinul său principiul legalității incriminării, răspunderii penale și sancțiunilor de drept penal; se poate afirma că gravitatea faptei săvârșite este aceea evaluată de legea penală în vigoare în momentul săvârșirii ei; că făptuitorul a cunoscut legea penală din momentul săvârșirii faptei și deci este drept ca el să răspundă potrivit legii pe care a încălcat-o etc. Valabilitatea acestui principiu nu este în genere contestată.

Principiul aplicării legii penale active prevede că legea penală se aplică infracțiunilor săvârșite în timpul cât ea se află în vigoare. Pentru a se cunoaște deci care este legea penală aplicabilă într-un caz dat, este suficient, potrivit acestui principiu, să se determine legea penală în vigoare în momentul săvârșirii infracțiunii, această lege fiind singura aplicabilă¹¹.

Aplicarea legii penale înseamnă executarea sau îndeplinirea îndatoririlor pe care ea le prevede și poate avea loc fie de bunăvoie, ca în cazul conformării, fie silit în cazul săvârșirii faptei interzise. Aplicarea legii penale este înțeleasă în general ca folosire a acesteia la realizarea prin constrângere a ordinii de drept penal, adică la soluționarea raporturilor juridice penale de conflict, prin folosirea legii penale ca temei pentru tragerea la răspundere penală și pentru sancționarea făptuitorului. Trebuie subliniat însă că realizarea prin constrângere a ordinii de drept penal constituie o cale excepțională de realizare a ordinii de drept penal, calea normală, obișnuită, fiind aceea a respectării de bunăvoie a obligației de conformare¹².

Aplicarea legii penale constă în *executarea* (transpunerea în practică) *normelor de drept penal* prin intermediul raporturilor penale de conformare (cooperare, supunere, obediență) și a celor de conflict (răspundere, contradicție).

Legea penală este obligatorie din momentul intrării sale în vigoare, pentru că de la această dată ea trebuie respectată de către destinatari. Rolul determinant în ceea ce privește aplicarea legii penale aparține organelor judiciare, care, potrivit competenței atribuite, vor aduce la îndeplinire prevederile legii penale atunci când acestea sunt încălcate.

11 Bulai C., Bulai B. N. Manual de drept penal. Partea generală. Ed. Universul Juridic. București, 2007, p. 124-125.

12 Ibidem, p. 101.

Legile penale se aplică pe un anumit teritoriu, într-o anumită perioadă și privesc faptele comise de anumite persoane fizice sau juridice, ceea ce înseamnă *că spațiul, timpul, faptele și persoanele* sunt elementele în funcție de care se stabilește sfera aplicării legii penale (limitele acesteia)¹³.

Aplicarea legii penale are loc și este reglementată în raport cu anumite elemente de care sunt legate fenomenele juridice penale și care îi determină sfera de incidență sau limitele de aplicare. Aceste elemente sunt: timpul, teritoriul, persoanele și faptele.

a) *Timpul*. Este un element determinant al limitelor incidenței legii penale, fiindcă aceasta, ca expresie a voinței organului legiuitor, are o durată determinată, în sensul că ea are forță obligatorie din momentul intrării în vigoare și până în momentul când este scoasă din vigoare. Totodată, este știut că relațiile de apărare socială, pe care legea penală le reglementează, au și ele o durată determinată, astfel încât trebuie să se stabilească legea care reglementează acele relații de apărare socială, în momentul respectiv. Deci, în mod firesc legea penală trebuie să fie studiată sub raportul limitelor aplicării sale în timp¹⁴.

Întrucât legea penală este activă pe toată perioada de timp în care ea este în vigoare, determinarea legii penale incidente se face prin stabilirea datei la care ea intră în vigoare și a celei la care iese din vigoare¹⁵. În ceea ce privește data ieșirii din vigoare a legii penale, aceasta este data intrării în vigoare a legii care o abrogă, iar în cazul legilor temporare sau excepționale, data ajungerii la termen, în cazul celor dintâi, sau data încetării situațiilor excepționale care le-au determinat, în cazul celor din urmă. În intervalul dintre cele două date, legea penală este în vigoare, iar infracțiunea săvârșită înăuntrul acestui interval de timp cade sub incidența ei.

b) *Teritoriul* (spațiul). Este element de referință obligatoriu în determinarea limitelor aplicării legii penale, în primul rând pentru că legea penală, ca expresie a voinței de stat suverane, are forță obligatorie pe întreg teritoriul pe care statul își exercită suveranitatea, iar în al doilea rând pentru că relațiile sociale reglementate de dreptul penal, ca și conduita oamenilor în cadrul acestor relații, se desfășoară pe un anumit teritoriu. Pentru aplicarea legii penale trebuie să se stabilească așadar o anumită corespondență între ea și relațiile pe care le reglementează în raport cu teritoriul pe care acestea se desfășoară.

c) *Persoanele*. Întrucât legea penală reglementează relații dintre oameni, ea se adresează, cu prescripțiile sale, oamenilor, care sunt destinatarii și totodată beneficiarii reglementărilor sale. De aceea, studiind aplicarea legii penale, nu se poate face abstracție de persoanele cărora li se adresează sau ale căror interese le ocrotește prin reglementarea relațiilor de apărare socială. Limitele aplicării legii penale sunt determinate, așadar, și de sfera persoanelor care pot fi subiecte ale relațiilor sociale reglementate prin normele de drept penal.

13 Hotca M. A. (coord), Buneci P., Gorunescu M. ș. a. Instituții de drept penal. Ed. Universul Juridic. București, 2014, p. 12.

14 Bulai C., Bulai B. N. Op. cit., p. 101-102.

15 Ibidem, p. 125-126.

d) *Faptele*. Reglementând relațiile de apărare socială, legea penală interzice, așa cum s-a arătat, faptele periculoase pentru valorile sociale, fie că sunt acțiuni, fie că sunt omisiuni. De aceea aplicarea legii penale se raportează la fapte. Însă, în cazul relațiilor de conformare, raportarea se face la faptele prevăzute în lege și interzise sub sancțiune penală, iar în cazul raporturilor de conflict raportarea se face la fapta concretă generatoare de astfel de conflicte¹⁶.

Timpul delimitează, din punct de vedere cronologic, aplicarea legii penale și împreună cu spațiul reprezintă cadrul spațio-temporal al fenomenelor juridice penale.

Spațiul este teritoriul pe care legea penală este activă.

Persoanele sunt subiectele de drept, respectiv persoanele fizice sau juridice între care se derulează raporturile juridice penale.

Faptele sunt actele de conduită (acțiunile sau inacțiunile) ale persoanelor care încalcă normele de incriminare¹⁷.

În definitiv, este a sublinia că, condiția eficienței legii penale se exteriorizează în aplicarea ei. Reliefant este că prin normele penale privind aplicarea legii penale se înțelege ansamblu de norme juridico-penale prin care se reglementează aplicarea legii penale în raport cu săvârșirea faptelor social periculoase în calitate de infracțiuni incriminate în conținutul acesteia, dar și momentul tragerii la răspundere penală a celor care au săvârșit asemenea fapte, ce constituie infracțiuni incriminate în conținutul legii penale.

Este de menționat că, aplicarea legii penale presupune executarea normelor de drept penal, adică transpunerea în practică a acestora, prin intermediul raporturilor penale de conformare, dar și a celor de conflict. În acest mod, realizarea dispozițiilor legii penale are loc, fie printr-o atitudine de conformare, de bunăvoie, de către cei îndatorați să o respete, fie prin exercitarea constrângerii și a sancțiunilor penale de către organele de stat abilitate și obligate să aplice legea față de cei care intră în conflict cu legea penală, prin săvârșirea faptelor infracționale. Realizarea prin constrângere a ordinii de drept penal constituie o cale excepțională de realizare a ordinii de drept penal, calea normală, obișnuită, fiind aceea a respectării de bunăvoie a obligației de conformare.

Însă, pentru a fi corect aplicată, legea penală în vigoare trebuie să fie clară, accesibilă destinatarilor ei. Iar, pentru aceasta subliniem și importanța care trebuie acordată de legiuitor exprimării voinței sale în mod clar, fără echivoc, într-un limbaj accesibil destinatarilor pentru a fi înțeles, iar legea respectată.

16 Ibidem, p. 101-102.

17 Hotca M. A. (coord), Buneci P., Gorunescu M. ș. a. Op. cit., p. 12.

ANALIZA JURIDICO-PENALĂ A INFRAȚIUNII DE TRAFIC DE FIINȚE UMANE

Vitalie BUDECI, doctor în drept, lector universitar (ORCID: 0000-0003-2017-8167)

Olesea RUSU, master în drept

LEGAL-CRIMINAL ANALYSIS OF THE CRIME OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS

Every year, millions of people around the world fall victim to human trafficking. The Republic of Moldova is no exception to this phenomenon. Thus, the approached problem is of both theoretical and practical interest. In this article we will analyze the history of the appearance of the institution of trafficking in human beings, the notion of this institution, will perform the legal-criminal analysis of the crime of trafficking in human beings. Finally, the authors will come to conclusions and recommendations to combat this phenomenon

Keywords: *trafficking, exploitation, recruitment, transportation, transfer, shelter, freedom, consent, violence, abuse, vulnerability.*

În întreaga lume anual milioane de oameni devin victime a traficului de ființe umane. Republica Moldova nu este o excepție împotriva acestui fenomen. Astfel, problema abordată prezintă interes atât teoretic cât și practic. În acest articol va fi analizat istoricul apariției instituției traficului de ființe umane, noțiunea acestei instituții, se va efectua analiza juridico-penală a componentei de infracțiune de trafic de ființe umane. În final autorii vor veni cu concluzii și recomandări în vederea combaterii acestui fenomen

Cuvinte-cheie: *trafic, exploatare, recrutare, transportare, transferul, adăpostire, libertate, consimțământ, violență, abuz, vulnerabilitate.*

Anual, milioane de oameni din întreaga lume devin victime ale traficului de ființe umane. Majoritatea o constituie femeile, deși nu este exclus să fie traficați și bărbații. În Republica Moldova, în ultimii ani s-au făcut pași concreți în vederea prevenirii, combaterii și sancționării traficului de ființe umane. Astfel, a fost creat Comitetul Național pentru Combaterea Traficului de Ființe Umane, au fost organizate centre de asistență și protecție a victimelor traficului de ființe umane, a fost aprobată Strategia Sistemului național de referire pentru protecția și asistența victimelor și potențialelor victime ale traficului de ființe umane, precum și Planul de acțiuni privind implementarea Strategiei Sistemului național de referire pentru protecția și asistența victimelor și potențialelor victime ale traficului de ființe umane.

În esență conceptul de trafic nu este unul nou, pentru prima dată acesta fiind utilizat în secolul XVI, în calitate de sinonim pentru comerț. Astfel, acest termen nu avea conotații negative. Totuși, către sec. XVII traficul a început a fi asociat cu vânzarea ilicită și/sau neloială a mărfurilor. Deși, la începuturi, prin trafic se înțe-

legea, în mare parte, vânzarea de droguri și arme, către sec. XIX această noțiune mai includea și comerțul cu ființe umane tratate ca bunuri și vândute în sclavie. Acest comerț „tradițional” cu sclavi a fost scos în afara legii spre finele sec. XIX. La începutul sec. XX, termenul de trafic se referea, de obicei, la „comerțul de sclavi albi”, care reprezenta circulația peste frontierele internaționale a femeilor și copiilor în scopul practicării prostituției. Doar spre finele anilor '90 traficul a fost asociat cu prostituția și exploatarea sexuală a femeilor și copiilor.

Odată cu adoptarea Protocolului pentru prevenirea, suprimarea și pedepsirea traficului de persoane, adițional Convenției ONU împotriva criminalității transnaționale organizate (Protocolul de la Palermo, 2000), în domeniul traficului au fost inserate două inovații. În primul rând, a fost adoptată o definiție internațională comprehensivă a traficului de ființe umane. În al doilea rând, și mult mai important, definiția oferită de Protocol este una destul de extinsă privind domeniul de aplicare și inserează munca forțată ca unul dintre scopurile traficului, pe lângă scopul exploatării sexuale. În timp ce Protocolul enunță câteva distincții certe între traficul în scopul exploatării sexuale și traficul în scopul exploatării muncii și a serviciilor (precum și practicile referitoare la sclavie sau similare sclaviei și servituții), trebuie de ținut cont că exploatarea sexuală nu reprezintă muncă forțată. În general, traficul, la moment, se referă la circulația persoanelor, de multe ori ilegală, peste hotare sau pe teritoriul aceluiași stat, fenomen tratat ca o activitate comercială care finisează cu exploatarea prin muncă sau sexuală ¹.

Astfel, în conformitate cu art.3 al Protocolului pentru prevenirea, suprimarea și pedepsirea traficului de persoane, adițional Convenției ONU împotriva criminalității transnaționale organizate (Protocolul de la Palermo, 2000), traficul de persoane reprezintă recrutarea, transportul, transferul, adăpostirea sau primirea de persoane, prin amenințare de recurgere sau prin recurgere la forță ori la alte forme de constrângere, prin răpire, fraudă, înșelăciune, abuz de autoritate sau de o situație de vulnerabilitate ori prin oferta sau acceptarea de plăți ori avantaje pentru a obține consimțământul unei persoane având autoritate asupra alteia în scopul exploatării. Exploatarea conține, cel puțin, exploatarea unei alte persoane prin prostituarea acesteia sau alte forme de exploatare sexuală, munca sau serviciile forțate, sclavia sau practicile analoage sclaviei, folosirea sau prelevarea de organe.

În acest sens, o definiție a noțiunii de trafic de ființe umane este propusată și de art. 165 din Codul Penal, conform căruia: *Traficul de ființe umane* — semnifică recrutarea, transportarea, transferul, adăpostirea sau primirea unei persoane adulte, cu sau fără consimțământul acesteia, în scopul exploatării sexuale comerciale sau necomerciale, al exploatării prin muncă sau servicii forțate, al practicării cerșetoriei, al însușirii ajutoarelor, indemnizațiilor sau prestațiilor sociale, al folosirii ilegale în testări sau experimente medicale ori științifice, al exploatării în sclavie sau în condiții similare sclaviei, al folosirii în conflicte armate ori în activități criminale, al

1 Mihaela Vidaico, Igor Dolea. Combaterea traficului de ființe umane. Chișinău 2009, p. 8

prelevării organelor, țesuturilor și/sau celulelor umane, precum și al folosirii femeii în calitate de mamă-surogat ori în scop de reproducere, săvârșită prin: a) aplicarea violenței nepericuloase pentru viața sau sănătatea persoanei ori cu amenințarea aplicării violenței; b) răpire; c) sustragerea, tănuirea, degradarea sau distrugerea documentelor; d) ținerea în servitute, în scopul întoarcerii unei datorii; e) amenințare cu divulgarea informațiilor confidențiale familiei victimei sau altor persoane fizice sau juridice; f) înșelăciune; g) abuz de poziție de vulnerabilitate sau abuz de putere, dare ori primire a unor plăți sau beneficii pentru a obține consimțământul unei persoane care deține controlul asupra altei persoane.

Având în vedere că cei mai vulnerabili în privința fenomenului analizat se dovedesc a fi persoanele de vârstă reproductivă, astfel, fiind pusă în pericol securitatea demografică a Republicii Moldova, s-a impus necesitatea aplicării mijloacelor de maximă eficiență în vederea contracarării proliferării fenomenului traficului de ființe umane. Tocmai în acest scop fiind adoptat art. 165 din Codul Penal RM.

La fel, în acest sens a fost creat și Centrul pentru Combaterea Traficului de Ființe Umane, iar în cadrul Judecătoriilor au fost create complete specializate care examinează infracțiuni privind traficul de ființe umane și infracțiuni conexe.

Fapta prevăzută de art. 165 din Codul Penal face parte din categoria *infracțiunilor contra libertății, cinstei și demnității persoanei* și reprezintă grupul de infracțiuni prevăzute în Capitolul III al Părții Speciale a Codului penal al Republicii Moldova, fiind *fapte socialmente periculoase, săvârșite cu intenție, care vatămă — în mod exclusiv sau în principal — relațiile sociale cu privire la libertatea, cinstea și demnitatea persoanei*.

Concluzia care se desprinde este că, *de iure*, relațiile sociale cu privire la libertatea, cinstea și demnitatea persoanei sunt cele care constituie obiectul juridic generic al infracțiunii specificate la art. 165 CP RM. *De facto*, obiectul juridic generic al acestei infracțiuni îl formează relațiile sociale cu privire la libertatea persoanei.

După opinia lui Sergiu Brînză și Vitalie Stati — libertatea persoanei presupune absența oricărei forme de coerciție exercitate împotriva unei persoane. Absența coerciției nu înseamnă absența obstacolelor fizice, sociale sau de oricare altă natură, ci absența acelor constrângeri prin care o persoană este obligată să se supună voinței altei persoane. Conținutul libertății persoanei îl reprezintă conduita persoanei, pe care aceasta și-o alege conștient. Libertatea persoanei încetează a mai fi doar auto-stăpânire și devine o forță propulsatoare. În acest plan, voința apare ca o putere a unui început absolut, ca o cauză primară capabilă să arbitreze și să efectueze, prin virtuțile sale extrinseci, orice alegere între solicitări diferite sau contrare. Cu alte cuvinte, libertatea persoanei exprimă voința conștientizată a persoanei și se referă la latura creativă și constructivă a persoanei. În această ipoteză, voința presupune că persoana se contrapune unor circumstanțe obiective și străine existenței sale. Datorită manifestării libere a voinței, aceste circumstanțe sunt percepute, interpretate și transformate în imbolduri de activitate a persoanei².

2 Sergiu Brînză, Vitalie Stati, Drept Penal. Partea Specială. Volumul I, Chișinău 2011, p. 318

În această ordine de idei, este necesar a menționa că filosoful britanic I. Berlin deosebește „libertatea de ...” și „libertatea pentru ...”, adică libertatea negativă și libertatea pozitivă. Când se referă la primul tip al libertății, dânsul menționează că „persoana este liberă în acea măsură în care nimeni altul — o altă persoană sau un grup de persoane — nu i se opun activității pe care o desfășoară. Dacă alții nu-i permit să realizeze ceea ce în alte condiții ar fi putut să realizeze, rezultă că este ne-liberă anume în această măsură. Dacă însă din cauza faptelor altor persoane această sferă se restrânge, dincolo de o anumită limită, persoana se va afla sub imperiul unei constrângeri sau chiar aserviri”.³ Așadar, în opinia lui I. Berlin, lipsa de libertate este condiționată de faptele altor persoane care împiedică, direct sau indirect, transpunerea în realitate a imboldurilor care dirijează persoana. Respectiv, cu cât mai largă este sfera lipsei de ingerință, cu atât mai largă este libertatea.

Caracterizând cel de-al doilea tip al libertății — libertatea pozitivă — I. Berlin susține: „Semnificația pozitivă a libertății presupune năzuința persoanei de a fi stăpânul propriului destin. Persoana dorește ca viața ei și deciziile pe care le ia să depindă numai de ea, nu de acțiunea unor factori externi. Persoana nu dorește să fie un instrument al manifestării de voință a altora, ea dorește să depindă doar de propria voință. Să fie nu obiect, dar subiect, să fie dirijată de propriile motive și scopuri, nu de imbolduri extrinseci”. În alți termeni, persoana se percepe liberă în acea măsură în care se vede în calitate de persoană volitivă și activă, purtând răspundere pentru propria alegere⁴.

În continuare, analizând componența de infracțiune prevăzută de art. 165 din Codul Penal, se reține că, obiectul juridic special al infracțiunii prevăzute la alin. (1) art.165 CP RM are un caracter complex: obiectul juridic principal îl constituie relațiile sociale cu privire la libertatea fizică a persoanei; obiectul juridic secundar îl formează relațiile sociale cu privire la oricare din următoarele valori sociale: integritatea corporală, viața, integritatea fizică sau psihică, inviolabilitatea și libertatea sexuală, libertatea psihică ori libertatea fizică a persoanei; posesia asupra documentelor persoanei; libertatea manifestării de voință; probitate; exercitarea corectă a funcției în cadrul unei autorități publice; exercitarea corectă a controlului asupra unei persoane aflate sub autoritatea altcuiva; exercitarea corectă a funcțiilor autorității publice, a acțiunilor administrative de dispoziție ori organizatorico-economice. Iar în cazul faptei prevăzute la art. 165 alin. (2) lit. f) din Codul Penal al RM, obiectul juridic special are un caracter complex: obiectul juridic principal îl constituie relațiile sociale cu privire la libertatea fizică a persoanei; obiectul juridic secundar îl formează relațiile sociale cu privire la sănătatea persoanei.

Victimă a infracțiunii prevăzute la art.165 CP RM poate fi numai persoana care, în momentul comiterii faptei, a atins vârsta de 18 ani. Prin aceasta, infracțiunea dată se deosebește de fapta de trafic de copii, incriminată la art.206 CP RM.

3 Н.Верлин. Две концепции свободы. În: Современный либерализм. Москва: Дом интеллектуальной книги, Прогресс-Традиция, 1998, p. 19-20.

4 Sergiu Brînza, Vitalie Stati, Drept Penal. Partea Specială. Volumul I, Chișinău 2011, p. 319

Latura obiectivă a infracțiunii prevăzute la art.165 CP RM se exprimă în fapta prejudiciabilă care cuprinde următoarele două acțiuni cu caracter alternativ: 1) acțiunea principală și 2) acțiunea sau inacțiunea adiacentă.

Acțiunea principală din cadrul infracțiunii specificate la art.165 CP RM se exprimă în oricare din următoarele modalități: 1) recrutarea victimei; 2) transportarea victimei; 3) transferul victimei; 4) adăpostirea victimei; 5) primirea victimei.

Acțiunea principală, sub oricare din modalitățile specificate mai sus, trebuie să fie însoțită de acțiunea sau inacțiunea adiacentă, în oricare din modalitățile sale.

Acțiunea sau inacțiunea adiacentă din cadrul infracțiunii prevăzute la art. 165 din Codul Penal al RM, își găsește exprimarea în următoarele modalități: 1) aplicarea violenței nepericuloase pentru viața sau sănătatea persoanei ori cu amenințarea aplicării violenței; 2) răpire; 3) sustragerea, tănuirea, degradarea sau distrugerea documentelor; 4) ținerea în servitute, în scopul întoarcerii unei datorii; 5) amenințare cu divulgarea informațiilor confidențiale familiei victimei sau altor persoane fizice sau juridice; 6) înșelăciune; 7) abuz de poziție de vulnerabilitate sau abuz de putere, dare ori primire a unor plăți sau beneficii pentru a obține consimțământul unei persoane care deține controlul asupra altei persoane; 8) cu aplicarea violenței periculoase pentru viața, sănătatea fizică sau psihică a persoanei; 9) folosirea torturii, a tratamentelor inumane sau degradante; 10) violul; 11) folosirea dependenței fizice; 12) folosirea armei.

Infracțiunea prevăzută la art. 165 CP RM este o infracțiune formală. Ea se consideră consumată din momentul obținerii controlului asupra facultății victimei de a se deplasa nestingherit.

Latura subiectivă a infracțiunii specificate la art.165 CP RM se caracterizează, în primul rând, prin vinovăție sub formă de intenție directă. Motivele infracțiunii în cauză pot fi următoarele: interesul material; răzbunare; gelozie; invidie; ură; năzuința de a facilita săvârșirea unei alte infracțiuni; năzuința de a salva viața unei persoane apropiate; motive cu tentă sexuală; motive de ordin extremist etc. Infracțiunea analizată se realizează în scopul exploatării sexuale comerciale sau necomerciale, al exploatării prin muncă sau servicii forțate, al practicării cerșetoriei, al însușirii ajutoarelor, indemnizațiilor sau prestațiilor sociale, al folosirii ilegale în testări sau experimente medicale ori științifice, al exploatării în sclavie sau în condiții similare sclaviei, al folosirii în conflicte armate ori în activități criminale, al prelevării organelor, țesuturilor și/sau celulelor umane, precum și al folosirii femeii în calitate de mamă-surogat ori în scop de reproducere.

Subiectul infracțiunii specificate la art.165 CP RM este: 1) persoana fizică responsabilă care, la momentul săvârșirii faptei, a atins vârsta de 16 ani; 2) persoana juridică (cu excepția autorității publice).

Conform art. 165 alin. (2) lit. e) din Codul Penal, subiectul infracțiunii trebuie să aibă și calitatea de o persoană publică, de o persoană cu funcție de răspundere, de o persoană cu funcție de demnitate publică, de o persoană publică străină sau de un funcționar internațional.

Conform art. 123 din Codul Penal prin persoană cu funcție de răspundere se înțelege persoana căreia, într-o întreprindere, instituție, organizație de stat sau a administrației publice locale ori într-o subdiviziune a lor, i se acordă, permanent sau provizoriu, prin stipularea legii, prin numire, alegere sau în virtutea unei însărcinări, anumite drepturi și obligații în vederea exercitării funcțiilor autorității publice sau a acțiunilor administrative de dispoziție ori organizatorico-economice.

Prin persoană publică se înțelege: funcționarul public, inclusiv funcționarul public cu statut special (colaboratorul serviciului diplomatic, al serviciului vamal, al organelor apărării, securității naționale și ordinii publice, altă persoană care deține grade speciale sau militare); angajatul autorităților publice autonome sau de reglementare, al întreprinderilor de stat sau municipale, al altor persoane juridice de drept public; angajatul din cabinetul persoanelor cu funcții de demnitate publică; persoana autorizată sau investită de stat să presteze în numele acestuia servicii publice sau să îndeplinească activități de interes public.

Prin persoană cu funcție de demnitate publică se înțelege: persoana al cărei mod de numire sau de alegere este reglementat de Constituția Republicii Moldova sau care este investită în funcție, prin numire sau prin alegere, de către Parlament, Președintele Republicii Moldova sau Guvern, altă persoană cu funcție de demnitate publică stabilită prin lege; persoana căreia persoana cu funcție de demnitate publică i-a delegat împuternicirile sale.

Conform art. 123/1 din Codul Penal prin persoană publică străină se înțelege: orice persoană, numită sau aleasă, care deține un mandat legislativ, executiv, administrativ sau judiciar al unui stat străin; persoana care exercită o funcție publică pentru un stat străin, inclusiv pentru un organ public sau o întreprindere publică străină; persoana care exercită funcția de jurat în cadrul sistemului judiciar al unui stat străin.

Prin funcționar internațional se înțelege: funcționarul unei organizații publice internaționale ori supranaționale sau orice persoană autorizată de o astfel de organizație să acționeze în numele ei; membrul unei adunări parlamentare a unei organizații internaționale ori supranaționale; orice persoană care exercită funcții judiciare în cadrul unei curți internaționale, inclusiv persoana cu atribuții de grefă.

În continuare vom aborda unele elemente de statistică asupra fenomenului analizat, astfel, numărul victimelor traficului de ființe umane este unul variabil de la an la an. Anual, numărul victimelor la nivel național este stabilit de către Centrul pentru combaterea traficului de ființe umane.

Conform informației prezentate de Centrul pentru Combaterea Traficului de Ființe Umane la nivel național se evidențiază o creștere considerabilă a victimelor **bărbați** a traficului de ființe umane care sunt preponderent exploatați în scop de muncă.

Astfel, principala formă de exploatare a victimelor adulte este exploatare în scop de **muncă**, dintre care: 80 % — bărbați și 20% — femei.

Exploatarea victimelor în scop **sexual** înregistrează o scădere semnificativă dintre care: 100 % — femei.

Cerșitul rămâne a fi o formă de exploatare constantă în care sunt implicați: 77% — femei și 23% — bărbați.

Totodată în ultima perioadă de timp dintre formele noi de exploatare se evidențiază: utilizarea femeii în calitate de mamă surrogat și prelevare de organe, țesuturi sau celule umane.

Traficul intern constituie: **20%**. Traficul extern: **80%** și anume: Zona UE: 51,5%, Statele CSI (F. Rusă): 18,7%, Orientul apropiat: 7,2%.

Cu referire la pedepsele aplicate pentru comiterea infracțiunilor prevăzute de art.165 din Codul penal s-a constatat că inculpaților condamnați la pedeapsa închisorii termenul privării de libertate a fost stabilit de la 3 ani și 4 luni până la 20 ani.

În continuare, în concluzie putem evidenția faptul că, chiar dacă în ultimii ani în Republica Moldova, s-au făcut pași concreți în vederea prevenirii, combaterii și sancționării traficului de ființe umane, considerăm că suplimentar urmează să aibă loc amplificarea investigațiilor în vederea contracarării activității grupurilor criminale transnaționale specializate în trafic de ființe umane, investigarea viguroasă, urmărirea penală și condamnarea traficantilor, care să includă și implicarea oficialilor în astfel de cazuri, intensificarea cooperării internaționale cu reprezentanții organelor de drept din țările de tranzit și cele de destinație, în special în vederea creării și funcționării Echipelor comune de investigație.

TRIBUNA DOCTORANDULUI
TRIBUNE OF THE POST-GRADUATE STUDENTS

ORGANIZAȚIA NAȚIUNILOR UNITE, COMITETUL INTERNAȚIONAL AL CRUCII ROȘII ȘI DREPTUL INTERNAȚIONAL UMANITAR (PARTEA II)

Corneliu GUȘANU, doctorand (ORCID: 0000-0002-2376-106X)

Recenzent: **Olgă DORUL**, doctor în drept, conferențiar universitar

UNITED NATIONS, INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (PART II)

The codification process of international humanitarian law generally differs from the codification process of public international law. This specific situation is dictated by the fact that the founding states of the UN from the very beginning did not reach a consensus on the importance of codifying existing “laws and customs of war” and recognized at the customary level, due to misinterpretation of the two terms — jus ad bellum and jus in bello. In this context that the cooperation between the UN and the ICRC, the latter as the depository of instruments of international humanitarian law, must be viewed and analyzed. At the same time, with the end of the “Cold War”, there has been a common approach and approach by the UN and the ICRC on international humanitarian law in the light of contemporary interpretations of the field, in the context in which the “core” of human rights is a priority for both mentioned international organizations, organizations that represent a qualitative index for other regional international organizations.

Key words: International Humanitarian Law, ICRC, UN, codification, implementation, Conventions of Geneva, Additional Protocols, common article 3.

Procesul de codificare al dreptului internațional umanitar diferă în general de procesul de codificare al dreptul internațional public. Această situație specifică este dictată de faptul că statele fondatoare a ONU de la bun început nu au ajuns la consens asupra importanței codificării „legilor și cutumelor de război” existente și recunoscute la nivel cutumiar, din motiv de interpretare greșită a celor doi termeni — jus ad bellum și jus in bello. Or, anume în acest context trebuie privită și analizată cooperarea dintre ONU și CICR, ultimul în calitate de depozitar al instrumentelor de drept internațional umanitar. Totodată, odată cu sfârșitul „războiului rece”, s-a observat o apropiere și o abordare comună de către ONU și CICR în materie de drept internațional umanitar în lumina unor interpretări contemporane ale domeniului respectiv, în contextul în care „nucleul” drepturilor omului sunt o prioritate pentru ambele organizații internaționale menționate, organizații care reprezintă un indice calitativ pentru alte organizații internaționale regionale.

Cuvinte-cheie: drept internațional umanitar, CICR, ONU, codificare, implementare, Convențiile de la Geneva, Protocoalele adiționale, articolul 3 comun.

II. — ONU derivă?

Ceea ce noi venim să reamintim la subiectul consimțământului la acțiunile de ajutor, demonstrează că în realitate multe din conceptele pe care noi se pare că le reinventăm în ultimii ani, există deja în cadrul dreptului internațional cutumiar, în special ceea ce se referă la asistență. Între timp, reluarea acestor noțiuni în cadrul ONU obține să le modifice într-un sens nu de fiecare dată unanim acceptat, în special este cazul ingerinței umanitare.

A. — Recuperarea dispozițiilor dreptului internațional umanitar cutumiar -1- Asistența umanitară și dreptul de inițiativă.

Dreptul la inițiativă, convențional¹ și extra-convențional² autorizează de mult timp CICR sau orice altă organizație umanitară imparțială să acorde ajutor victimelor conflictelor armate și tuturor persoanelor ce suferă, cu sau fără consimțământul statelor suverane, dar în practică mai de cu, în contextul în care aceasta este condiția eficacității reale (mediatice) ale acestor acțiuni de ajutor, bine aranjate printr-o activitate diplomatică adecvată.³

De atunci, rezoluțiile 43/131⁴ și 45/100⁵ adoptate la 08.12.1988 și 14.12.1990 de Adunarea Generală a ONU, privind „asistența victimelor catastrofelor naturale și alte situații de urgență asemănătoare” și propunând studierea și punerea în aplicare a coridoarelor umanitare pentru a favoriza accesul la victime, prezintă probabil interesul de a lărgi câmpul de aplicare a dreptului internațional umanitar, care s-a axat la început în exclusivitate pe combatanți, apoi pe non-combatanți, apoi pe populația civilă, apoi pe conflictele armate non-internaționale, apoi, în final, odată cu adoptarea acestor rezoluții, diverse situații de urgență în afara unui conflict armat.

La limită, putem deci vorbi despre trei faze, trei generații succesive ale obiectului nostru de studii:

- 1) Dreptul de război *stricto sensu* sau „dreptul de Haga“;
- 2) Dreptul conflictelor armate sau „dreptul de Geneva“;

1 Articolul 3 comun, 9, 9, 9 și 10 ale Convențiilor I-IV; articolele 5-3 și 81 ale Protocolului adițional I; articolul 18 al Protocolului adițional II.

2 Statutul CICR sau al Mișcării internaționale a Crucii Roșii, articolul 5, par. 2-d.

3 Y. Sandoz. Droit ou devoir d'ingérence, droit à l'assistance: de quoi parle-t-on; In: Revue internationale de la Croix Rouge, nr. 795, mai/juin 1992, pp. 225-237 [on-line] <https://www.icrc.org/fr/doc/resources/documents/misc/5fzgl5.htm> (consultat la 13.03.2021).

4 Rezoluția Adunării Generale a ONU nr. 43/131 „Humanitarian assistance to victims of natural disasters and similar emergency situations„, [on-line] <https://undocs.org/en/A/RES/43/131> (consultat la 13.03.2021).

5 Rezoluția Adunării Generale a ONU nr. 45/100 „Humanitarian assistance to victims of natural disasters and similar emergency situations“ [on-line] <https://undocs.org/en/A/RES/45/100> (consultat la 13.03.2021).

- 3) Dreptul internațional umanitar *lato sensu*, care este cel promovat de CICR cu titlu convențional sau orice altă organizație umanitară imparțială, da, în egală măsură, al ONU, altfel spus, ale statelor, care după vom vedea, modifică datele problemei.

În rest, aceste soluția ale ONU nu remit nu în cauza suveranității statelor. Prima, de exemplu, „reafirmă suveranitatea statelor, integritatea teritorială și unitatea națională a statelor și recunoaște că este pentru fiecare stat este titular primul șef de a lua îngrijirea victimelor catastrofelor ce se produc pe teritoriul lor“. Însă, prin aplicarea principiului subsidiarității, pe care de exemplu UE îl cunoaște bine începând cu Tratatul de la Maastricht, ea dă la fel în caz de carență a statului afectat teritoriul, o fundamentare și o justificare pentru intervenție de urgență ale organizațiilor guvernamentale sau non-guvernamentale.

După scria unul din „părinții fondatori“ al acestui nou drept internațional umanitar Mario Bettati, nu există în principiu nici un risc de confuzie între „corteje de ambulanțe și diviziuni blindate“. Așa cum a relevat în acest sens Institutul de Drept Internațional în rezoluția finală a Congresului său de la Saint-Jacques de Comstelle, la 14.09.1989: „Acordarea ajutorului alimentar sau sanitar unui stat populația căruia este grav amenințată pentru viața și sănătate, nu va fi considerată ca o intervenție ilicită în afacerile interne ale statelor“⁶ și au putut fi aduse fundamentări, inclusiv din punct de vedere al dreptului internațional umanitar cutumiar și al dreptului internațional general, prin transferarea noțiunilor de drept de acostare și de pasaj inofensiv prin apele teritoriale ale unui stat conform prevederilor articolelor 17 și 18 ale Convenției de la Montego Bay asupra dreptului mării din 1982.

Altfel spus, se creează impresia că aceste rezoluții, pe de o parte, probabil au ascuns dezbaterile la nivel teoretic „drept“ sau „obligație“, „asistență“ sau „ingerință“, vizând statele organizațiile internaționale guvernamentale? Nu cunoaștem de fiecare dată la ce ne referim și aceste schimbări ar putea avea unele efecte neplăcute. Pe de altă parte, la un nivel politic, prudența formulării lor din cauza concesiunilor ce au făcut consimțământul față de unele state, în special din Lumea a Treia, demonstrează că lărgirea dreptului de asistență uneori care a avut loc, s-a făcut în detrimentul adâncirii și consacră probabil un oarecare pas înapoi în raport cu dreptul internațional umanitar tradițional, în special ce ține de această faimoasă chestiune al consimțământului statelor vizate, în nici un caz puse sub semnul întrebării aici.

În final, reamintim că asistența victimelor catastrofelor naturale era deja organizată, pe de o parte, în cadrul ONU, UNDRO (Biroul coordonatorului Națiunilor Unite pentru ajutor în caz de catastrofă) de mai mult timp — Rezoluția A/2816 (XXVI) din 14.12.1971,⁷

6 Institute de Droit International. Résolution adoptée par l'institut a la session de St. Jacques-de-Compostelle, 4-14 septembre 1989 [on-line] <https://www.jstor.org/stable/27877321?seq=1> (consultat la 13.03.2021).

7 Rezoluția Adunării Generale a ONU A/2816 (XXVI) din 14.12.1971 „Assistance in cases of natural disaster and other disaster situations“ [on-line] [https://undocs.org/en/A/RES/2816\(XXVI\)](https://undocs.org/en/A/RES/2816(XXVI)) (consultat la 13.03.2021).

prin care a primit mandat de a „coordona asistența acordată de ONU și de organizațiile interguvernamentale și non-guvernamentale, în special Crucea Roșie Internațională“, la fel cum UNHCR face pentru cea ce vizează ajutorul refugiaților.

De partea sa, CICR, cu ocazia conferințelor sale internaționale, a adoptat un ansamblu de principii, în special referitor la faza de urgență a operațiunilor de ajutor,⁸ în timp ce unui observator au dubii privind oportunitatea adoptării unor texte noi — Declarație, Cod de conduită.⁹

-2- Ingerința umanitară și obligația de a „face respectate“ Convențiile de la Geneva.

Statele părți la cele patru Convenții de la Geneva, altfel spus, marea majoritate a statelor lumii, a-au angajat în baza articolului 1 comun „să respecte“ ceea ce reiese din acesta, dar și în baza principiului *pacta sunt servanda* proclamat în mod solemn de Convenția de la Viena din 1969 asupra dreptului tratatelor prin articolul 26 „orice tratat în vigoare leagă părțile și trebuie să fie executat de ele cu buna credință“, dreptul internațional umanitar în orice circumstanțe, pe de o parte preluând dispozițiile acestora, pentru ca dreptul național să permită să-și respecte angajamentele convenționale, iar pe de altă parte, făcând presiune asupra oricărui alt stat, pentru ca acesta să respecte prevederile respective.

Aceste presiuni — diplomatice, economice sau de alt gen, cu excepția recurgerii la forță — poate și trebuie să emane de la toate statele părți la Convențiile de la Geneva sau la Protocolul I adițional, articolul 89 precizând că „în cazurile de violări grave ale Convențiilor sau ale prezentului Protocol, înaltele părți contractante se angajează să acționeze, atât împreună, cât și separat, în cooperare cu Organizația Națiunilor Unite și în conformitate cu Carta Națiunilor Unite“, fie că sunt neutre, aliate sau inamice. CICR a solicitat în mod public tuturor statelor de a interveni pentru a stopa încălcările dreptului internațional umanitar stabilite în timpul conflictului dintre Irak și Iran, de exemplu.¹⁰ În această optică putem face referință la rezoluția 540 adoptată de Consiliul de Securitate al ONU la 31.10.1983,¹¹ prin care a condamnat încălcările dreptului internațional umanitar comise în cadrul acestui

8 A se vedea: Rezoluția XXIV asupra „Principiilor și regulilor ce reglementează acțiunile de ajutor ale Crucii Roșii în caz de dezastru“, adoptată de cea de-a XXI-a Conferință de la Istanbul în 1969, completată cu cele votate la Teheran în 1973, București în 1977, Manila în 1981 etc.

9 Études internationales. Ballaloud, Jacques, Droits de l'homme et organisations internationales: Vers un nouvel ordre humanitaire mondial. Paris, Éditions Montchrestien, 1986. Michel Bélanger. Volume 19, Number 1, 1988 [on-line] <https://www.erudit.org/en/journals/ei/1988-v19-n1-ei3032/702304ar.pdf> (consultat la 13.03.2021).

10 A se vedea adresarea din 07.05.1983 reiterată la 13.02.1984 „CICR este convins că statele, fiind conștiente de veritabila miză ale acestui demers, vor avea dorința și capacitatea să transforme în acte concrete angajamentele pe care le-au acceptat și le-au asumat, angajându-se să respecte Convențiile de la Geneva.

11 Rezoluția Consiliului de Securitate al ONU nr. 540 adoptată la 31.10.1983 privind situația între Iran și Irak [on-line] [https://undocs.org/S/RES/540\(1983\)](https://undocs.org/S/RES/540(1983)) (consultat la 13.03.2021).

conflict. Ulterior, membrii Consiliului de Securitate, urmând declarația Președintelui Consiliului de Securitate din 30.03.1984, au semnalat nu doar utilizarea armelor chimice, încălcând astfel dreptul de Haga și Protocolul de la Geneva din 1925,¹² dar, în egală măsură, orice încălcare de drept internațional umanitar, invitând părțile la conflict să respecte „princiipiile și regulile general recunoscute de drept internațional umanitar aplicabile în timp de conflicte armate, precum și obligațiile ce reiese din convențiile internaționale destinate de a evita sau de a atenua suferințele umane cauzate de război”.¹³

Putem deci asigura că există pentru state, nu și pentru organizații internaționale interguvernamentale, o obligație de a „face respectat” dreptul internațional umanitar, fie în baza caracterului convențional, fie celui cutumiar, fiecare având un interes juridic pentru ca aceste drepturi să fie protejate — obligații *erga omnes*, după cum a fost constatat în cazul *Barcelona Traction* de Curtea Internațională de Justiție în 1970, la fel cum a fost menționat în 1972, de către comitetul de experți, în contextul pregătirii conferinței diplomatice, asupra unui text de origine al CICR, adoptat după dezbateri:

„Înaltele Părți Contractante, se angajează, în sensul articolului 1 comun Convențiilor, să respecte și să facă respectate aceste Convenții în orice circumstanțe, ele sunt invitate să contribuie la aplicarea acestor Convenții și a prezentului Protocol, în special printr-un demers de ordin umanitar pe lângă Părțile la conflict și prin acțiuni de securitate. Un astfel demers nu va fi considerat drept o ingerință în conflict.” În acest sens, CICR a lansat în 1985 un nou apel pentru mobilizare umanitară, reamintind că „... în cazul în care guvernele nu participă la un conflict, dar sunt, în principiu, în poziție de a influența pozitiv un guvern ce încălcă legile de război și se abțin de a utiliza influența lor, ele devin astfel complice ale încălcărilor comise.”¹⁴

De aici, atunci când statele au un interes de ordin juridic ca aceste principii să fie respectate, așa cum s-a expus CIJ în speța *Barcelona Traction*, lor le aparține dreptul de a lua măsurile necesare: presiuni diplomatice, măsuri de retorsiune sau de represalii,¹⁵ excluzând de fiecare dată aplicarea forței sau amenințarea cu forța, inclusiv pentru a impune respectarea drepturilor omului sau pentru a facilita ac-

12 Convenția privind interzicerea dezvoltării, producerii, stocării și folosirii armelor chimice și distrugerea acestora a fost adoptată mai târziu — la 13 ianuarie 1993, la Paris și a intrat în vigoare în 1997.

13 Appel du Secrétaire général de Nations-Unies à tous les Etats du 26.06.1984. Doc. ONU WS/1186.

14 Le Comité International de la Croix-Rouge : sa mission et son action. In : Revue international de la Croix Rouge. Volume 91. Sélection française, 2009. Débat humanitaire : droit, politique, action, pp. 283-298 [on-line] file:///C:/Users/Guest/Downloads/4024_001-ebook.pdf (consultat la 13.03.2021).

15 U. Palwankar. Mesures auxquelles peuvent recourir les Etats pour remplir leur obligation de faire respecter le droit international humanitaire. Revue international de la Croix Rouge, nr. 805, janvier/février, 1994, pp. 11-27 [on-line] <https://www.icrc.org/fr/doc/resources/documents/misc/5fzf95.htm> (consultat la 13.03.2021).

cesul la beneficiarii de ajutor umanitar, după cum s-a expus CIJ în 1949 în speța Strâmtoarea Corfu¹⁶ și în 1986 în speța privind activitățile militare și paramilitare în Nicaragua.¹⁷

Unicele excepții de la această prohibiție sunt legitima apărare și recurgerea colectivă la forța armată cu autorizarea Consiliului de Securitate al ONU în baza Capitoului VII al Cartei ONU ce vizează încetarea comiterii încălcărilor grave de drept internațional umanitar, în cazul în care Consiliul de Securitate consideră că acestea constituie amenințări pentru pacea și securitatea internațională, cum a fost, de exemplu, în cazul rezoluției nr. 689 din 09.04.1991¹⁸ prin care condiționa Irakul să înceteze represiunile împotriva populației civile kurde, care avea ca consecință amenințarea păcii și securității în regiune și ca această țară să coopereze cu Secretarul General, ca efect sau rezoluția nr. 794 din 03.12.1992¹⁹ referitor la starea de foamete și acțiunile bandelor armate în Somalia sau rezoluția nr. 814 din 26.03.1993²⁰ etc.

În aceste condiții, tot mai tare sunt auzite vocile celor ce susțin că ingerința nu constituie o noutate, ea fiind perfect legală. Între timp, în cazul în care vorbim despre o ingerință armată, trebuie să recunoaștem că ea nu-și are originea în dreptul internațional umanitar, ci în Carta ONU, ceea ce nu poate duce decât la politizare, a face să intervină statele într-o formă de acțiune umanitară până la rezervat pentru ONG neutre și imparțiale, a întreține o confuzie din ce în ce mai mare între genurile ce constituie amorsarea unei derivate preocupante.

B. — Evoluția controversată spre un „nou“ drept internațional umanitar

-1- Vicisitudinile intervențiilor militaro-umanitare

Bineînțeles, odată ce vedem copiii somalezi înfomețați, femeii bosniace violate, lagăre, purificare etnică sau masacre tribale, nimeni nu poate rămâne indiferent. În acest sens, catastrofele produse de om, nici într-un caz nu trebuie asimilate cu catastrofele naturale. Din acest punct de vedere, noua ordine umanitară internațională apare mai degrabă ca o simplă mască a noii ordini mondiale, astfel încercând să legitimăm uneori acțiunea umanitară în calitate de alibi al inacțiunii politice. Mai mult, ce rol exact poate fi atribuit acestor intervenții militaro-umanitare? Reduse la misiuni de inter-poziționare, totalmente neadaptate ca conflictele interne?

16 International Court of Justice. Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) [on-line] <https://www.icj-cij.org/en/case/1> (consultat la 13.03.2021).

17 International Court of Justice. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) [on-line] <https://www.icj-cij.org/en/case/70> (consultat la 13.03.2021).

18 Rezoluția Consiliului de Securitate al ONU nr. 689 din 09.04.1991 [on-line] [https://undocs.org/S/RES/689\(1991\)](https://undocs.org/S/RES/689(1991)) (consultat la 13.03.2021).

19 Rezoluția Consiliului de Securitate al ONU nr. 794 din 03.12.1992 [on-line] [https://undocs.org/S/RES/794\(1992\)](https://undocs.org/S/RES/794(1992)) (consultat la 13.03.2021).

20 Rezoluția Consiliului de Securitate al ONU nr. 814 din 26.03.1993 [on-line] [https://undocs.org/S/RES/814\(1993\)](https://undocs.org/S/RES/814(1993)) (consultat la 13.03.2021).

Ingerința armată în afacerea altora pentru binele acestora nu este ceva nou — de la aventurile coloniale bazate pe criterii civilizaționale — la Sfânta Alianță a monarhiilor contra Republicii Franceze sau mai recent „doctrina Brejnev” a suveranității limitate. Pe de altă parte, utilizarea dreptului de *veto* în cadrul Consiliului de Securitate al ONU, nu a permis de a reveni la intervenții umanitare adevărate, având misiunea de a proteja anumite valori. Putem aduce mai multe exemple — Franța a intervenit în Siria în 1860 pentru a salva maroniții masacrați de Druzi sau expediția franco-americo-italiano-britanică și japoneză contra boxerilor în 1901 pentru a proteja creștinii chinezi și străinii; cel al Belgiei în Congo în 1964; SUA în Saint Domingo în 1965; India în Pakistanul oriental în 1971; Turcia în Cipru în 1974; Israel în Entebbe în 1976; Franța în Kolwesi în 1978; Vietnam în Cambodgia în 1979; SUA în Iran în 1980 sau cele mai recente, SUA în Somalia în 1992, NATO în ex-Yugoslavia în 1999 etc. Nemaivorbim deja despre intervențiile armate din ultimul deceniu în Irak, Siria, Libia, de regulă în lipsa unor rezoluții expres din partea Consiliului de Securitate al ONU. În egală măsură, trebuie să menționăm incapacitatea Consiliului de Securitate de a reacționa la unele crize regionale, fiind blocat de același drept de *veto* din partea unor membri permanenți ai Consiliului de Securitate al ONU, cum este cazul Ucrainei după ocuparea peninsulei Crimeea de către Federația Rusă în 2014 și declanșarea unui conflict armat „non-internațional” în sud-estul Ucrainei. Toate aceste exemple vin să pună sub semnul întrebării prohibiția formală a oricărei utilizări a forței în relațiile dintre state formulate în articolul 2 § 4 al Cartei ONU.

Într-o astfel de perspectivă, este clar că intervențiile militaro-umanitare moderne, chiar dacă sunt autorizate în unanimitate de Consiliul de Securitate, chiar dacă se impune și se acceptă de a le asocia tot mai mult cu trupe originare din statele Lumii a Treia, se reduce la un demers din partea unei țări bogate în direcția teritoriului țării mai sărace, ceea ce reflectă afirmația precum că „dreptul de ingerință este un drept al inegalității”.

Încheiere

Statele care au delegat CICR acțiunea umanitară în timp de conflict armat, se bazează pe ideea că reacția poate avea loc doar cu acordul și consimțământul statelor vizate, altfel spus, reflectând suveranitatea acestora, precum și neutralitatea și imparțialitatea. Iată că astăzi, ele au întreprins să preia în mâinile lor, prin intermediul ONU, cu consecință paradoxală, care este din ce în ce mai posibilă, de a se depăși de acordul lor ceea ce are loc în interiorul frontierelor sale și calificat discreționar de membrii Consiliului de Securitate „pericol pentru pace și securitatea internațională”. În așa fel, chiar și slăbirea sau dislocarea statelor nu au antrenat nicicând o restabilire a drepturilor omului (Liban, Somalia, ex-Yugoslavia) urgența umanitară consistă probabil în zilele noastre, la restaurarea deplină a suveranității statelor minate din interior de micro-naționalisme și slăbite din exterior prin ingerința umanitară armată în serviciul obiectivelor sau în compensarea intereselor Marilor Puteri.

În această perspectivă, părea destul de util (ne referim la perioada imediată după sfârșitul „războiului rece“) ca în timpul Conferinței mondiale asupra drepturilor omului, organizate la Viena de ONU în iunie 1993, pentru a afirma caracterul veritabil universal a principiilor Declarației din 1948, s-au reunit, la inițiativa CICR, Conferința internațională asupra protecției victimelor de război, la Geneva în august 1993, în cadrul căreia 159 de țări s-au angajat în mod solemn să respecte și să facă să fie respectat dreptul internațional umanitar, să vegheze caracterul independent, apolitic și imparțial al acțiunii umanitare și să amelioreze eficacitatea punerii sale în aplicare. Această recentrare necesară trece fără dubii prin crearea unei structuri de tipul „Observator permanent al aplicării dreptului internațional umanitar“, permițând statelor ce nu au ratificat Protocolul I adițional la Convențiile de la Geneva sau care nu au recunoscut competențele Comisiei internaționale de stabilire a faptelor să fie prezente, astfel ca prin parcurgerea periodicității Conferinței internaționale a CICR, unica instanță în cadrul căreia Mișcarea Crucii Roșii și statele pot dialoga și unde trebuie să fie tratate problemele teoretice ale dreptului internațional umanitar, dar care se reunește o dată la patru ani, în timp ce Adunarea Generală a ONU ține o sesiune anual, iar Consiliul de Securitate se reunește după necesitate.

S-ar putea, de exemplu, de concentrat asupra completării dispozițiilor Protocolului II adițional asupra conflictelor non-internaționale (în pofida reticenței unor state), privind protecția personalului misiunilor umanitare, privind o mai bună aplicare pe teren a dispozițiilor actuale ale dreptului internațional umanitar și privind o mai mare coordonare a diverselor intervenții, inclusiv cele de natură militară (ONU, state, ingerință, politizare) și a celor de natură umanitară (CICR, alte ONG, asistență, neutralitate).

Aceasta este ceea ce eram tentați să numim „obstacol militaro-umanitar“, care consistă a invoca un drept destinat să înmuia războiul (*jus in bello* sau dreptul internațional umanitar) pentru a justifica recurgerea la forță împotriva celor mai slabi (*jus ad bellum*, redescoperit din noțiunea de „război corect“ în cadrul Capitolului VII al Cartei ONU), care nu este uneori perfect, o recurgere la forță sau la slăbiciunea instituționalizată, atunci când „căștile albastre“, greșeală a mandatului adecvat nu parvin să fie respectate zonele de securitate declarate în mod oficial.

EVOLUȚIA IDEILOR DESPRE LIBERTATEA DE GÂNDIRE. ABORDARE FILOZOFICO-JURIDICĂ

Sergiu SUVAC, doctorand (ORCID: 0000-0003-1647-8431)

Recenzent: **Ion POSTU**, doctor în drept, conferențiar universitar

THE EVOLUTION OF IDEAS ABOUT FREEDOM OF THOUGHT. PHILOSOPHICAL-LEGAL APPROACH

“Thought is free,” said Marcus Tullius Cicero in the first century BC. The international society managed to give legal content to the famous quote only at the end of the 19th century, the beginning of the 20th century. Thanks to the titanic efforts of the notorious personalities of all time, philosophers and jurists, mankind has included freedom of thought in the list of fundamental freedoms and civil rights, which belong to every person from birth and which the state cannot deprive. Freedom of thought is an essential condition of a democratic society, of a rule of law. Moreover, this absolutely justified can be considered as the most important value of a prosperous society. Being fully exploited freedom of thought brings benefits only to the individual and to society as a whole.

Keywords: *freedom of thought, thought, fundamental freedoms, civil rights*

„Gândirea este liberă“ afirma Marcus Tullius Cicero în secolul I î.e.n. Societatea internațională a reușit să dea conținut juridic celebrului citat abia la sfârșitul secolului XIX, începutul secolului XX. Datorită eforturilor titanice ale personalităților notorii ale tuturor timpurilor, filozofi și juriști, omenirea a înscris libertatea de gândire în lista libertăților și drepturilor civile fundamentale, care aparțin fiecărei persoane din momentul nașterii și de care statul n-o poate priva. Libertatea de gândire este o condiție esențială a unei societăți democratice, a unui stat de drept. Mai mult, aceasta absolut justificat poate fi considerată drept cea mai importantă valoare a unei societăți prospere. Fiind valorificată plenar, libertatea de gândire aduce doar beneficii, atât individului, cât și societății în ansamblu.

Cuvinte-cheie: *liberate de gândire, cuget, drepturi fundamentale, libertăți fundamentale*

Gânditorii tuturor timpurilor au încercat să înțeleagă și să definească facultatea desăvârșită a creierului omenesc care este gândirea. În lucrările filozofilor reușim să găsim din cele mai variate răspunsuri la calitatea actului de gândire, fiind raportat la valorile împărtășite de membrii unei societăți la o anumită etapă de dezvoltare a omenirii. Tentativele nu se limitează la abordarea dialectică, în special, în antichitate descoperim o serie de abordări metafizice. Toate se prezintă ca fiind interesante și merită să fie cercetate inclusiv de către mediul academic cu vocație în alte științe decât filozofia.

În prezentul demers științific, ce nu pretinde a fi exhaustiv, voi trasa principalele repere în evoluția gândirii umane care, în opinia mea, au permis consacrarea juridică a libertății de gândire.

Întru a relata despre reflecțiile gânditorilor din *Antichitate*, voi apela în mod esențial la opera lui Platon, străbătută integral de ideea că legătura dintre trup și suflet este materializată prin gândire.

Primul motiv se întâlnește, mergând până la amănunte, în India, în *Katha Upanishad*. Acolo, carul este trupul omenesc. Intellectul (buddhi) este cel care îl mână. Hățurile bine întinse reprezintă organul gândirii (manas). Atelajul greu de strunit reprezintă simțurile. Sufletul adevărat, sinele (A- tman) călătorește în acest car. Să-i fi parvenit lui Platon această imagine din Orient?¹

Întrebarea retorică: *Ce este gândirea?* o adresează Socrate lui Theaitetos, după cum o descrie Platon în lucrarea sa „*Theaitetos*“ apărută după 369 î.e.n. Și tot el răspunde: „*Discursul pe care sufletul însuși îl poartă cu sine însuși în legătură cu lucrurile pe care le cercetează. Ca unul cel puțin care nu cunoaște răspunsul mă înfățișez ție. Într-adevăr, mie așa mi se pare, că sufletul când gândește nu face altceva decât să dialogheze, el singur punându-și întrebări și dând răspunsuri, afirmând și negând. Iar când ia o decizie, fie mai lent, fie dintr-o țâșnire, și afirmă același lucru și nu mai are îndoieli, îi atribuim respectiva opinie. Încât eu numesc „a opina“ a face un discurs, iar opinia o numesc discurs rostit nu către un altul prin viu grai, ci în tăcere către sine*“²

În notele formulate pe marginea operei „*Theaitetos*“ Cornea A. rezumă că sufletul are capacitatea să cunoască nu numai prin intermediul organelor de simț, ci și prin sine însuși. De aici, rezultă cel puțin că nu orice știință este percepție, sau percepție în mod nemijlocit. Mai târziu alți filozofi, de la Epicur la Locke se vor strădui să demonstreze că, deși gândirea nu este percepție, totuși ea pleacă de la percepție.³

Într-o altă lucrare a lui Platon, având la fel forma dialogului cu Socrate, numită „*Phaidon*“ (*Despre suflet*) datată cu anii 360-370 î.e.n. în cadrul argumentului reminiscenței și argumentului afinității, sufletul apare exclusiv ca gândire. Întregul dialog este dominat de ideea că între suflet și trup ar exista o incompatibilitate structurală.⁴ Susține Socrate adresându-se lui Simmias: „*tare mă tem că, pentru obținerea virtuții, nu acesta este schimbul cel cinstit, să dai plăceri pentru plăceri, dureri pentru dureri, o teamă pentru altă teamă, una mai mare în schimbul uneia mai mici, de parcă ar fi vorba de schimbat monede. Cred, dimpotrivă, că în schimbul tuturor acestor lucruri, valoare are doar o singură monedă, și aceea e gândirea. Și cred că toate, când sunt prețuite astfel, când sunt cumpărate și vândute cu asemenea preț, cu cunoaștere deci, toate sunt cu-adevărat ceea ce sunt: curaj și cumpătare și dreptate, cu un cuvânt virtute*

1 Platon Phaidros. Traducere, lămuriri preliminare și note de Gabriel Liiceanu. Editura HUMANITAS, 2011 234 p. P. 154

2 Platon Theaitetos. Editura HUMANITAS, București, 2012 231 p. p. 150-151

3 Ibidem, Note, p. 220

4 Platon Phaidon. Lămuriri preliminare și note de Manuela Tecușan. Editura HUMANITAS București, 2011 234 p. p. 16

autentică, fie că se adaugă, fie că lipsesc plăceri sau temeri sau orice altceva de acest fel.⁵ În continuare, afirmă Socrate, în schimb, când cercetează lucrurile nemijlocit prin sine însuși, sufletul ia calea către lumea unde tot ce este pur, etern, nemuritor, fără schimbare. Și, fiind tot astfel și natura sa, se duce în această lume ori de câte ori rămâne în de sine însuși, ori de câte ori îi este cu putință, și atunci rătăcirea lui ia sfârșit și el rămâne acolo, neschimbat și identic cu sine, căci neschimbătoare și identice cu sine sunt și cele cu care vine în contact. Gândire se numește experiența aceasta a sufletului.⁶

În cele ce urmează, Platon reproducând dialogul dintre Socrate și Cebes, descrie întrebarea pe care o pune Socrate: oare ce ne face să gândim: sângele, aerul, focul? Poate nici unul dintre acestea, ci creierul este acela care ne dă senzațiile, auzul, văzul, mirosul, din care apoi ar proveni memoria și opinia, care memorie și opinie, dobândind stabilitate, ar constitui temeiul științei. Și apoi, invers, cercetând eu nimicirea acestora și, de asemenea, ce pățimesc cerul și pământul, iată-mă în sfârșit ajuns la încheierea că, pentru o astfel de cercetare, nimeni, dar nimeni, nu este mai puțin făcut decât mine.⁷

Ne ajută să înțelegem opera lui Platon dna M. Tecușan prin lămuririle aduse inclusiv „actului de a gândi“. Dânsa invocă accepțiunea dată de Burnet care traduce gândirea „prin calcul“, luând verbul logizomai în accepțiunea lui din matematică („a calcula“). Interpretarea sa întâmpină obiecții din partea celor care consideră că logismos ar fi aici sinonim cu dianoia. Termenul logismos poartă însă o conotație matematică. Spre deosebire de dianoia, care prezintă gândirea ca pe o capacitate generală (infra), logismos se referă, cred, la mecanismul prin care este posibil acest proces sau la operațiile implicate.⁸

În capitolul al treilea al lucrării „Despre minciună“ (*De mendacio*) scrisă în anul 394 (395) Sfântul Augustin din Hippo, cel mai mare dintre părinții Bisericii latine, enunță ceea ce va deveni definiția clasică a mincinosului: *ille mentitur, qui aliud habet in animo et aliud verbis vel quibuslibet significationibus enuntiat* (trad. de mințit minte acela care una are în gând și altceva redă prin cuvinte sau prin orice alte moduri de semnificare). Minciuna este, așadar, denaturarea intenționată a adevărului iar accentul cade pe nepotrivirea dintre gândire (*animus*) și enunțarea ei (*enuntiatio sau significatio*). Cel care rostește un neadevăr, convins fiind că e un adevăr, nu este mincinos. În schimb, cel care rostește altceva decât gândește, chiar dacă nu o face pentru a înșela pe cineva, ci, dimpotrivă, pentru a-l ajuta, este totuși mincinos⁹ Autorul afirmă: „*ex animi enim sui sententia, non ex rerum ipsarum veritate vel falsitate mentiens aut non mentiens iudicandus est*“ (trad. faptul că cineva minte

5 Ibidem p. 57-58

6 Ibidem p. 78

7 Ibidem p. 107-108

8 Ibidem p. 164

9 Aurelius Augustinus, Despre minciună. Ediție bilingvă Traducere din limba latină de LUCIA WALD. Studiu introductiv și note de Constantin Georgescu, Editura HUMANITAS, București 2016, 172 p. Pag. 20-21

sau nu minte trebuie judecat după modul său de a gândi, și nu după adevărul sau falsitatea lucrurilor însele).¹⁰ Pentru antici, inima (duplex cor (literal) „inimă dublă“) era și sediul gândirii, nu numai al afectelor, *multitudinis autem credentium erat cor et anima una* „iar mulțimea credincioșilor era o inimă și un suflet“.¹¹

În perioada **Evului Mediu** o serie de constrângeri a împovărat gânditorii. Acest răstimp nu a fost o perioadă a gândirii unice. Biserica veghea asupra respectării dogmelor.

Putea oare o persoană ce trăia în perioada medievală în Europa să-și permită să comunice liber ideile și convingerile sale? Răspunsul „Nu“ este evident, or, intimidarea sistematică presupunea starea de angoasă și formarea unui anumit mod de gândire.¹²

Cu toate acestea, în universități — centrele științifice ale acelor timpuri, exista loc pentru dezbateri. Mai mult, primele încercări de a proteja legal libertatea opiniilor, convingerilor, apar anume în această perioadă. Deși conceptual libertatea de gândire, după cum va fi arătat în prezentul studiu, va apărea mai târziu, consider că anume personalitățile marcante ale Evului Mediu au determinat importanța și natura acestei libertăți fundamentale, dar și i-au conturat treptat locul în sistemul drepturilor și libertăților fundamentale ale omului.

Michel de Montaigne (1533—1592) promova insistent ideea libertății de gândire: „Oglinda veritabilă a modului nostru de a gândi este viața noastră“.¹³

În Declarația drepturilor¹⁴ (engl. Bill of Rights) adoptată de Parlamentul englez în anul 1689 este stipulat doar că libertatea de exprimare și dezbaterile sau procedurile în parlament nu ar trebui să fie urmărite sau examinate în niciun tribunal sau loc din afara parlamentului.

În anul 1763 Voltaire scrie un pamflet „*Tratat despre toleranță*“ despre executarea negustorului francez Jean Calas, care era protestant într-un stat catolic și când fiul său s-a sinucis, negustorul a fost acuzat de omor, deoarece și-ar fi împiedicat fiul să urmeze catolicismul. Calas a fost torturat și executat. Până la ultima suflare, fiind supus crudelor tratamente cauzându-i suferințe insuportabile, Jean Calas nu a recunoscut crima. Voltaire, profund marcat de partinitatea judecătorilor, demarează o campanie întru reabilitarea negustorului. Lucrarea „*Tratat despre toleranță*“ demarează cu reflecțiile autorului despre libertatea gândirii și toleranța religioasă ca consecință a acestei libertăți.¹⁵

Unii spun că toleranța înseamnă libertatea de gândire, constată Voltaire, prin urmare aceasta va duce inevitabil la distrugerea moralității și, prin urmare, pentru

10 Ibidem Pag. 21

11 Ibidem Pag. 163

12 Оганесян К. Свобода мысли в воззрениях мыслителей античности средневековья. Научный журнал «Юстиция» (Армения). № 3 (44) 2018. с. 70

13 Ibidem

14 https://www-legislation-gov-uk.translate.google/aep/WillandMarSess2/1/2?_x_tr_sl=auto&_x_tr_tl=ro&_x_tr_hl=ru&_x_tr_pto=elem,se

15 Вольтер, Франсуа-Мари Аруэ. Трактат о терпимости. Москва : Издательство „Э“, 2016. — 128 с. P. 8

fericirea societății, intoleranța este pur și simplu necesară. De unde atâta calomnie la adresa naturii umane? Se pare că oamenii, după ce au început să gândească și să reflecteze, vor deveni inevitabil depravați și necinstiți? Va dispărea virtutea odată ce oamenii vor fi liberi să critice sofismele? Faptele infirmă această opinie: majoritatea infractorilor sunt oameni credincioși, gândirea liberă le este rareori caracteristică. Gândirea liberă este rezultatul efortului mental¹⁶...

Oricine ar încerca să-i facă pe toți oamenii să gândească la fel este un nebun. La urma urmei, este mult mai ușor cu armele în mână să subjugi întregul Univers decât să câștigi putere asupra minților oamenilor din cel puțin un singur oraș.¹⁷

În final, Voltaire cheamă spre ascultarea glasului naturii : „...Salvați-vă, susțineți-vă reciproc dacă sunteți slabi și neajutorați. Iluminați-vă reciproc dacă sunteți ignoranți. Nu veți gândi niciodată la fel, pentru că v-am creat atât de diferit. Prin urmare, chiar dacă o singură persoană are o părere diferită decât oricine altcineva, trebuie să o ierți. Oare nu eu v-am dat mâinile ca să puteți ara pământul, nu v-am luminat calea pe pământ cu o rază de rațiune? Eu am semănat compasiune în sufletele voastre, așa că nu distrugeți acest germene slab; amintiți-vă: a fost trimis la voi de sus, astfel încât să vă susțineți reciproc în drumul vostru. Ascultă-mi vocea și nu o astupați cu vanitatea meschină și ostilă.¹⁸

În cele din urmă, toate acuzațiile aduse lui Jean Calas au fost retrase, dar aceasta nu avea să producă nici bine, nici rău familiei Calas, după cum o afirma însăși autorul „Tratatului despre toleranță“.

Din păcate libertatea de gândire nu avea contur precis în urma revoluției franceze, iar textul Declarației drepturilor omului și cetățeanului din 1789¹⁹ conține nu protecția forului interior, ci a celui exterior, astfel potrivit prevederilor articolului 10: „Nimeni nu poate fi tras la răspundere pentru opiniile sale, fie ele chiar religioase, dacă manifestarea lor nu tulbură ordinea publică stabilită prin lege.“ Iar în temeiul articolului 11: „Comunicarea liberă a gândurilor și opiniilor este unul din drepturile cele mai de preț ale omului; orice cetățean poate deci să vorbească, să scrie și să tipărească liber, în afara cazurilor prevăzute prin lege, în care va trebui să răspundă de folosirea abuzivă a acestei libertăți.“

În lucrarea sa „Despre libertate“ (1859) John Stuart Mill dedică un capitol aparte (Capitolul II) analizei libertății gândirii și a cuvântului.

Și cum, pentru fiecare individ, afirma Mill, lumea nu înseamnă decât acea parte a ei cu care vine el în contact — partidul, grupul, biserica sau clasa căreia îi aparține —, acela pentru care „lumea“ înseamnă ceva atât de cuprinzător cum ar fi țara sau epoca sa poate fi considerat, comparativ vorbind, ca fiind aproape un liberal și

16 Ibidem

17 Ibidem

18 Ibidem

19 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen Archives nationales (France), 30 septembre 1789, AE/II/1129 <https://www.elysee.fr/la-presidence/la-declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen>

un om cu vederi largi. Responsabilitatea pentru faptul de a se afla în directă opoziție cu „lumile“ având păreri diferite, ale altor oameni, el o trece asupra lumii sale; și niciodată nu-l tulbură faptul că numai un simplu accident a hotărât care dintre aceste numeroase lumi să facă obiectul încrederii sale²⁰

Judecata este dată omului ca să o poată folosi. Întrucât ea poate fi folosită greșit, să li se recomande oare oamenilor să n-o folosească deloc? A interzice ceea ce crezi că este periculos nu înseamnă a pretinde că ești scutit de ori ce greșeală, ci a îndeplini datoria ce-ți revine, datoria de a acționa conform propriilor convingeri conștiente, chiar dacă ești supus greșelii.²¹

Niciun om nu poate fi mare gânditor dacă nu recunoaște că, în calitate de gânditor, prima sa datorie este de a urma drumul propriei sale rațiuni, indiferent la ce concluzii l-ar conduce aceasta. Adevărul are mai mult de câștigat chiar de pe urma erorilor făcute de un om care, pe baza studiilor și a pregătirii cuvenite, gândește cu capul său, decât de pe urma opiniilor corecte ale acelor care le susțin doar pentru că nu pot gândi ei înșiși. Libertatea de gândire este necesară nu numai, și nici în primul rând, pentru a crea mari gânditori. Dimpotrivă, ea este la fel de indispensabilă, sau chiar indispensabilă într-o măsură mai mare, pentru a da ființelor omenești obișnuite puțința de a atinge dezvoltarea mintală de care sunt capabile.²²

Friedrich Nietzsche în opera sa „*Dincolo de bine și de rău. Prolog la o filozofie a viitorului*“ (1886) afirma că gândirea este activitatea și efectul unei ființe concepute drept cauză.²³ Filozoful se găsește astfel în fața unei serii de întrebări metafizice, adevărate întrebări de conștiință ale intelectului, de tipul: „De unde iau conceptul de gândire? De ce cred în cauză și efect? Ce-mi dă dreptul să vorbesc despre un „eu“, și chiar despre un „eu“, înțeles ca fiind cauză, iar până la urmă și despre un „eu“ care constituie cauza gândirii?“²⁴ După cum trebuie să recunoaștem că simțământul — de fapt, simțământul multiplu — este un ingredient al voinței, tot așa trebuie să admitem, în al doilea rând, și gândirea ca ingredient: în orice act de voință există un gând care comandă; și să nu credem că putem separa acest gând de „volițiune“, ca și cum după aceea ar rămâne numai voința! În al treilea rând, voința nu este doar un ansamblu de simțăminte și gânduri, ci, înainte de toate, și un afect; și anume acel afect al comenzi. Ceea ce se numește „libertatea voinței“ este, în esență, afectul superiorității cu privire la cel ce trebuie să dea ascultare: „eu sunt liber, „el“ trebuie să asculte“ — în orice voință se găsește această conștiință, precum și tensiunea concentrării, privirea directă, fixată asupra unui singur lucru, acea evaluare necondiționată potrivit căreia „acum este nevoie de asta, iar nu de altceva“, certitudinea intimă că vom fi ascultați

20 Mill J.S. Despre libertate. Traducere din engleză și prefață de Adrian-Paul Iliescu Ediția a III-a. Editura HUMANITAS, 2014. p. 68-69

21 Ibidem p. 69

22 Ibidem p. 92

23 Nietzsche F., *Dincolo de bine și de rău. Prolog la o filozofie a viitorului*. Editura HUMANITAS, 2015 București, 247 p. p. 29

24 Ibidem

și tot ce mai ține de starea celui care ordonă. Un om care vrea ceva — acela ordonă cuiva dinlăuntru lui, cuiva care ascultă sau despre care el crede că este obedient. Dar acum să luăm aminte la cel mai straniu aspect al voinței — acest lucru atât de complex, pentru care mulțimea are la dispoziție un singur cuvânt: dacă, în cazul dat, suntem deopotrivă cei ce dau ordine și cei ce le ascultă, iar în această ultimă calitate cunoaștem constrângeri, presiuni, oprimări, împotriviri și determinări, sentimente care se manifestă în genere imediat după actul de voință, și dacă, pe de altă parte, obișnuim să ignorăm această dualitate și să ne înșelăm escamotând-o în virtutea conceptului sintetic de „eu“, este posibil ca volițiunii să-i fie atașat un întreg lanț de concluzii greșite și, prin urmare, de evaluări false ale voinței înseși — astfel încât cel ce vrea va crede sincer că volițiunea e suficientă pentru acțiune.²⁵

„Gândirea este o activitate; pentru orice activitate e nevoie de ceva care să acționeze...”²⁶ afirma Nietzsche, iar ceva timp mai târziu Martin Bollert în lucrarea sa din anul 1919 „*Gedanken über Macht und Recht*“ constată că după război acțiunea de a face trebuie trecută pe locul acțiunii de a gândi, ceea ce nu înseamnă o denigrare inofensivă a celor mai înalte principii în ordinea cosmică și morala a lucrurilor. Autorul se întreabă: De care tip sunt atunci relațiile dintre gândire și acțiune pe lumea aceasta? Și tot el răspunde: Mi se pare că pretutindeni acțiunea merge de la gândire. Raportând constatarea la scară interstatală, Bollert consideră că prin acțiune statul își modifică drepturile. Acțiunea crește, crește și statul. Acțiunea slăbește, slăbește și statul. Comportamentul manifestat prin acțiune al oamenilor schimbă conducătorii și domnitorii statului, și conducătorul respectiv devine stăpânul legii până vine cineva mai puternic decât el, și la rândul său, devine stăpân al legii.²⁷

Culturile tradiționale au tolerat întotdeauna — vrând nevrând — un anumit grad de libertate de exprimare. Totodată, **societatea modernă**, caracterizată prin libertatea moravurilor și ideilor, „încă“ cunoaște cenzura, chiar dacă oficial o practică fără tragere de inimă și numai împotriva abuzurilor față de libertate de gândire. Prin urmare, în termeni extrem de generali, putem afirma că în secolele al XVII-lea și al XVIII-lea au fost puse în aplicare mecanismele care ar duce la descalificarea cenzurii operelor intelectuale și la legitimarea libertății de examinare, de opinie și de exprimare.²⁸

Libertatea de a examina textele revelate și sacre, afirmată împotriva pretențiilor tradiționale ale autorității religioase: am văzut apariția acestui lucru odată cu nașterea exegezei biblice. Libertatea de opinie și de gândire: am văzut anumite elemente afirmate în timpul studiului de către Arnauld a drepturilor inalienabile de intimă

25 Ibidem p. 31-32

26 Ibidem p. 30

27 Bollert M., *Gedanken über Macht und Recht*. De Gruyter | 1919 <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783111503349-065/html>

28 Leclerc G. Chapitre 7 De la censure à la liberté de penser. Histoire de l'autorité. L'assignation des énoncés culturels et la généalogie de la croyance, Collection: Sociologie d'aujourd'hui. Presses Universitaires de France 1996, 436 p. p. 219-246

convingere și conștiința individuală. Acum este important să aruncăm o privire mai atentă asupra evoluțiilor din Europa Iluminismului a ideii libertății de gândire și de exprimare, afirmată împotriva pretențiilor ortodoxiei religioase și a autorității politice. O luptă ideologică care va culmina cu proclamarea Declarației Drepturilor Omului.²⁹

Ioan Paul al II-lea a fost cel care, în scrisoarea adresată episcopilor „*Fides et ratio*“ publicată la 14 septembrie 1998, a dorit să facă bilanțul a o mie de ani din istoria gândirii.³⁰ Supremul Pontif, își începe scrisoarea cu un mesaj aparent nobil și extrem de tolerant: „*Credința și rațiunea sunt ca două aripi pe care spiritul uman se ridică spre contemplarea adevărului ...*“³¹ În cele ce urmează, autorul promovează un mesaj puternic, și anume, puterea credinței care se ampretează asupra tuturor sferelor vieții umane. Or, scrie Pontiful, există o unitate profundă și indisolubilă între cunoașterea rațiunii și cunoașterea credinței.

Începând cu sec. XX în dreptul internațional al drepturilor omului, în constituțiile statelor libertatea de gândire este înscrisă în calitate de drept natural al persoanei, ce presupune corelativ obligația negativă a statului de a nu comite ingerințe în acest proces lăuntric de formare a propriilor aprecieri despre fenomenele și evenimentele din lumea externă. Mai mult, datorită creației jurisprudențiale a forului de la Strasbourg, profesioniștii în domeniul dreptului disting în prezent clar libertatea forului intern de cea a exteriorizării opiniilor, convingerilor, ideilor, gândurilor.

Astăzi libertatea de gândire este consacrată în *Carta internațională a drepturilor omului*, în tratatele internaționale ce instituie mecanisme regionale de protecție a drepturilor omului, în numeroase convenții care protejează anumite categorii de persoane, dar și în sursele *soft law*.

Rezumând cele expuse *supra*, constatăm că deși procesul cognitiv de cunoaștere, numit gândire, este capabil să inducă în eroare, prin procesarea greșită a evenimentelor, legităților naturii, conceptelor științifice, inclusiv a raționamentelor juridice, libertatea de gândire este absolut necesară în vederea evoluției progresive a persoanelor la scară individuală și cea civilizațională. Oare nu datorită numeroaselor erori oamenii de știință au ajuns la valoroase descoperiri științifice menite să sporească calitatea vieții umane? *Cuiusvis hominis est errare, nullius nisi insipientis in errore perseverare*“ (trad. *orice om poate greși, numai prostul stăruie în greșeală*), citatul aparținând lui Cicero, nu și-a pierdut nicicând justetea și actualitatea.

Misiunea liderilor de state, funcționarilor internaționali, mediului academic, juriștilor contemporani este de a consolida caracterul absolut al acestei libertăți, condamnând anticipat în baza scenariilor reale sau ipotetice orice imixtiune a autorităților de stat în realizarea plenară a libertății de gândire.

29 Ibidem

30 Boucheron P. La liberté de pensée au Moyen Age/ Histoire, mensuel 317, février 2007. <https://www.lhistoire.fr/la-libert%C3%A9-de-pens%C3%A9e-au-moyen-age>

31 Encyclical letter *Fides et ratio* of the supreme pontiff John Paul II to the bishops of the catholic church on the relationship between faith and reason, https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/en/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091998_fides-et-ratio.html

OBIECTIVELE JUSTIȚIEI ÎN MATERIE PENALĂ A BOSNIEI ȘI HERȚEGOVINEI ÎN CONTEXTUL PUNERII ÎN APLICARE A INSTITUȚIILOR JUSTIȚIEI TRANZIȚIONALE CA FACTOR AL RECONCILIERII NAȚIONALE

Elena-Tatiana NĂVODARIU, doctorandă (ORCID: 0000-0002-3439-7144)

Recenzent: **Nicolae OSMOCHESCU**, doctor în drept, conferențiar universitar

OBJECTIVES OF CRIMINAL JUSTICE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA IN THE CONTEXT OF THE IMPLEMENTATION OF TRANSITIONAL JUSTICE INSTITUTIONS AS A FACTOR OF NATIONAL RECONCILIATION

Transitional justice objectives in Bosnia and Herzegovina focus on both punitive and restorative justice. Referring to the criminal justice system implemented in Bosnia and Herzegovina in the post-conflict period, we note that this process took place in two ways - in the form of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and national, in the form of specialized territorial criminal tribunals. However, in the context of the objectives of transitional justice, territorial courts must also take into account the interests of victims, including their relatives, as well as witnesses to the atrocities committed during the active phase of the armed conflict in the Balkans in the mid-1990s.

Keywords: criminal justice, territorial court, federal court, sanctions, transitional justice.

Obiectivele justiției tranziționale în Bosnia și Herțegovina sunt axate atât pe justiția punitivă, cât și cea restaurativă. Referindu-ne la justiția în materie penală implementată în Bosnia și Herțegovina în perioada post-conflict, remarcăm, că acest proces a avut loc pe două căi - internațională, în formula Tribunalului Penal Internațional pentru fosta Iugoslavie și națională, în formula tribunalelor penale specializate teritoriale. Or, în contextul obiectivelor justiției tranziționale, tribunalele teritoriale trebuie să i-a în considerație și interesele victimelor, inclusiv a rudelor sale, precum și a martorilor atrocităților comise în perioada fazei active a conflictului armat din Balcani la mijlocul anilor 90 ai secolului XX.

Cuvinte-cheie: justiție penală, tribunale teritoriale, tribunal federal, sancțiuni, justiție tranzițională.

Introducere

După ce a fost adoptat ultimul act de acuzare și a început procesul de rediționare a unor cazuri jurisdicțiilor naționale ale fostei Iugoslavii, Tribunalul Penal Internațional pentru fosta Iugoslavie (TPII) și-a dublat eforturile pentru a consolida instituțiile judiciare din regiune. Pentru a pune capăt impunității, tribunalele naționale ar trebui în mod imperativ să aibă puterea de a judeca eficient persoanele bănuite de comiterea crimelor de război.

Între 2002—2004, Consiliul de Securitate al ONU a făcut mai multe demersuri față de comunitatea internațională și țările donatoare de a acorda ajutor instituțiilor judiciare ale statelor din fosta Iugoslavie, pentru ca acestea să poată gestiona bine procesele în materie de crime de război și a solicitat Tribunalului să contribuie la consolidarea acestor instituții prin medierea programului său de sensibilizare.

Ca urmare, eforturile Tribunalului și ale comunității internaționale, au permis crearea în Bosnia și Herțegovina, Serbia și Croația a organelor împuternicite să ancheteze crimele de război și să judece autorii acestora.

Exemplul cel mai emblematic este crearea secției împuternicite pentru crime de război în cadrul Curții de Stat și a Parchetului Bosniei și Herțegovinei. Aceste două organe se ocupă deja de unele cazuri care au fost aduse printre primele în fața tribunalelor naționale. Or, Tribunalul a jucat rolul-cheie în crearea acestor organe.

În Serbia, o cameră pentru crime de război din cadrul tribunalului din districtul Belgrad și o subdiviziune a parchetului specializat au fost create în 2003 cu ajutorul și susținerea comunității internaționale. În același an, în Croația noi camere au fost create în cadrul tribunalelor din cantoanele Zagreb, Osijek, Rijeka și Split. Comunitatea internațională a ajutat foarte mult, în special Serbia, la crearea acestor organe specializate.

În Kosovo tribunalele compuse din judecători internaționali sau mixte compuse din judecători internaționali și locali, care activează sub egida Misiunii de administrare interimară a Națiunilor Unite (MINUK), au fost împuternicite cu examinarea cazurilor de crime de război.

Eforturile depuse de Tribunal au permis să sporească de o manieră importantă capacitatea instituțiilor judiciare naționale în lupta contra impunității autorilor crimelor de război.

Preocupările comunității internaționale în raport cu justiția penală din Bosnia și Herțegovina în urma conflictului armat din Balcani

Este evident faptul că crearea unui sistem național al justiției penale complet valabil, în mod normal independent și imparțial, se impune pentru pornirea unei eficiente examinări a consecințelor dure ale atentatelor la drepturile omului comise în timp de conflict armat în Bosnia și Herțegovina. Până în prezent, mii de persoane bănuite de comiterea crimelor de război, crimelor contra umanității și genocid, comise în timpul conflictului din Bosnia și Herțegovina continue să beneficieze de impunitate. Se estimează că în jur de 150.000 de persoane și-au pierdut viața în timpul conflictului, mulți dintre care în urma unor executări extrajudiciare și omoruri arbitrare. Numărul oficial al persoanelor considerate dispărute fără veste se ridică la aproximativ 16.000. Femei și fete tinere au devenit victime ale violurilor și ale serviciilor sexuale. În același timp, o bună parte a numărului mare de dosare care au fost pornite și care au făcut obiectul anchetei din partea poliției bosniace și a parchetului sunt stocate în arhivele sistemului justiției penale, în loc să antreneze urmări active și efective în instanțele judiciare naționale.

Justiția trebuie să vizeze victimele acestor încălcări grave comise în masă, inclusiv familiile acestora, care trebuie să beneficieze de reparații complete, ce ar cuprinde indemnizare, restituție, readaptare, reabilitare și garantare a non-repetării. Adevărul despre aceste încălcări, care continue a fi discutate și astăzi între foștii opozanți, trebuie să fie stabilit în interesul major al reconcilierii și integrării unei societăți divizate. Mai mult, un sistem național de justiție penală valabil va trebui să completeze și să înlocuiască ulterior TPII în lucrul său extrem de important pe care la avut.

Sarcina pusă în fața instanțelor judiciare este nu doar descurajarea comiterii unor astfel de acte din motiv de număr mare de astfel de încălcări și autori prezumați, dar, în special, atenționarea asupra complexității și sensibilității dosarelor respective. Amnesty International este convinsă că orice sistem de justiție penală trebuie ca consecință să i-a în mod proporțional în cont necesitățile specifice și circumstanțele speciale ale țării și ale regiunii în ansamblul său, condiție crucială pentru ca ea să fie viabilă pe termen lung.¹

În orice caz, Amnesty International consideră că propunerea parvenită la acel moment din partea comunității internaționale (crearea unei Camere pentru Crime de Război specializate în cadrul Curții de Stat a Bosniei și Herțegovinei implementată mai târziu) ar putea prezenta un prim efort pentru a îndeplini această sarcină dificilă, doar cu condiția că ea va face parte dintr-o strategie comună aplicabilă întregului sistem judiciar penal bosniac în materie de genocid, crime contra umanității și crime de război.²

Una din principalele rațiuni ce ar justifica crearea unei Camere pentru Crimele de Război este faptul că instanțele create din diferite entități nu au asigurat echitatea proceselor în dosarele în materie de crime de război. În orice caz, propunerea de a depune eforturi mici pentru a repara neajunsurile care au fost semnalate și care au dus la încercări afectate de erori la diferite niveluri ale sistemului judiciar a dus la aceea că nici o soluție satisfăcătoare nu a fost propusă pentru a soluționa această gravă problemă. Amnesty International recomandase introducerea unei componente internaționale în instanțele judiciare cantonale și de district, specializate în examinarea crimelor de război în contextul stabilirii unui sistem de justiție penală capabile să funcționeze în mod veritabil și durabil în țară. Organizația este extrem de preocupată să vadă că persoanele însărcinate să creeze Camera pentru Crime de Război nu oferă atenție și resurse suficiente sistemului judiciar penal la nivel de diverse entități, ceea ce demonstrează lipsa unei perspective ferme și a unei viziuni clare din partea comunității internaționale. O instanță judiciară cu sediul în capitală nici nu va conștientiza doleanțele populațiile locale de combatere a impunității, dar nici nu va ajunge la reconstruirea sistemului național de justiție penală în ansamblul său.

1 Amnesty International. Annual Report: Bosnia and Herzegovina 2013 [on-line] <https://www.amnestyusa.org/reports/annual-report-bosnia-and-herzegovina-2013/> (consultat la 12.01.2021).

2 Amnesty International. Bosnia and Herzegovina. Submission to the United Nations Committee against torture. 62nd session, 6 November — 6 December 2017 [on-line] <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR6372192017ENGLISH.PDF> (consultat la 12.01.2021).

Comunitatea internațională s-a văzut foarte preocupată de faptul că propunerea din iunie 2003, care recunoscuse rolul pe care l-au avut tribunalele pentru entități ale Republicii Srpska, Federației și Districtului Brčko, nu a fost capabilă să repare insuficiențele semnalate și care au ca consecință la acest nivel al sistemului judiciar procese caracterizate de erori. O astfel de sarcină riscă să fie contraproductivă, dat fiind că maniera este puțin satisfăcătoare, în felul în care tribunalele pentru entități s-au pronunțat asupra dosarelor pentru crime de război, a fost citată ca una din principalele rațiuni ce justifică crearea unei Camere pentru Crime de Război. Nici o soluție satisfăcătoare nu a fost propusă pentru a soluționa această gravă problemă. Drept argument aducem concluziile comune al Grupului de lucru al TPII și al Biroului Înaltului Reprezentant pentru procedurile locale privind crimele de război în Bosnia și Herțegovina, făcute la Haga, la 21 februarie 2003, care declară la pagina 1 că cele două organizații au luat în considerație în cadrul elaborării propunerilor sale "... faptul că procedura asupra Crimelor de Război angajată de tribunalele locale din Bosnia și Herțegovina, se constată până la moment ineficace și neconforme normelor internaționale..."³

Este poate mai important ca procedurile la moment ce erau în curs în fața tribunalelor pentru entități să facă obiectul unei atenții urmărite și să acumuleze toată susținerea necesară, pentru ca aceste tribunale să continue examinarea celei mai mari părți a dosarelor. Conform estimărilor Amnesty International, doar în jur de 13 cazuri pe crime de război erau în proces pe lângă tribunalele pentru entități, majoritatea în cantoanele Hercegovacko-Neretvanski și Zenica-Doboj. Conform însărcinatului bosniac pentru legătura cu tribunalul, în primii 6 ani tribunalele locale (ale Federației) au recunoscut culpabili: 1 bosniac croat pentru crime de război comise împotriva bosniacilor, 10 sârbi pentru crime de război comise împotriva bosniacilor și 40 bosniaci pentru crime de război comise împotriva sârbilor și croaților.⁴ Camera pentru Crime de război trebuia să fie competentă pentru a examina (în principiu în timp de primii cinci ani de funcționare) un total de 108-118 dosare pe cauze de genocid, crime contra umanității și crime de război (în jur de 21-23 dosare pe an). Aceste dosare trebuiau să cuprindă între 50-60 dosare „sensibile“ ce reflectă „Regulile de Parcurș“. De exemplu, a fost stabilit că „Unitatea Regulilor de Parcurș“ a examinat în jur de 500-600 de dosare care i-au fost transmise de magistrații din parchetele locale.

Puțin contează după care criterii un dosar va fi clasat „foarte sensibil“ sau „difil“, este evident că tribunalele pentru entități vor trebui să continue să se axeze

3 Conclusions préliminaires conjointes de la Conférence des experts du Bureau du Haut Représentant et du TPIY sur la portée des poursuites pour crimes de guerre en Bosnie-Herzégovine. La Haye, 15 janvier 2003. OHR/PIS/723-f [on-line] <https://www.icty.org/fr/press/conclusions-pr%C3%A9liminaires-conjointes-de-la-conf%C3%A9rence-des-experts-du-bureau-du-haut> (consultat la 12.01.2021).

4 Esad Hećmovići. Zločin bez Kazne-Haški tribunal u BiH, Dani, 7 martie 2003 [on-line] <https://bhdani.oslobodjenje.ba/bhdani/arhiva/zlocin-bez-kazne> (consultat la 12.01.2021).

dosare complexe, abordând probleme sensibile, chiar dacă și există o voință politică de punere în aplicare a urmărilor și procedurilor penale.⁵ Este la fel evident că în multe din aceste dosare, odată ce un lucru serios de anchetă ar fi început, elucidarea unei crime va furniza cu siguranță probe împotriva multor altor suspecți, fie în cadrul dosarului în curs, fie în alte dosare, care vor trebui, în principiu, examinate separat. Mai mult, majoritatea acestor dosare — chiar dacă autorii prezumați vor fi probabil considerați ca fiind nesemnificativ — vor fi legate într-o formă complexă sau vor fi îmbinate cu alte dosare care erau în proces de a fi examinate de către Tribunal sau care vor fi prezentate Camerei pentru Crime de Război de la Sarajevo.

Ca exemplu, procedurile judiciare pornite pe cazul decesului în timpul conflictului armat a familiei Motanović de Tribunalul din Districtul Banya Luka au dat dovadă de multe dificultăți cu care s-au confruntat persoanele ce activează în cadrul sistemului judiciar penal local în materie de crime de război. Ancheta poliției pornită la începutul anului 2000 — bine că foarte atent fiind supervizată și examinată de observatorii poliției internaționale și de experții juridici al Misiunii Națiunilor Unite în Bosnia și Herțegovina (MINUBH) până la finele mandatului său în decembrie 2002 — a fost în permanență împiedicată prin obstrucțiuni venite din interior.⁶ MINUBH regretase la fel, că ancheta ajunsă la acest punct, nu se concentrase asupra identificării unei sau mai multor persoane care au ordonat omorurile, în contextul în care au existat careva informații, prin care anchetatorii au admis că responsabilitatea îi revine în exclusivitate directorului fostei poliții sârbo-bosniace din Prijedor în timpul conflictului, care a fost împușcat de forțele IFOR în timpul unei tentative de arest în 1997. La finele lui ianuarie 2003, procurorul districtului Laka Banja a inculpat definitiv 11 bărbați de origine sârbo-bosniacă (toți foști membri ai forțelor de poliție) pentru crime de război comise împotriva populației civile și participarea la arestări ilegale a familiilor de origine croato-bosniacă. Procesul împotriva celor acuzați a început la 30 iunie 2003, dar imediat a fost stopat, unul din asociații apărării cerând ca cazul să fie transferat unui alt tribunal. Curtea Supremă a Republicii Srpska a respins această cerere la începutul lui iulie. Printre altele, ancheta poliției în cazul dat a permis adunarea unor probe suplimentare asupra unor infracțiuni similare de drept internațional în timp de război comise împotriva populației non-sârbe în regiunea Prijedor. Rapoartele penale fondate pe aceste noi fapte au fost transferate de aceeași manieră procurorului local.

Procedurile judiciare pornite pe lângă tribunalul cantonal Zenica împotriva croatului bosniac Dominik Ilijašević demonstrează câte criterii de sensibilitate este artificial și dificil de pus în practică. În timpul războiului, în special în timpul con-

5 Idem.

6 Bosnie-Herzégovine — Combattre l'Impunité en Hommage aux Personnes Portées Disparues. AI Index EUR 63/004AI Index EUR 63/004/2003 SF_03_COO_282, mars 2003, pages 29-30. In : Amnesty International. Bosnie-Herzégovine Une Justice en suspens : Les poursuites pour crimes de guerre sont paralysées, 2003 [on-line] <https://www.amnesty.org/download/Documents/108000/eur630182003fr.pdf> (consultat la 12.01.2021).

flictului bosniaco-croat, HVO (Hrvatsko Vijeće Obrane), cunoscută sub numele de *Maturice*, a fost prezumată de asasinarea în masă a civililor bosniaci în timpul unui atac asupra localității Stupni Do în centrul Bosniei în octombrie 1993. Superiorul ierarhic al acestei structuri Ivica Rajić, a fost adus în fața tribunalului, fiind acuzat de ordonarea comiterii crimelor de război împotriva populației non-croate, în special de masacrul de la Stupni Do.⁷ Procedurile judiciare împotriva lui Dominik Ilijašević și Ivica Rajić au fost pornite în decembrie 2002. Ambii erau bănuși că ar fi participat la comiterea acestor crime, probele acumulate și examinate de biroul procurorului Tribunalului putea fi utilizate de procurorul cantonului Zeneca în afacerea pe care o gestiona. Între timp, dat fiind că procurorul Tribunalului expediase elementele de probă din arhivele sale procurorului din Zeneca la începutul lunii iulie, judecătorul ce prezida avea să declare că aceste documente nu puteau fi admisibile din punct de vedere al actualei legi de procedură penală a Federației și amenințase că va lua măsuri disciplinare împotriva procurorului adjunct de canton în cazul în care acesta continua procedurile judiciare.

Conform informației obținute în timpul procesului, martorii, familiile acestora, precum și persoanele care i-au susținut, nu au fost suficient protejați de către instanța de judecată contra intimidărilor și a tratamentelor ofensatoare din partea acuzării.⁸ Trebuie de mai adăugat la aceasta că un alt subcomandant al *Maturice*, care fusese anterior judecat și achitat de un tribunal din Croația, a făcut o depoziție în fața judecătorului de instrucție și a tribunalului, care putea fi utilizată pentru a repune în cauză alibi lui Dominik Ilijašević.⁹

Amnesty International, în Memoriul său din mai 2002 adresat Înalțului Reprezentant, a recomandat, în scopul instaurării unui sistem de justiție penală capabil să funcționeze durabil în țară, să introducă un element internațional în tribunalele din Canton și din District, familiarizat cu crimele de război. Așa cum am atenționat anterior, nu a fost primit nici un răspuns. În același timp, Amnesty International este conștientă că la moment nu exista voința politică la nivel internațional pentru a accepta participarea internațională la procesele pentru crime de război în fața tribunalelor pentru entități. Organizația este extrem de preocupată să vadă că persoanele însărcinate să pună în aplicare Camera pentru Crime de Război nu acordă atenția și resursele suficiente sistemului judiciar penal la nivel de diferite entități, ceea ce mărturisește despre o lipsă fundamentală de perspectivă și clarviziune din partea comunității in-

7 The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Case no. IT-95-12. The Prosecutor of the Tribunal against Ivica Rajic Also Known as Viktor Andric [on-line] <https://www.icty.org/x/cases/rajic/ind/en/raj-ii950829e.pdf> (consultat la 12.01.2021).

8 The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Case no. IT-95-12. The Prosecutor of the Tribunal against Ivica Rajic Also Known as Viktor Andric. Sentencing Judgement. 8 May 2006 [on-line] <https://www.icty.org/x/cases/rajic/tjug/en/raj-tj0060508e.pdf> (consultat la 12.01.2021).

9 Amnesty International. Bosnie-Herzégovine. Une Justice en suspens : Les poursuites pour crimes de guerre sont paralysées, 2003, op. cit.

ternaționale. Un tribunal situat la Sarajevo, instituit și obligat să funcționeze practic independent de munca depusă de restul sistemului judiciar penal al țării, nu poate constitui în final o instituție viabilă, capabilă să facă față problemelor cu care se va confrunta. Acest tribunal nu are capacitatea să ancheteze și, în cazul în care există suficiente probe, ar putea exercita urmăriri doar în raport cu un număr foarte mic din miile de persoane suspectate că ar fi comis acte de genocid, crime contra umanității și crime de război în Bosnia și Herțegovina în prima jumătate a ultimului deceniu al secolului XX. Majoritatea problemelor cu care se confruntă Tribunalul se reproduce la nivel național. Un tribunal cu sediul în capitală nu va fi credibil în fața populației locale conștiente de necesitatea combaterii impunității, dar nici nu va putea ajuta la reconstruirea sistemului național de justiție penală în ansamblul său.

Trebuie să admitem că amploarea acestor probleme este de așa natură că nici o soluție la zi (nici o soluție sub rezerva termenilor limită riguroase, dar și considerațiuni bugetare) nu pot fi nici eficiente pentru a pune în aplicare la toate nivelurile țării bazele pe care s-ar putea fonda restaurarea justiției post-război. Mai mult, reamintim, că luând în considerație gravitatea lor, aceste crime nu au termen de prescripție — acest aspect legal specific s-a regăsit expres în alte țări care aveau să lupte contra consecințelor atentatelor la drepturile omului, a căror responsabili nu au putut fi aduși în fața justiției timp de mai mulți ani din cauza situației politice, este cazul Argentinei, Chili sau Peru.

Cooperarea regională

După cum a fost constatat, pentru funcționarea normală a Tribunalului este necesar de timp și resurse pentru ca anchetele efective să poată fi pornite și ca procesele împotriva autorilor prezumați de crime să respecte normele internaționale de echitate și imparțialitate. Adevărat că parțial justificat prin numărul mare și complexitatea documentelor, audierile martorilor și alte materiale prezentate și examinate în calitate de probe, tergiversarea proceselor, este principial argumentată prin lipsa, constatată de fiecare dată, a unei cooperări eficiente și necondiționate din partea autorităților regionale locale, practic pe majoritatea dosarelor pornite. Drept argument poate servi comunicatul de presă CC/P.I.S./727 din 14.02.2003, care citează Procurorul Tribunalului, declarând că sarcina biroului era din ce în ce mai complexă și că o deplină cooperare este necesară pentru a pune în termen întregul program de anchete ce se află la limită...¹⁰. Ea regretă lipsa unei cooperări din partea Croației, Serbiei și a Muntenegrului și a declarat că avea tot timpul nevoie „de a avea acces deplin la probe și la documente“.¹⁰

Dacă cooperarea regională cu Tribunalul s-a arătat departe a fi perfectă, cooperarea la nivel internațional între diferite țări care cândva constituiau fosta Iugoslavie, este catastrofală. Cel mai des, fie că țările refuză să coopereze direct sau indirect, fie

¹⁰ Idem.

că noile acordurile de cooperare care avertizează să aibă ca ultim obiectiv de a sufoca complet urmărirea, fiecare țară garantând acestor violări care sunt resortisanții săi, o impunitate definitivă.

Ca de exemplu, o inițiativă alarmantă din partea miniștrilor justiției Croației și a Serbiei, care au propus de comun acord să consolideze cele două țări în refuzul permanent de a transfera, inclusiv între ele, cele ale resortisanților săi bănuți de crime de război altor jurisdicții,¹¹ Vladan Batić, ministrul sârb al justiției, susține că acordul în practică presupune crearea grupurilor de lucru care vor fi împuternicite să transmită extrasele de naștere pentru persoanele ce au părăsit țara în timp de război și să întocmească lista tuturor persoanelor inculpate sau în raport cu care sunt pornite anchete, astfel ca să nu mai existe „rapoarte, anchete, inculpări sau procese judiciare secrete“. Cele două state vor fi împuternicite să pună sub urmărire „proprii cetățeni“, care în caz de condamnare, ar trebui să-și ispășească pedeapsa acolo. El a subliniat că Serbia nu poate extrăda proprii cetățeni și că ea are doar obligația de ai preda Curții Penale Internaționale în baza Statutului de la Roma (1998).¹² Aceste declarații sunt între timp în opoziție directă cu principiile internaționale recunoscute, cum sunt principiile ONU privind cooperarea internațională în anchetă, arestare, extradare și condamnare a persoanelor culpabile de crime de război și crime contra umanității, adoptate de Adunarea Generală a ONU prin Rezoluția nr. 3074 (XXVIII) din 03.12.1973.¹³ Această rezoluție prezintă o listă importantă de obligații ale statelor de a coopera în anchetele și procedurile ce vizează crimele de război. Această obligație pe care o au statele de a coopera în anchetele și procedurile pe astfel de crime, este inclusă în Preambulul Statutului de la Roma al CPI (1998), care dispune „... că crimele cele mai grave care preocupă comunitatea internațională în ansamblul său, nu trebuie să rămână nepedepsite și că pregătirea lor efectivă trebuie să fie garantată prin măsuri luate la nivel național, precum și printr-o cooperare internațională profundă“.¹⁴

Amnesty International menționează în special principiul fundamental conform căruia statele nu trebuie să ajute persoanele suspectate de crime de drept internațional să evite justiția și că ele sunt obligate fie să ancheteze aceste persoane și să le predea justiției, fie să le extrădeze statelor care sunt în stare să le judece și au competența respectivă.¹⁵

11 Idem.

12 Idem.

13 Rezoluția Adunării Generale a ONU nr. 3074 (XXVIII) din 03.12.1973 „Principles of international co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity“ [on-line] [https://undocs.org/en/A/RES/3074\(XVIII\)&Lang=F&Area=RESOLUTION](https://undocs.org/en/A/RES/3074(XVIII)&Lang=F&Area=RESOLUTION) (consultat la 12.01.2021).

14 Statutul Curții Penale Internaționale, adoptat în cadrul conferinței diplomatice de la Roma din 17.07.1998 [on-line] <https://www.legal-tools.org/doc/759f54/pdf/> (consultat la 12.01.2021).

15 Amnesty International: Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and enforce legislation. Chapter Five (Crimes against Humanity: the legal basis for universal jurisdiction). AI Index: IOR 53/008/2001, September 2001 [on-line] <https://www.amnesty.org/download/Documents/128000/ior530082001en.pdf> (consultat la 12.01.2021).

Dat fiind că urmărirea pentru genocid, crime contra umanității și crime de război față de cetățenii sârbi au constituit mai degrabă o excepție decât o regulă în actualul sistem penal sârb, este puternic dubios că în această țară numeroase urmăriri efective sunt mai degrabă pornite împotriva responsabililor prezumați de astfel de crime comise contra victimelor de origine non-sârbă. Așa, Amnesty International a ajuns la această concluzie în urma proceselor ce au avut loc în cadrul tribunalelor de la Podgorica și Belgrad și care au condamnat cinci bărbați sârbi și sârbo-bosniaci pentru crime contra populației civile comise pe teritoriul sârbo-bosniac, cunoscut sub termenul de cazuri din Štrpci și Sjeverin. În același timp, Organizația și-a exprimat temerile referitor la faptul că persoanele responsabile de aceste crime continue să se afle la libertate.¹⁶ Totodată, în Bosnia și Herțegovina, precum și în Croația, magistrații din cadrul parchetului au acumulat probe împotriva autorilor prezumați, care se aflau la moment în Serbia și Muntenegru, doar că solicitările de extrădare a persoanelor suspecte nu au fost examinate. Trebuie să menționăm că majoritatea responsabililor bănuți au plecat în Serbia sau Muntenegru din considerente de a scăpa de urmăriri judiciare pentru crime de război, obținând cetățenia acestor țări în baza apartenenței etnice. În egală măsură, această regulă se aplică și în cazul suspecților bosniacilor croați, indiferent de locul de naștere sau de reședință, pot obține cetățenia Republicii Croate, iar autoritățile locale nu sunt dispuse să le transmită unei alte jurisdicții. Un exemplu al unei astfel de situații este urmărirea unui sârb bosniac, Veselin Čančar, căutat de tribunalul cantonal din Sarajevo pentru crime de război comise în Foča. După ce poliția locală din Republica Srpska nu a putut să-l aresteze în baza mandatului de arest eliberat de tribunalul din Sarajevo, suspectul a plecat în Serbia sau în Muntenegru în noiembrie 2002, astfel rămânând în așteptare să fie pus sub jurisdicția tribunalului.¹⁷ Veselin Čančar fusese deja recunoscut culpabil de același tribunal pentru alte crime de război în 1998, apoi a fost transferat în Republica Srpska pentru a-și ispăși pedeapsa, dar puțin mai târziu, a fost eliberat, după ce Președintele Republicii Srpska l-a amnistiat.

Un alt dosar care a fost tergiversat mai mult timp ține de solicitarea de extrădare a fostului sârb bosniac Vleselin Vlatković, cunoscut sub numele de Batko. Ministrul justiției al Federației încă în 1999 solicitase autorităților Iugoslaviei federale extrădarea acestuia, astfel ca el să poată fi judecat de tribunalul cantonal din Sarajevo pentru participarea sa prezumată la răpiri, violuri și omoruri unui număr impunător de civili în Sarajevo, în suburbiile din Grbavica în 1992. Prealabil acestei solicitări, Procurorul Tribunalului examinase dosarul conform procedurii „Regulilor de Drum“ și găsind

16 Serbia and Montenegro: Sjeverin war crimes verdict in Belgrade — Amnesty International calls for all those responsible for the policy of abductions and murders to be brought to justice. AI Index: EUR 70/023/2003, October 2003 [on-line] <https://www.amnesty.org/download/Documents/108000/eur630182003en.pdf> (consultat la 12.01.2021).

17 Europe and Central Asia: Summary of Amnesty International's concerns in the region: July — December 2004. 31 August 2005, Index number: EUR 01/002/2005 [on-line] <https://www.amnesty.org/download/Documents/84000/eur010022005en.pdf> (consultat la 12.01.2021).

probe suficiente, l-a transmis tribunalului cantonal din Sarajevo pentru a porni urmărirea. Între timp, autoritățile din Muntenegru au refuzat să predea suspectul, sub pretextul imposibilității extrădării propriilor resortisanți.¹⁸

Mai mult, intenția exprimată de autoritățile sârbe și croate de a judeca proprii cetățeni prezumați responsabili pentru crime de război care nu cad sub jurisdicția lor, conform principiului jurisdicției universale, necesită în asemenea situație acorduri de cooperare mai ample, la fel ca și o mai strânsă cooperare la nivel de autorități regionale, în special a poliției pe aspecte de schimb de informații sau de protecție a martorilor. Circumstanțele particulare care predomină în regiune au ca consecință faptul că majoritatea tribunalelor locale competente de a judeca crimele de război au acumulat un mare număr de probe în raport cu crimele comise, a căror victimele aparțineau la tabăra lor. Între timp, autorii prezumați de aceste crime, au reședința în alte țări, urmărirea împotriva lor fiind în competența unui tribunal local, care în mod normal dispune de foarte puțină informație în raport cu crimele comise și în fața căruia numeroase victime și martori vor fi reticenți de a da mărturie.

În unele cazuri, persoanele prezumate responsabile de aceleași crime, care în mod normal ar fi trebuit să fie judecate împreună, au făcut ulterior obiectul urmărilor pentru aceleași crime în diferite țări. La începutul anului 2001, în cadrul procesului asupra crimelor de război din Zenica, un alt membru al *Maturice* fusese achitat de crime de război de tribunalul din Split. Această persoană avea să declare judecătorului de instrucție că atacul asupra Sputni Do a fost condus de trei comandanți ai HVO, a căror comandant era el însuși și Dominik Ilijasević, ceea ce contrazice direct alibi ultimului conform căruia el nu a participat la această operațiune. Între timp, nici una din probele acumulate pe acest dosar de tribunalul din Split nu a fost transmis tribunalului din Zenica, sesizat pentru aceeași cauză, iar o solicitare de extrădare a fost emisă de interpolul croat.¹⁹

Printre altele, un alt obstacol pentru anchetele și urmărirea eficace ține de faptul că un mare număr de documente importante și dosare oficiale asupra războiului sunt inaccesibile pentru anchetatori, magistrații parchetului și tribunalele locale, în timp ce ele sunt conservate pe teritoriul altor state, astfel aparținând unei alte jurisdicții. Luând în considerație că totalitatea arhivelor ale HVO a fost transferată la Zagreb, unde se află și astăzi, o situație imposibilă de gestionare s-a dezvoltat în cazul a câteva situații care implică croații bosniaci prezumați a fi responsabili de crime comise pe teritoriul Federației. Aceste arhive conțin informații prețioase care au constituit probe pentru Tribunal. Între timp, conform informațiilor obținute de Amnesty International, nici o inițiativă nu a fost întreprinsă pentru a restitui arhivele Ministerului Apărării al Federației, în contextul în care HVO a fost în mod oficial integrată în armata Federației.²⁰ Așa cum au arătat exemplele recente,

18 Amnesty International. Bosnie-Herzégovine. Une Justice en suspens : Les poursuites pour crimes de guerre sont paralysées, 2003, op. cit.

19 Idem.

20 Idem.

cooperarea între diferiți magistrați din cadrul parchetelor Bosniei și Herțegovinei, Serbiei și Croației, a cuprins un număr foarte mic de dosare, această cooperare fiind caracterizată prin amânări și obstrucțiuni datorate unei lipse mutuale de încredere și a lipsei unor acorduri oficiale de cooperare judiciară, care ar trebui să stea la baza unei colaborări eficiente și adecvate.

Încheiere

Studiul efectuat ne permite să considerăm că orice modificare a sistemului de justiție penală legată de infracțiunile comise în Bosnia și Herțegovina prevăzute de dreptul internațional, altfel spus — crimele internaționale, trebuie să garanteze aducerea în fața unei autorități juridice a miilor de responsabili bănuți de crime comise în masă pe perioada conflictului armat. Fiecare crimă trebuie să fie examinată în mod minuțios, independent și imparțial și să permită pornirea urmăririlor în cazurile în care există probe suficiente și admisibile. Trebuie să pornim de la ideea că genocidul, crimele contra umanității și crimele de război comise în Bosnia și Herțegovina nu constituie crime doar contra locuitorilor țării, dar constituie în egală măsură crime contra comunității internaționale în ansamblul său.

Ca consecință, comunitatea internațională are, împreună cu Bosnia și Herțegovina, datoria să aducă responsabilii bănuți în fața unei autorități judiciare naționale sau internaționale. Astfel, orice soluție trebuie să i-a în considerație necesitățile specifice ale țării, provocate de urmările crimelor nesoluționate exacerbate de situația actuală a țării în care încrederea poporului în sistemul judiciar penal este la un nivel destul de scăzut și unde este imensă armura generală născută din incapacitatea de a se sprijini în raport cu abuzurile din trecut. Pe lângă cele menționate, procesul nu trebuie să fie condiționat prin factori bugetari internaționali și politici sau determinat de un proiect irealist pe scurt timp.

CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA AUTORUL INFRAȚIUNII CA PURTĂTOR DE INFORMAȚIE CU SEMNIFICAȚIE CRIMINALISTICĂ

Florin CIOBANU, doctorand, ULIM

Recenzent: **Mihai SORBALA**, doctor în drept, lector universitar

CONSIDERATIONS REGARDING THE PERPETRATOR AS A CARRIER OF INFORMATION OF CRIMINAL SIGNIFICANCE

Based on a thorough analysis of various opinions from the specialized forensic literature and the judicial practice, the author of the present work puts forward the idea that the process of identifying the criminal must rely on the examination of the his/ her qualities and characteristics (social, psychological, biological) reflected by the material traces that remained at the crime scene and the testimony of the eyewitnesses and the victims.

It is underlined that the information about the connection between these characteristics, which are reflected in the traces at the crime scene, became so specific and voluminous, that only people with specialized knowledge (judicial experts, specialists) can process them in order to identify and arrest the criminals.

Keywords: *criminal activity, material traces, forensic specialist, examination of the crime scene, technical–scientific resolution, judicial expertise, qualities and characteristics of the person.*

În lucrare, în baza analizei diverselor opinii din literatura criminalistică de specialitate, a practicii judiciare, se argumentează ideea că căutarea autorului infracțiunii trebuie sprijinită pe analiza însușirilor și semnalmentelor (sociale, psihologice, biologice) persoanei, oglindite în urmele materiale rămase la fața locului, dar și în memoria martorilor oculari și a victimelor. Se susține că informația despre legătura dintre aceste însușiri, reflectate în urmele de la fața locului au devenit atât de specifice și voluminoase, încât necesită procesarea lor doar de persoane ce dețin cunoștințe specializate (experți judiciari, specialiști) în vederea căutării și reținerii autorilor infracțiunii.

Cuvinte-cheie: *activitate infracțională, urme materiale, specialist criminalist, cercetarea la fața locului, constatarea tehnico-științifică, expertiza judiciară, semnalmente ale persoanei*

Descoperirea și cercetarea infracțiunii presupune, întâi de toate, căutarea persoanei care a săvârșit-o. Doar în prezența autorului infracțiunii procesul de investigare, în special probatoriul, capătă un caracter bine determinat.

Autorul infracțiunii, în calitatea sa de ființă umană, prezintă un sistem complex, însușirile și caracteristicile căruia se află într-o strânsă legătură. Ca subiect al infracțiunii, el este obiect de cercetare a mai multor domenii juridice, inclusiv criminalistica. Aici, în această calitate, tradițional, sunt examinate acele însușiri și caracteristici umane, care se reflectă în realitatea înconjurătoare prin urme materiale

și ideale. Caracteristicile și însușirile persoanei reflectate în astfel de urme sunt determinate de faptul că persoana respectivă se manifestă simultan ca ființă biologică și socială totodată, adică sub două aspecte ale aceleiași realități.

Din perspectiva științei criminalistice, stabilirea persoanei autorului infracțiunii, prezintă, în esență, un sistem de acțiuni orientate spre colectarea informației de căutare și probantă despre individ, analiza și examinarea ei în scopul determinării unei individualități umane ce poate fi caracterizată printr-o totalitate de caracteristici demografice, psihofiziologice, anatomo-morfologice¹. Însă, examinării criminalistice sunt supuse acele însușiri care dețin caracter informativ, adică după care se poate de imaginat persoana făptuitorului. În acest caz, dacă vorbim de făptuitor, în structura personalității acestuia se întrevede încă o componentă structurală — elementul legat de pericolul public al acestuia, înfățișat de însușirile lui sociale.

Ca ființă socială, infractorul prezintă un ansamblu de calități ce se formează în condiții istorice concrete și în sfera relațiilor sociale. Ca ființă biologică, acesta deține însușiri date de la natură și dezvoltate în procesul de activitate vitală. În particular, astfel de însușiri caracterizează: semnalmentele anatomice, sistemul nervos al omului, diferența de gen, metabolismul ș.a. Calitățile psihice și biologice sunt strâns legate între ele, ceea ce permite a vorbi despre baza psihofiziologică a individului.

Este evident că toate însușirile și calitățile persoanei nu se pot reflecta în mediul material. Mai mult ca atât, pe criminaliști îi interesează nu atât procesul de manifestare a astfel de calități umane, cât produsul material final al reflectării. Spre exemplu, însușirile biologice se oglindesc în miros, salivă, urină, în componentele organice (sânge, fire de păr, oase etc.). Particularitățile morfologice ale corpului se exteriorizează în urmele de mâni, de picioare, de buze etc. Acestea rămân oricând ca urmare a activității infracționale, care totdeauna se desfășoară într-un anumit mediu, anumite împrejurări, pe fundaluri concrete.

Totodată trebuie spus că, activitatea infracțională se deosebește de alte genuri de activitate umană prin faptul că ea se realizează în împrejurări încordate, frecvent în condiții temporale limitate și tensiuni neuropsihologice deosebite. În același timp, ca oricare altă activitate, ea se evidențiază și prin conștientizare, scop bine determinat, durată, caracter planificat.

Fiecare dintre aceste elemente deține un anumit specific. Spre exemplu, scopul activităților în cauză poartă caracter antisocial, tinde spre a fi folosite rezultatele muncii altora². Mai mult, și structura activității infracționale este similară oricărei preocupări sociale: subiectul infracțiunii, mijloacele activității infracționale, obiectul atentării, urmele activității infracționale³. De aceea, în cadrul studierii a însuși

1 Зинин А.М. Внешность человека в криминалистике (субъективные изображения). Учеб. пособие. Под ред. В.А.Снеткова. М.:ЭКЦ МВД России,1995, с.4.

2 Бахин В.П., Карпов Н.С., Цымбал И.В. Преступная деятельность: понятие, характеристика, принципы, изучение. Монография. Киев: АГНСУ, 2001, с.38.

3 Badiu A.,Golubenco Gh. Criminalistică. Caiet de curs. Chișinău:Tipografia Centrală, 2019, p.40.

infrapecuniunii, interesul criminaliștilor este focusat asupra diverselor conexiuni și interacțiuni ale elementelor infrapecuniunii (genetice, structurale, funcționale ș.a.). În rezultatul interacțiunii fapțuitorului cu mediul ambiant, se produc reflectări reciproce ale obiectelor lumii materiale și a câmpului infrapecunional, în ansamblu, în care infractorul ocupă o poziție particulară, întrucât este înzestrat cu conștiință și, în plus, este purtător de urme ideale.

Urmele care apar în rezultatul acestor interacțiuni, conțin informații despre autorul lor, fapt ce contribuie la identificarea ulterioară a acestuia. Trebuie menționat însă că, orice activitate se produce în anumite condiții și prezintă rezultatul a careva rațiuni și motive, deaceia este important a stabili legătura cauzală dintre efectele acestor acțiuni și condițiile în care s-au înfăptuit. Cunoașterea legăturilor cauzale contribuie la determinarea esenței evenimentului și, ca urmare, a persoanelor implicate în el. Stabilirea legăturii cauzale, se poate manifesta ca etapă în soluționarea multor sarcini inclusiv și ca scop a unei cercetării de sinestătătoare.

Astfel, orice persoană nu se poate pomeni întâmplător într-o situație sau alta, spre aceasta îl induce tot lanțul de legături precedente aflate în desfășurare. Mai mult ca atât, situația, refractându-se în psihica subiectului îl provoacă la comiterea faptei respective în funcție de valorile etico-morale și orientările personalității lui, precum și de un rând întreg de factori biologici și psihologici⁴.

Prin urmare, procesul apariției urmelor evenimentului infrapecunional, se află într-o dependență directă de condițiile și situația în care acesta a avut loc.

Practica mărturisește că astfel de particularități situaționale, determină și specificul descoperirii și cercetării infrapecuniunilor în etapa inițială a investigațiilor. Acest lucru se manifestă, în particular, în volumul și caracterul informației primare, de la care se pornesc cercetările infrapecuniunii depistate. De subliniat însă că, descoperirea infrapecuniunii comisă în condiții evidente (situația când există informații maximele despre persoana care a comis fapta) nu provoacă, de regulă, careva impedimente spre deosebire de cercetarea faptei săvârșită în condiții neevidente (situația când informații despre autorul faptei lipsesc).

Activitatea de stabilire a fapțuitorului se sprijină pe un complex de teze metodologice importante, determinante fiind cele ce privesc individualitatea, stabilitatea relativă, reflectivitatea și cognoscibilitatea fiecărui individ⁵.

În legătură cu aceasta, în criminalistică este obișnuit a se evidenția sursele de informații despre persoana infractorului. La acestea se referă urmele apărute ca urmare a comiterii infrapecuniunii. Dar, în contextul abordării a astfel de surse despre calitățile și însușirile unei persoane concrete, trebuie să pornim de la concepția științifică a urmelor infrapecunionale, care pot exista, după cum am mai menționat, în formă de imagini mentale, formate în conștiința martorilor oculari, a victimelor și altor persoane în rezultatul percepției vizuale, dar și în formă de reflectări materiale

4 Волчецкая Т. С. Криминалистическая ситуалогия. Монография. Калининград: КГУ, 1997, с.95.

5 Образцов В.А. Выявление и избличение преступника. М.: Юристъ, 1997, с.13.

a calităților și însușirilor respective. Ele apar obligatoriu ca efecte „colaterale și nedorite de infractor, scopul principal fiind satisfacerea unor necesități, dorințe, pasiuni însoțite de pricinuirea daunelor fizice, materiale, morale valorilor protejate de lege”⁶.

Urmele în cauză indica asupra formei, genului și altor însușiri ale obiectelor ce cad în orbita infracțiunii, la interacțiunea dintre ele și nu pot exista în afara purtătorilor materiali și imaginilor psihofiziologice din conștiința omului. Anume aceste urme, fiind purtători de informație despre evenimentul infracțional, contribuie la aflarea adevărului obiectiv în cauzele penale.

În literatura criminalistică de specialitate s-au făcut multiple încercări de a clasifica urmele în cauză: — după caracterul obiectului creator (urme de mâni, picioare, transport, efracție etc); după condițiile și mecanismul de formare (urme de adâncime, de suprafață, urme statice, dinamice, locale, periferice ș.a.); după gradul de percepție (urme vizibile, slab vizibile, latente)⁷.

Savantul rus V.A. Jbankov propune a diviza urmele materiale în funcție de: a) însușirile persoanei făptuitorului; b) varietății de interacțiune în cadrul formării urmelor; c) legătura urmei cu persoana făptuitorului. În calitate de criteriu principal în activitatea de căutare a autorului cu identitate necunoscută autorul în cauză evidențiază urmele ce reflectă calitățile biologice, psihologice și sociale ale persoanei suspectate⁸.

În opinia noastră și legat de cele menționate, urmele ce reflectă însușirile biologice urmează a fi subdivizate în: morfologice (reflectă structura exterioară a corpului și membrilor acestuia — urme de mâni, picioare, dinți etc) și urme cu substrat biologic (oglesc componentele organismului — sânge, spermă, salivă, sudoare, produse ale activității vitale etc). Calitățile biologice se reflectă la fel în urme ce apar ca rezultat al manifestării funcțiilor psihologice (cărarea de pași, vocea omului, scrisul, vorbirea orală, alte fenomene apărute ca urmare a acțiunilor criminale).

Urmele ce reflectă însușirile psihologice ale infractorului nu pot fi percepute nemijlocit, dar pot fi relevate doar din analiza fenomenelor materiale (din analiza vorbirii în scris și orale, din consecințele comportamentale ș.a.). O importanță deosebită în acest sens o are analiza modului de comitere a infracțiunii, în care se exteriorizează experiența, deprinderile, cunoștințele, trăsăturile de caracter ale făptuitorului.

Cercetătorul Ș.N.Haziev consideră că în scopul stabilirii autorului necunoscut al infracțiunii, în primul rând urmează să cunoaștem caracteristicile fizice generale (genul, vârsta, corpolența, naționalitatea), după care să examinăm semnalmentele funcționale, anatomice, patologice, profesionale și însoțitoare⁹. Totodată, nu poate fi trecut cu vederea și faptul că, la locul faptei frecvent se descoperă și se ridică o multitudine de urme, o parte din care nu dețin nici o legătură cu fapta cercetată.

6 Golubenco Gh. Criminalistică: obiect, sistem, istorie. Chișinău: Tip. Centrală, 2008, p.86.

7 Golubenco Gh. Urmele infracțiunii. Chișinău:Garuda-Art, 1999, p.44-45.

8 Жбанков В.А. Криминалистические средства и методы раскрытия неочевидных преступлений. М.:Академия МВД СССР, 1987, с.11.

9 Хазиев Ш.Н.Технико-криминалистические методы установления признаков неизвестного преступника по его следам. М., 1986, с.9.

O notă particulară se întrevăde în clasificarea făcută de criminaliștii germani. Astfel, de rând cu urmele autentice reale, lăuate de făptuitor, ei evidențiază urme false apărute până și după comiterea infracțiunii; urme simulative — lăuate special de făptuitor pentru a duce în eroare organele de urmărire penală. Totodată, printre cele autentice ei remarcă: situaționale (poziția întrerupătorului electric, a ușilor, ferestrelor, încuietorilor, storelor etc.); urme-obiecte — lucruri uitate sau lăuate de autorii infracțiunii (mucuri de țigară, nasturi, lanterne ș.a.)¹⁰.

Destul de semnificativă sursă de informații cu semnificație criminalistică constituie uneltele infraționale — element indispensabil al modului de comitere a infracțiunii. Însăși unealta infracțiunii și urmele localizate pe ea dețin caracteristici care indică asupra posesorului ei, profesiei acestuia.

Tot în această ordine de idei, trebuie spus că spațiul și timpul primează în comparație cu alte noțiuni cuprinse de obiectul de cunoaștere al criminalisticii. Dacă nu obținem răspuns la întrebarea când și unde concret a avut loc evenimentul infracțional, este foarte greu, uneori imposibil, de stabilit alte împrejurări ale infracțiunii. Și dinpotrivă, într-un rând de cazuri, determinarea exactă a locului infracțiunii, indică direct asupra persoanelor implicate în fapta cercetată. Deci, factorul timpului influențează semnificativ procesul reflectării infractorului și a infracțiunii în mediul material. Cu cât mai semnificativ ne vom îndepărta de la momentul comiterii faptei, cu atât mai multe „amprente“ ale evenimentului respectiv vor dispărea sau se vor „șterge“ din memoria martorilor oculari și a părții vătămate.

Practica mărturisește că, în cele mai multe cazuri răspunsul la întrebarea cine a comis infracțiunea, se află, într-un fel sau altul, în albia obținerii și utilizării informației privind persoana împotriva căreia aceasta s-a săvârșit. În cauzele cu privire la infracțiunile săvârșite contra vieții și sănătății persoanei, o importanță deosebită se acordă studierii victimei infracțiunii ca purtător diversificat de informație, deosebit de importantă din punctul de vedere al soluționării sarcinilor de căutare. Prof. V.Obrazșov scrie, pe drept că, victima infracțiunii urmează a fi studiată, „mai întâi, ca personalitate și subiect al diferitor relații (sfera activităților de muncă, viața cotidiană etc.); în al doilea rând, ca participant al procesului de creare a urmelor, ca obiect creator și, totodată, primitor de urmă“¹¹.

Studierea caracteristicilor făptuitorului oglindite în urmele și obiectele din scena infracțiunii, servește bază pentru aprecierea caracteristicilor de grup, apartenența la o anumită clasă de obiecte, ceea ce permite a stipula „punctele de pornire“ în activitatea de căutare a persoanei suspectate. Se are în vedere mai multe raționamente:

- 1) Unele date de anchetă (nume, loc de naștere, loc de trai, de muncă etc.) oferite de însuși făptuitor sau coparticipanți în prezența victimei sau a martorului ocular ori din alte surse;

10 Аруд:Криминалистика. Учебник. Под ред. Корухова Ю.Г., Коломацкого В.Г. М.:Академия МВД СССР, 1984, с.58.

11 Образцов В.А. Выявление и избличение преступника. М.:Юристъ, 1997, с.99.

- 2) Informații despre semnalmentele exterioare ale persoanei căutate în forma unor „portrete vorbite“;
- 3) Date factice care permit a judeca despre forța fizică, profeie, deprinderi, obișnuințe, nivelul de cultură, pasiune ș.a.;
- 4) Urmele (în sensul traseologic îngust și înțelesul medico-legal) lăsate de infractor. Aici se referă, întâi de toate, urmele de mâni, picioare, dinți, încălțăminte, urme ale mijloacelor de transport, urme de spargere, sânge, spermă, salivă, sudoare și alte fluide ale organismului uman, precum și urmele de miros;
- 5) Informații despre lucrurile care aparțin infractorului, inclusiv unelele cu care a fost comisă infracțiunea, mijloacele de transport utilizate etc.;
- 6) Urme care au apărut (sau ar fi putut să rămână) pe corpul, vestimentația, încălțăminte, fâptuitorului sau pe obiectele din preajmă în rezultatul săvârșirii infracțiunii — deteriorări pe corp și îmbrăcăminte, urme de sânge provenite de la victimă, microparticule de la configurația materială a locului faptei ș.a.;
- 7) Informații cu privire la acțiunile făptuitorului în scopul pregătirii către infracțiune, comiterii nemijlocite și camuflării acesteia, ștergerii urmelor. Toate aceste urme, informații, date factice, luate izolat dar mai ales în totalitatea lor, permit a elabora versiuni cu privire la cercul de persoane, printre care trebuie căutat infractorul (cunoscuți, persoane apropiate victimei, persoane străine necunoscute victimei, minori, recidiviști, persoane alienate mental etc.), a planifica măsuri de căutare concrete, alteori ajută la stabilirea persoanei după modul specific de comitere a infracțiunii.

Trebuie acceptată și poziția acelor savanți, care subliniază importanța dobândirii de către ofițerii de investigații și de urmărire penală a cunoștințelor despre dependențele corelative dintre acțiunile făptuitorului și configurația materială a ambianței, în care s-au reflectat aceste activități, dintre însușirile personalității și condițiile în care acestea s-au dezvoltat și format, dintre însușirile sociale, psihologice, biologice ale individului, precum și proprietățile dintre cele trei componente susindicate¹².

Prima varietate de legătură dintre cele susindicate, se stabilește cu ajutorul metodelor logice de cunoaștere. Astfel, în cazul descoperirii urmelor de spargere, având în vedere starea de fapt și localizarea urmelor, se poate de judecat despre grupa vârstnică, capacitățile fizice și înălțimea orientativă a făptuitorului. În cazul urmelor de încălțăminte putem stabili numărul infractorilor, talia aproximativă, genul, existența unor deficiențe fizice sau particularități ale încălțăminte ori ale plantei piciorului¹³ ș.a.

Al doilea tip de legătură se determină în baza legăturilor scoase în evidență dintre personalitate și mediul în care aceasta a locuit și s-a format. Astfel, s-a con-

12 Зуйков Г.Г. Поиск по признакам способа совершения преступления. М.:ВШ МВД СССР, 1970, с.13.

13 Golubenco Gh. Urmele infracțiunii. Chișinău:Garuda-Art, 1999, p.62

statat că particularitățile vorbirii în scris și orale ce se manifestă în abaterile de la limba literară națională, poartă informație despre un anumit mediu, loc de formare a caracteristicilor lingvistice; analiza ritmicii vorbirii orale permite a diagnostica purtătorii de limbi străine, care vorbesc în limba română; caracteristicile timbrului vocii vorbitorului indică asupra naționalității lui ș.a.

Prin urmare, se poate afirma că, rolul de bază în procesul stabilirii naturii și stării obiectelor materiale legate de evenimentul infracțional (cărui, într-un anumit sens, îi aparține și infractorul) cu scopul de a obține informație cu semnificație criminalistică, îl joacă caracteristicile diagnosticatoare. Acest lucru este legitim, deoarece la fundamentul metodei dialectice universale de cunoaștere stă gândirea abstractă, adică posibilitatea de a formula noțiuni și a opera cu ele în formă de raționamente. Acestea sunt înlesnite de faptul că, generalul, existent în însăși realitatea obiectivă și comun tuturor obiectelor se manifestă doar prin fenomene izolate, singulare. Unitatea și legătura reciprocă a procesului diagnostic de cunoaștere și de elaborare a versiunilor în vederea stabilirii persoanei făptuitorului se exprimă în natura și conținutul lor primar. Esența în cazul dat constă în studierea unui fapt, fenomen necunoscut în baza analizei și examinării comparative cu informația relevantă determinată deja anterior de știință și efectele activității practice.

Rezultatele diagnosticării criminalistice permit a formula presupunerii întemeiate științific. Astfel, despre unele caracteristici ale persoanei necunoscute, date în cautare pentru comiterea unei infracțiuni (apartenență de gen, profesie, vârstă, talie orientativă, semnalmente anatomice, funcționale etc.) ne putem face închipuire, spre exemplu, după urmele depistate în cadrul cercetării la fața locului — de mâni, picioare, încălțăminte, dinți, fluide ale organismului uman etc. Și această pentru că, sunt cunoscute dependențele apartenenței individului la o rasă, etnie, pe de o parte, și componentele sângelui, tipurile și varietățile de desene papilare ale mânilor, picioarelor construcția aparatului dental, mirosul — pe de altă parte.

Informația privind însușirile de rasă, etnie, profesie, alte calități sociale se poate conține în scrisul persoanei, vorbirea în scris, textele printate.

Relevarea, colectarea și fixarea urmelor infracțiunii (infractorului) prezintă o garanție fermă în depistarea și reținerea persoanei suspectate în comiterea infracțiunii, în realizarea unei cercetări obiective și deplina a tuturor circumstanțelor cauzei. Conținutul informației, desprinse din aceste activități este diversă și depinde de genul infracțiunii, împrejurările descoperirii și investigării ei.

De regulă, în cuprinsul informațiilor sunt incluse date despre timpul, locul, motivul, modul săvârșirii infracțiunii, semnalmentele autorului necunoscut care a părăsit locul faptei, posibilele urme rămase pe corpul și vestimentația lui, direcțiile de retragere a acestuia din acest loc, caracteristicile bunurilor furate și altor urme ale infracțiunii.

Prin urmare, în concluzie la cele spuse, trebuie observat că, determinarea persoanei care a comis o infracțiune iminent este legată de soluționarea unor sarcini de stabilirea a:

- 1) însușirilor și caracteristicilor biologice, psihologice, sociale ale persoanei;
- 2) anumitor calități și semne ale uneltelor, instrumentelor ce s-au reflectat în urmele și configurația locului faptei;
- 3) mecanismul infracțiunii, timpul, modul de comitere a faptei și alte asemenea caracteristici oglindite în starea de fapt, unele obiecte și urme izolate.

Bazele teoretice de soluționare a astfel de sarcini țin de tezele dialecticii materialiste privind individualitatea, modificările situaționale și totodată, unitatea materială a însușirilor umane. Realizarea practică a acestor teze caracterizează tot procesul de descoperire și cercetare al infracțiunilor, căutarea și stabilirea persoanei vinovate în comitera infracțiunii.

Însă în astfel de cazuri, posibilități deosebite oferă efectuarea diverselor expertize judiciare¹⁴ și constatări tehnico-științifice, legate de examinarea urmelor materiale și ideale de natură umană, dar și a altor reflectări ale persoanelor implicate în fapte penale. Tocmai astfel de forme de aplicare a cunoștințelor specializate permit a studia multilateral și profund însușirile și caracteristicile persoanei necunoscute după urmele materiale în scop de căutare, reținere și identificare ulterioară.

14 Hotărârea de Guvern a R. Moldova nr.195 din 24.03.2017 Cu privire la aprobarea Nomenclatorului expertizelor judiciare. În: Monitorul Oficial al R.Moldova nr.109-118 din 07.04.2017.

CONSIDERAȚII JURIDICO-PROCESUALE PRIVIND UTILIZAREA CUNOȘTIINȚELOR SPECIALIZATE LA CERCETAREA LA FAȚA LOCULUI

Ionuț POPESCU, doctorand, ULIM

Recenzent: **Mihai SORBALA**, doctor în drept, conferențiar universitar

LEGAL-PROCEDURAL CONSIDERATIONS REGARDING THE USE OF SPECIALIZED KNOWLEDGE IN EXAMINATION OF THE CRIME SCENE

The present work contains the concept of the notion “specialized knowledge” which was formulated after a thorough analysis of various opinions from the specialized literature. The author reveals the main forms in which the specialized knowledge is used in the penal process putting forward a new form of its application at the situational expertise of the crime scene. He also brings arguments in favor of the suggestions of lege-ferenda.

Keywords: forensic specialist, examination of the crime scene, technical-scientific resolution, situational expertise of the crime scene

În lucrare, în baza analizei diverselor opinii din literatura criminalistică de specialitate cu privire la noțiunea de ”cunoștințe specializate”, este formulat conceptul a astfel de cunoștințe. Sunt expuse formele principale de utilizare a cunoștințelor specializate în procesul penal, argumentându-se o nouă formă de aplicare a acestora la efectuarea expertizei situaționale a locului faptei. Se argumentează propuneri de lege-ferenda.

Cuvinte-cheie: specialist criminalist, cercetarea la fața locului, constatarea tehnico-științifică, expertiza situațională a locului faptei

Realizarea obiectivului general al procesului penal privind descoperirea și cercetarea rapidă a infracțiunilor în mare parte depinde de aplicarea eficientă și la scară largă a cunoștințelor specializate, a metodelor și mijloacelor tehnico-științifice ceea ce, la rândul său, presupune o anumită organizare și dirijare a acestui gen de activitate de către organele de urmărire penală. Se poate de afirmat cu certitudine că traseologia practică nu se poate lipsi de folosirea cunoștințelor specializate ale persoanelor versate. Chiar dacă anchetatorul deține un înalt nivel de instruire și pregătire profesională, posedă cunoștințe specializate în anumite varietăți de expertize judiciare, el, conform legii, nu este în drept să efectueze careva cercetări ce țin de utilizarea a astfel de cunoștințe din domeniile științei, tehnicii, artei, meseriei sau altui domeniu.

Tocmai din acest considerent, în cadrul soluționării chestiunilor ieșite din competența anchetatorului, se cere a valorifica sprijinul persoanelor versate — a specialiștilor și experților judiciari. Cunoștințele și experiența lor profesională, priceperea de a aplica metode și mijloace tehnico-criminalistice în scopul descoperirii, fixării,

ridicării și cercetării materialelor de probă, stabilirea faptelor concrete, relevarea unor legături ascunse, însușiri, caracteristici ale obiectelor supuse cercetării etc., ajută semnificativ ofițerii de investigații, organele de urmărire penală în activitatea lor profesională de investigare a infracțiunilor și de probare a circumstanțelor cauzei.

În literatura de specialitate criminalistică și procesuală s-au făcut diverse încercări de a concretiza noțiunea de „cunoștințe specializate”. În opinia unora dintre ei cunoștințele specializate prezintă „cunoștințe profesionale din domeniul științei, tehnicii, artei, meșteșugului necesare pentru soluționarea chestiunilor legate de investigarea infracțiunilor”¹. După părerea altor autori, acestea „sunt cunoștințe slab cunoscute în masă, inaccesibile pentru cercurile largi de populație, altfel spus, cunoștințe ce sunt deținute de un cerc îngust de specialiști”². Tot în aceiși cheie se expune și savantul procesualist Iu.K.Orlov, care declară că, cunoștințele speciale sunt cele ieșite din cadrul pregătirii generale și experienței curente a omului, acestea fiind posedate de un cerc mai mult sau mai puțin restrâns de persoane”³.

De observat că această determinare nu conține indicații cu privire la necesitatea unei pregătiri teoretice și practice a persoanelor ce dețin cunoștințe specializate. Mai mult, în această noțiune lipsește și alt element, important din punctul nostru de vedere, precum prezența la persoanele respective a deprinderilor de a aplica astfel de cunoștințe în activitățile de rigoare.

Dar și cazul, în care autorii enumeră în definiție toate elementele ce caracterizează cunoștințele specializate, subliniind totodată că, ele „nu sunt general cunoscute” că, ele sunt „restricționat accesibile”, apar un rând de întrebări legitime. Astfel, conform opiniei autorilor „Enciclopediei criminalistice”, speciale sunt „cunoștințele larg necunoscute în domeniul jurisprudenței, obținute ca urmare a pregătirii profesionale sau în cursul unor activități pe o anumită specialitate folosite în scopul soluționării problemelor deosebite ce apar în cadrul urmăririi penale sau a dezbaterilor judiciare”⁴. În fond, la fel este interpretată această noțiune și în unele teze de doctorat din spațiul vorbitorilor de limbă română. Spre exemplu, E.Baltaga apreciază noțiunea în cauză că „sistem de cunoștințe științifico-practice dintr-un domeniu sau altul al științei, tehnicii și tehnologiilor moderne, artei sau meșteșugului și deprinderile obținute de o persoană concretă în rezultatul studiilor specializate și antrenării profesionale”⁵.

Asemănător, dar cu mici modificări textuale conceptul este interpretat și de un alt autor — I.N.Sorokateaghin, care prin „speciale” înțelege „cunoștințele ce oglindesc nivelul contemporan de dezvoltare a unei branșe a științei, tehnicii, artei, meseriei, obținute pe parcursul unor pregătiri aparte sau în rezultatul unor experiențe pro-

1 Белкин Р.С. Криминалистика. Краткая энциклопедия. М.,1993. с.80.

2 Эйсман А.А. Заключение эксперта. Структура и научное обоснование. М., 1967, с.91.

3 Орлов Ю.К. Заключение эксперта и его оценка по уголовным делам. М.,1995, с.6.

4 Криминалистическая энциклопедия. /Под редакцией Р.С.Белкина.Алмааты, 1995, с.132.

5 Baltaga E. Aplicarea cunoștințelor speciale medicale la cercetarea cauzelor penale. Teză de doctorat. Chișinău:ULIM, 2012, p.63.

fesionale care nu sunt general accesibile și cunoscute, utilizate în scopul stabilirii adevărului în cauzele instrumentate și în condițiile statuate de lege⁶.

Întrebarea este — ce înseamnă sintagma „nu sunt general accesibile și cunoscute“ în jurisprudență? S-a avut oare în vedere că cunoștințele expertului în ramurile expertizelor criminalistice tradiționale nu sunt deținute de anchetator, care efectuează urmărirea penală sau judecător care judecă cauza? Dacă este așa, atunci cum rămâne cu aprecierea raportului expertului de către organul de urmărire penală și judecător? Este de la sine înțeles că, în cazul unor genuri de expertiză, metodică efectuării cărora include metode și tehnici instrumentale destul de complexe, anchetatorii pot aprecia doar partea formală a astfel de rapoarte. Este evident că, pentru a evalua, spre exemplu, aspectul fundamentării științifice a raportului respectiv, ei trebuie să posede un volum de cunoștințe, aproape similar cu cel al expertului. Probabil, tocmai acest lucru l-au avut în vedere autorii, utilizând sintagma „nu sunt general accesibile și cunoscute în jurisprudență“. Deci, luând în calcul cele menționate, folosirea din această perspectivă a expresiei în cauză, o credem nu pe deplin corectă.

Cele menționate au afinitate cu o altă problemă: dacă cunoștințele juridice sunt sau nu specializate? Este justificată, în opinia noastră, obiecția autorului V. Arseniev la unele opinii precum că conceptul de cunoștințe specializate, nu a putut, chipurile, să cuprindă și cele juridice⁷. De observat în acest context că, parte componentă a cunoștințelor juridice sunt cele criminalistice, aplicarea cărora exteriorizându-se în forme la fel ca și oricare alte cunoștințe specializate: efectuarea expertizelor criminalistice, participarea specialistului-criminalist în activitatea de descoperire și cercetare a infracțiunilor (depistarea, fixarea, ridicarea și examinarea materialelor de probă). Aceasta însă nu înseamnă că, dacă expertul posedă cunoștințe în aspectele juridice ale cazului penal sau civil el, în această bază, ar avea dreptul de a efectua expertize „juridice“. La fel ca și ofițerul de urmărire penală, procurorul sau judecătorul, care dețin cunoștințe speciale (nejuridice), în conformitate cu legea, nu este în drept să înlocuească expertul, iar acesta din urmă nu se poate implica în activitatea organului de urmărire, întrucât va încălca legea, îmbinând două funcții procesuale — a expertului și a ofițerului respectiv. Oricum, dacă însă expertul, în cadrul soluționării sarcinilor sale expertale, i-și asumă funcții ce țin de activitatea anchetei sau a instanței de judecată, atunci raportul acestuia i-și pierde valoarea sa probantă. Expertiza nu interpretează legea.

Și atunci, ce trebuie de înțeles prin „cunoștințe specializate“?

Analizând și sintetizând definițiile acestui concept, expuse în literatura criminalistică și procesuală de specialitate, trebuie spus că există două puncte de vedere

6 Сорокотягин И.Н. Криминалистические проблемы использования специальных познаний в расследовании преступлений. Автореф. дисс. д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1992, с.14-15.

7 Арсениев В.Д. Специальные знания и научно-технические средства в уголовном процессе. В: Криминалистические и процессуальные проблемы расследования: Межвузовский тематический сборник. Барнаул, 1983, с.39-40.

asupra acestei probleme. Primul — că, cunoștințele specializate sunt, în esență, cunoștințe științifice. Al doilea că, cunoștințele specializate sunt cunoștințe dobândite în procesul unor instruirii și activități profesionale. Adepții primului punct de vedere î-și întemeiază poziția lor prin faptul că atât tehnica, cât și arta sau meseria se bazează pe datele științei⁸. Oponenții aceluși punct de vedere consideră că, cunoștințele științifice nu reprezintă unicul domeniu al cunoștințelor specializate, aplicate în cadrul efectuării expertizelor judiciare, că astfel de cunoștințe se acumulează și în procesul de instruire și activitate practică, confirmându-și această concluzie cu exemple din practica efectuării expertizelor în cauzele de investigare a accidentelor rutiere, legate de exploatarea transportului auto și diverselor mecanisme⁹. Altfel spus, tocmai activitatea practică, bazată pe cunoștințe teoretice, într-o ramură sau alta a științei, tehnicii, artei, meseriei, permite subiectului să elaboreze volumul necesar de cunoștințe specializate.

În opinia noastră, diferență substanțială între aceste două puncte de vedere, nu există. Unul completează celălalt. Este de la sine înțeles că, experiența acumulată în procesul activității practice joacă un rol important în definirea cunoștințelor specializate. Însă, fără cunoștințele științifice de rigoare, ce ar permite, spre exemplu, să sistematizăm rezultatele materialelor prelucrate în procesul activității practice în scopul perfecționării de mai departe a nivelului său profesional, subiectul nu poate fi atribuit în sensul deplin a acestui termen la categoria specialiștilor, care dețin cunoștințe specializate.

Strict vorbind, putem vorbi încă de un punct de vedere asupra acestei probleme, conform căruia, cunoștințele specializate includ în sine nu numai datele științifice și experiența practică dar și informații din domeniul tehnicii. Astfel, în opinia savantului V.G.Gruzkova, cunoștințele specializate trebuie să îmbine cunoștințe științifice, care permit a descoperi natura și esența fenomenelor studiate, pe de altă parte — și experiența de viață, adică cei mai rașionali și eficienți algoritmi de activitate practică. Tot aici, în rândul al treilea, trebuie incluse și cunoștințele din sfera tehnicii, în care se acumulează informația tehnico-științifică contemporană și experiența realizării practice a acesteia. Toate aceste elemente se manifestă într-o unitate dialectică¹⁰.

Este greu de acceptat o astfel de abordare, chiar și din motivul că obținerea datelor din domeniul tehnicii ce conservă informațiile tehnico-științifice și experiența implementării lor practice este imposibil fără a deține astfel de cunoștințe științifice și experiență de activitate practică. Mai mult, operațiunile tehnico-științifice îndeplinite de expert pentru realizarea sarcinilor expertale, nu pur și simplu se sprijină pe cunoștințe științifice și experiența practică, dar se află într-o interconexiune și

8 Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. М., 1968, с.470.

9 Лисиченко В.К. Использование специальных познаний в следственной и судебной практике. Учеб. пособие. Киев, 1987, с.20.

10 Грузкова В.Г. Об объеме специальных знаний судебного эксперта. В: Актуальные вопросы судебной экспертизы и криминалистики. Харьков, 1968, с.37.

interdependență strânsă, încât este extrem de complicat să tragem o linie de hotar dintre ele. De aceea, în opinia noastră, nu este necesar a le evidenția într-o formațiune structurală aparte.

De aici și concluzia: *cunoștințe specializate constituie datele sistematizate, obținute în procesul activității practice și științifice în diversele sfere, și care sunt bazate pe cunoașterea elaborărilor științifice din domeniile respective de cunoaștere, folosite în scopul soluționării chestiunilor ce apar în cadrul investigării infracțiunilor și judecării cauzelor judiciare concrete.*

Nu întâmplător în definiția noastră nu amintim domeniile concrete de cunoștințe specializate, întrucât chiar și alin (1) al art.142 a CPP al R.Moldova le enumeră și interpretează foarte larg: „știință, tehnică, artă, meșteșug sau alte domenii”¹¹ (sublinierea ne aparține — P.I.). După cum ne mărturisește practica, este imposibil de adus o listă exhaustivă ale domeniilor de cunoștințe specializate. Alin (3) al aceluiași articol al CPP stabilește că „în calitate de expert poate fi numită orice persoană care posedă cunoștințele necesare pentru a prezenta concluzii care se referă la circumstanțele apărute în legătură cu cauza penală și care pot avea importanță probatorie pentru cauza penală”.

Considerăm puțin probabilă necesitatea de a aduce aici și alte definiții, deoarece acestea în redacțiile diverșilor autori, cu unele detalizări, se repetă. Acest lucru, exemplificativ, îl putem observa chiar din definiția cercetătorilor Gh. Golubenco, Dr.Chiotici: „cunoștințe specializate sunt oricare cunoștințe din știință, tehnică, artă, meșteșug, alte sfere ale activității umane (exceptând domeniul dreptului material și procesual), obținute în rezultatul unor pregătiri și experiențe profesionale sau ca urmare a unor îndeletniciri și experimente practice, aplicate în scopul soluționării problemelor, apărute în cadrul înfăptuirii justiției”¹².

În altă ordine de idei menționăm că, aplicarea cunoștințelor specializate se manifestă pe parcursul tuturor stadiilor procesului probator: colectarea, examinarea, evaluarea și utilizarea materialelor de probă. Însă, cele mai palpabile rezultate în utilizarea a astfel de cunoștințe se ating în stadia colectării și cercetării probelor.

Deja, în etapa inițială a investigării cauzelor penale, în cadrul realizării majorității acțiunilor de urmărire penală efectuate cu ocazia recoltării probelor, apare necesitatea în utilizarea diverselor genuri de cunoștințe specializate. Chiar în prima acțiune de urmărire penală, care mai des este efectuată de către organul de urmărire penală — cercetarea la fața locului — acțiune, care incontestabil, deține importanță primordială în cercetarea faptelor penale.

11 Codul de procedură penală al Republicii Moldova, adoptat prin Legea Republicii Moldova, nr.122-XV din 14.03.2003. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, nr.104-110 din 07.06.2003. Disponibil: https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=110260&lang=ro

12 Golubenco Gh., Chiotici Dr. Noțiunea „cunoștințe specializate”, în dreptul procesual penal al României și Republicii Moldova. În: Materialele conferinței internaționale de la București din 30.10.2016: „Metode și tehnici criminalistice folosite în investigarea infracțiunilor de corupție, asimilate sau conexe,„. București:ACR, 2017, p.297.

În cadrul înfăptuirii cercetării locului faptei se depistează și se colectează un mare volum de informație criminalistică autentică, servind drept bază de cercetare a majorității covârșitoare a dosarelor penale. Practica mărturisește că specialistul criminalist este antrenat de către organul de urmărire penală preponderent pentru al ajuta la examinarea caracterului și localizării urmelor materiale, în stabilirea mecanismului formării lor, în aprecierea unor sau altor circumstanțe ale cauzei, în determinarea prezumțivelor itinerare ale făptuitorului și desprinderii informației din aceste urme despre personalitatea lui.

Legea procesual penală, în alin (1) al art.87 CPP RM determină specialistul ca „persoana chemată pentru a participa la efectuarea unei acțiuni procesuale în cazurile prevăzute de prezentul cod, care nu este interesată în rezultatele procesului penal”¹³. Tot aici, sunt stipulate obligațiile și drepturile specialistului. În alin (5), p.5-6 se statuează că specialistul are obligația „să aplice toate cunoștințele și deprinderile sale speciale pentru acordarea de ajutor organului care efectuează acțiunea procesuală la *descoperirea, fixarea sau excluderea probelor* (cursivul nostru — P.I.), la aplicarea mijloacelor tehnice și a programelor computerizate, la formularea întrebărilor pentru expert, să dea explicații referitor la problemele ce țin de competența sa profesională”.

Din cele menționate observăm că în lista activităților de recoltare a materialelor de probă, evidențiată mai sus, nu sunt incluse acțiunile de examinare preliminară și ridicare a probelor, în care specialiștii oferă un ajutor semnificativ organului de urmărire penală în interpretarea urmelor în condiții de teren și desprinderea informației de căutare. La acest capitol s-au mai făcut referiri în acest sens pe paginile literaturii de specialitate¹⁴. Ne alăturăm poziției acelor autori care consideră că lanțul logic al activităților dispuse de lege specialistului cu urmele la fața locului, trebuie să includă și elementele susindicate. Prin urmare, se impune completarea punctului 5) al alin (5) al art 87 CPP RM în următoarea redacție: „să aplice toate cunoștințele și deprinderile sale speciale pentru acordarea de ajutor organului care efectuează acțiunea procesuală la descoperirea, fixarea, **examinarea, ridicarea** sau excluderea probelor, la aplicarea mijloacelor tehnice și a programelor computerizate, la formularea întrebărilor pentru expert, să dea explicații referitor la problemele ce țin de competența sa profesională”.

De menționat că și Regulamentul Centrului Tehnico-criminalistic și Expertize judiciare (CTCEJ) al IGP¹⁵ MAI RM nu reglementează activitatea de examinare preliminară a urmelor la fața locului de către specialist. Regulamentul în cauză stipulează doar realizarea examinărilor de teren a locului faptei de către CTCEJ în situațiile de crime grave și deosebit de grave, cu rezonanță social sporită și efectuarea constatărilor tehnico-

13 Codul de procedură penală al Republicii Moldova

14 Badia A. Metode și mijloace tehnico-criminalistice contemporane aplicate la cercetarea la fața locului: tz. de doct. în drept. Chișinău: Academia „Ștefan cel Mare” a MAI RM, p.172, 2017. 210 p. Disponibil: [www.http://cnaa.acad.md](http://cnaa.acad.md)

15 Regulamentul Centrului tehnico-criminalistic și expertize judiciare al Inspectoratului General al Poliției adoptat prin Ordinul MAI RM nr.192 din 17.06.2013// <http://www.mai.md/dirtehnkrim.md>

științifice ca răspuns la demersurile organelor de urmărire penală. Credem că, întrucât CPP RM prin art.87 impune un rol activ al specialistului în ajutorarea anchetatorului la efectuarea procedeele probatorii, astfel de examinări urmează a fi realizate în toate cazurile de cercetare la fața locului, acestea fiind specificate expres în acest Regulament.

Analiza art.87 al CPP RM arată că specialistul în activitățile de teren, are obligația să folosească cunoștințele sale specializate la formularea de concluzii de constatare tehnico-științifică sau medico-legală¹⁶. Prin urmare, cadrul procesual al Republicii Moldova oferă posibilitatea ca rezultatele examinărilor preliminare de interpretare a urmelor materiale să fie fixate de specialist într-un raport de constatare tehnico-științifică aparte, sau după caz, dacă acest specialist participă nemijlocit în examinarea locului faptei, să fie incluse în procesul-verbal al acțiunii procesuale respective, așa cum prevede alin (3) al art.141 CPP RM.

Efectele a astfel de examinări realizate mai frecvent până la pornirea urmăririi penale¹⁷, posedă forță probantă, în conformitate cu p.4, 7 alin (2) al art.93 CPP RM în vigoare¹⁸. Dar, legat de acest fapt, putem admite pericolul că, uneori anchetatorul din motive de supraîncărcare pe dimensiunea serviciului ori insuficiență de experiență și profesionalism, se va limita la raportul de constatare tehnico-științifică, fără ca să mai dispună expertiza judiciară necesară după pornirea urmăririi penale.

Acest pericol este legat de faptul că, constatarea tehnico-științifică a specialistului, manifestându-se ca o explicare a unor fapte sau circumstanțe ale cauzei, nu totdeauna sunt suficient de depline, uneori din motive obiective se deosebesc semnificativ de rezultatele cercetării expertale. De aici și concluzia că, legalizarea rezultatelor examinărilor preliminare a urmelor în condiții de teren și acordarea forței probante concluziilor acestora, nicidecum nu trebuie recunoscută de valoare echivalentă conceptului efectuării expertizei în stadia pornirii urmăririi penale.

Esența expertizei judiciare poate fi dedusă din alin (1) al art.142 CPP RM care statuează că ea „se dispune în cazurile în care pentru constatarea, clarificarea sau evaluarea circumstanțelor ce pot avea importanță probatorie pentru cauza penală sunt necesare cunoștințe specializate în domeniul științei, tehnicii, artei, meșteșugului sau în alte domenii”¹⁹. Deci, este vorba de cercetarea împrejurărilor cauzei în baza cunoștințelor specializate. Deținerea de către o anumită persoană a astfel de cunoștințe prezintă principala condiție de o antrena la efectuarea expertizei. Tocmai pe baza a astfel de cunoștințe se formează genurile și tipurile de expertiză prevăzute de Nomenclatorul expertizelor judiciare a R.Moldova²⁰.

16 Codul de procedură penală al Republicii Moldova

17 Recomandarea nr.38 din 23.04.2013 a CSJ RM „Cu privire la acțiunile procesuale care pot fi efectuate din momentul sesizării sau autosesizării organului competent la declanșarea urmăririi penale”. www.csj.md

18 Codul de procedură penală al Republicii Moldova,

19 Ibidem

20 Hotărârea de Guvern a Republicii Moldova nr.195 din 24.03.2017 cu privire la aprobarea Nomenclatorului expertizelor judiciare. În: Monitorul Oficial al R.Moldova nr.109-118 din 07.04.2017.

Se poate afirma că, cunoștințele specializate prezintă o bază teoretică și practică particulară în vederea soluționării sarcinilor unui anumit gen de expertiză ce înglobează în sine cunoștințele fundamentale ale acestei specialități, desprinse din adâncul vastelor ramuri științifice, metode și mijloace necesare realizării cercetărilor. Pe de altă parte, cunoștințele specializate constituie bază pentru formarea competențelor și competenței expertului judiciar. Prin competențele acestuia este obișnuit a se înțelege volumul de cunoștințe specializate ale expertului necesare pentru realizarea sarcinilor unui anumit gen de expertiză.

Această determinare concordă cu definiția formulată de cunoscutul criminalist rus R.Belkin: “Competențele expertului — ansamblu de cunoștințe în domeniul teoriei, metodologiei și practicii unui anumit gen, tip de expertiză”²¹. Dar, legat de aceasta, credem binevenită complementarea acestei noțiuni cu cunoștințe și din legislația procesual-penală ce țin de instituția expertizei judiciare la general, drepturile și obligațiile expertului, în special. În ce privește competența expertului trebuie spus că acestei noțiuni i se imprimă gradul de însușire de către subiectul în cauză a acestor cunoștințe, a teoriei și metodicilor expertale.

Activitatea expertului este orientată, întâi de toate, spre soluționarea acelor sarcini care au fost formulate în fața lui de către organele de urmărire penală și instanțele de judecată. Însă elucidarea acestor sarcini în mare măsură depinde de competențele și competența expertului judiciar care permit determinarea căilor de relevare și studiere a însușirilor și caracteristicilor obiectelor prezentate la expertiză și care conțin în sine anumite informații despre evenimentul investigat. În rezultatul cercetărilor sale, expertul stabilește un anumit fenomen, fragment al realității care anterior prezenta obiect al activității umane. În așa fel, expertul, posedând cunoștințe specializate și folosind diverse metode și mijloace științifice, stabilește fapte obiective sau își exprimă opiniile sale despre aceste fapte care, în fond constituie obiectul probatoriului și care, uneori pot coincide cu obiectul expertizei.

Stabilirea unor fapte și obținerea de probe în dosarele administrate se realizează pe parcursul tuturor stadiilor urmăririi penale și cercetărilor de judecată. Însă de etapa constatării acestor fapte într-o măsură foarte mare depinde și momentul descoperirii infracțiunii, inclusiv pe urme proaspete, demascarea făptuitorului, stabilirea adevărului judiciar etc. Mai mult, de obținerea informației necesare la momentul oportun prin efectuarea expertizei nu rareori depinde soluționarea chestiunii de a accepta sau a refuza cererea de pornire a urmăririi penale. Tocmai de aceea, susținem opinia unor specialiști din domeniul criminalistici și nu numai, care argumentează necesitatea reglementării dispunerii expertizei în etapa intentării dosarului penal²².

Aceste propuneri, în contextul studiului nostru, le considerăm actuale, întrucât fixarea normativ-procesuală a efectuării expertizei până la pornirea procesului

21 Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. М.:БЕК, 1997, с.264.

22 Chiotici Dr. Expertiza situațională a locului faptei — formă de aplicare a cunoștințelor specializate. În: Revista Română de Criminalistică, nr.3, iunie 2018, vol.XIX, p.2892-2897.

penal va permite a soluționa și o altă problemă — aprobarea posibilității principale de a efectua expertize la locul faptei, inclusiv și șansa efectuării a astfel de expertize, numite situaționale, în paralel cu efectuarea cercetării la fața locului. Obiectul expertizelor în cauză pot fi nu numai urmele și obiectele izolate dar și însuși locul faptei în ansamblul lui cu totalitatea de urme, obiecte, substanțe etc.

Actualmente, recomandarea nr.38 din 23.04.2013 a CSJ RM²³ statuează că, din momentul sesizării sau autosesizării până la darea ordonanței de începere a urmăririi penale, înăuntrul acestui termen de 30 de zile, organul de urmărire penală, pentru a verifica bănuiala rezonabilă că a fost comisă o infracțiune, poate efectua, pe lângă audierea martorilor, cecetarea la fața locului, prezentarea spre recunoaștere, experimentul, examinarea corporală, examinarea cadavrului — și constatarea tehnico-științifică și medico-legală. Prin urmare, în acest răstimp, adică până la pornirea urmăririi penale, contrar unor recomandări²⁴, nu poate fi dispusă și efectuată expertiza, ci doar o constatare.

Cu toate acestea, urmează de subliniat că, tendința practicii de urmărire penală actuală este de a realiza oricare acțiune procesuală, dacă aceasta nu impune obținerea autorizației judecătorului de instrucție. Printre acestea poate fi cuprinsă și expertiza criminalistică situațională a locului faptei. Acest lucru poate fi dedus din Instrucțiunea metodică aprobată de Consiliul consultativ al DGUP a IGP al MAI RM din 03.09.2013 care recomandă că, dacă pentru ordonarea expertizei nu este necesară autorizația judecătorului de instrucție este posibil a o efectua atât până la începerea urmăririi penale, cât și în cadrul procesului penal, cu condiția că a fost înregistrată sesizarea cu privire la infracțiune²⁵. Deci, în cazul în care ofițerul de urmărire penală adoptă hotărârea de a dispune expertiza situațională complexă nemijlocit în cadrul efectuării cercetării la fața locului, emite ordonanța care va cuprinde pe lângă motivele ordonării și expertii concreți, cărora li se va pune în sarcină soluționarea problemelor indicate în ordonanță. În astfel de situație, cercetarea tabloului material al locului faptei, realizat de specialiști va coincide cu prima etapă a investigațiilor expertale — etapa examinării de expertiză.

Cercetătorul Dr. Chiotici scrie, pe drept că „astfel de expertize se impun cu preponderență la cercetarea diverselor incidente (avarii, catastrofe, explozii tehnogene și criminale, omoruri, incendii devastatoare de proporții, accidente rutiere etc.), adică a unor evenimente, în care intervine nu pur și simplu subiectul infracțiunii dar un sistem de elemente (agresor-jertfa; șofer-pieton ș.a.) ceea ce necesită și o abordare sistemică”²⁶.

23 Recomandarea nr.38 din 23.04.2013 a Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova Cu privire la acțiunile procesuale care pot fi efectuate din momentul sesizării sau autosesizării organului competent până la declanșarea urmăririi penale // www.csj.md

24 Recomandarea DGUP IJP a MAI RM nr.11/34 — 2889 din 04.09.2013 // www.igp.gov.md

25 Instrucțiunea metodică Nr.11/34 — 2889 din 04.09.2013 aprobată la Consiliul consultativ al DGUP a IGP al MAI la data de 03 septembrie 2013// <http://www.igp.gov.md>.

26 Chiotici Dr. Expertiza situațională a locului faptei — formă de aplicare a cunoștințelor specializate. În: Revista Română de Criminalistică, nr.3, iunie 2018, vol.XIX, p.2895.

Este de la sine înțeles că cercetarea stării de fapt a locului infracțiunii nu se va termina nemijlocit la locul faptei, dar se vor perpetua și în cadrul laboratorului — a urmelor și altor materiale de probă ridicate din scena infracțiunii ceea ce, de fapt, este deja un obiectiv expertal. Este greu de negat și faptul că cercetările îndeplinite nemijlocit la fața locului sunt deosebit de prețioase, deoarece permit a cuprinde și a descoperi o diversitate mult mai mare de caracteristici criminalistice relevante a obiectelor din perimetrul locului faptei și a câmpului infracțional în ansamblul. Și aceasta pentru că obiectele se examinează nemijlocit în mediul unde acestea sunt localizate, în conexiunea lor cu alte obiecte și fenomene.

Determinarea acestor legături corelative și a interdependențelor dintre obiectele stării materiale de fapt va facilita, fără îndoială, și stabilirea legăturii acestor lucruri cu evenimentul infracțional. În baza acestor rezultate se va soluționa și întrebarea dispunerii a altor expertize judiciare efectuate în condiții de laborator. Mai mult, tocmai rezultatele cercetărilor expertale nemijlocit la fața locului permit a descoperi la momentul oportun anumite urme care ușor pot fi alterate de anumiți factori obiectivi ai locului respectiv. Nu în ultimul rând, expertizele situaționale efectuate la locul faptei permit a elabora operativ ansambluri de măsuri procesual criminalistice de descoperire pe urme proaspete a infracțiunii comise.

Acestea sunt opiniile noastre cu privire la noțiunea de „cunoștințe specializate“, problemele aplicării lor la fața locului, rolul specialistului în cadrul cercetării la fața locului și utilizarea rezultatelor expertizelor efectuate în condiții de teren în vederea descoperirii pe urme proaspete a infracțiunilor.

NATURA JURIDICĂ A CONTRACTULUI DE FRANCHISING

Elena DEMIAN, doctorandă, lector universitar (ORCID: 0000-0002-8275-3406)

Recenzent: **Lilia MĂRGINEANU**, doctor în drept, conferențiar universitar

THE LEGAL NATURE OF THE FRANCHISE CONTRACT

The franchise contract is a business promotion tool, which is applied in the economic relations regarding the production and / or commercialization of the products, the execution of the works as well as the provision of the services. Using this system of contractual relations, large companies get the opportunity to expand their area of marketing of goods and services, and small companies in turn get the opportunity to practice business with minimal risk and expense using a reputable brand.

Keywords: contract, franchising, royalty, franchise, entrepreneurship

Contractul de franchising este un instrument de promovare a businessului, care se aplică în relațiile economice privind producerea și/sau comercializarea produselor, executarea lucrărilor precum și prestarea serviciilor. Utilizând acest sistem de raporturi contractuale firmele mari obțin posibilitatea de a-și extinde aria de comercializare a mărfurilor și prestarea serviciilor, iar firmele mici la rândul lor obțin posibilitatea de a practica business cu riscuri și cheltuieli minimale folosind o marcă comercială cu reputație.

Cuvinte-cheie: contract, franchising, redevență, franciză, antreprenoriat

Conceptul de franciză a apărut în Evul Mediu, în Marea Britanie, când Biserica Catolică a concesionat unor persoane posibilitatea de colectare a taxelor bisericești¹.

Etimologic cuvântul „franchise“ este de origine franceză și se traduce ca permisiune su privelegiu. Deopotrivă cu termenul franchise în practica internațională se folosește derivatul englez *franchising* — termen, prin care se înțelege o operațiune juridică (contractul) ce presupune cedarea cu titlu oneros de către o firmă de succes numită francisor (firma mamă) a dreptului de de a produce/comercializa un anumit produs sau de a presta un serviciu, utilizând sistemul de afaceri și de management al firmei mamă, în favoarea unui întreg lanț de alte firme (persoane juridice) sau comercianți (persoane fizice) în calitate de *francisat* ².

1 Stici D., Popescu R., Urmaș D. Franchisingul — o soluție avantajoasă pentru dezvoltarea afacerilor. În: *Intellectus*, nr.4, 2016, p. 16

2 Costin M.N. Dicționar de drept internațional al afacerilor. Vol. II. București: Lumina Lex, 1996, p. 120-121

Franciza, ca modalitate de organizare a distribuției în rețea a produselor și prestarea serviciilor, generalizează o pluralitate de raporturi juridice între proprietarul rețelei comerciale — francizorul și distribuitorii, numiți francizați, are o origine nord — americană, mai exact fiind localizată pentru prima dată la finele secolului al XIX-lea în SUA³.

Franciza este definită de Codul civil al RM în art.1723 ca fiind contractul prin care o parte (*francizor*) acordă celeilalte părți (*francizat*), în schimbul unei redevențe, dreptul de a desfășura o activitate comercială (activitate de franciză) în cadrul rețelei francizorului, cu scopul de a furniza anumite produse în numele și pe contul francizatului, iar francizatul are dreptul de a folosi denumirea comercială, marca sau alte obiecte ale drepturilor asupra obiectului de proprietate intelectuală, know-how și metode ale activității comerciale ale francizorului.

Definiția legală prevăzută în Codul Civil al RM este generalizată și ar fi mai oportun să o folosim pe cea prevăzută în Legea nr. 1335 cu privire la franchising din 01.10.1997:

„Franchisingul reprezintă un sistem de raporturi contractuale între întreprinderi în care partea denumită *franchiser* acordă părții denumite *franchisee* dreptul de a produce și/sau a comercializa anumite produse (mărfuri), de a presta anumite servicii în numele și cu marca franchiserului, precum și dreptul de a beneficia de asistența tehnică și organizatorică a acestuia⁴.

În mod similar a fost definită franciza și de Codul deontologic european al francizei ca fiind:

„un sistem de comercializare de produse și/sau servicii și/sau tehnologii, bazat pe o colaborare strânsă și continuă între agenții economici distincți și independenți din punct de vedere juridic și financiar, respectiv francizorul și francizații, în care francizorul acordă francizaților săi dreptul și le impune obligația de a exploata activitatea în conformitate cu conceptul său. Dreptul concedat autorizează și obligă francizatul, în schimbul unei contribuții financiare directe sau indirecte, să utilizeze emblema și/sau marca produselor și serviciilor, know-how-ul și alte drepturi de proprietate intelectuală, fiind susținut prin aportul continuu în asistență comercială și/sau tehnică în cadrul și pe durata unui contract scris de franciză, încheiat de părți în acest scop⁵.

Așadar, observăm că cadrul legal al Republicii Moldova prevede reglementări destul de exacte cu privire la relațiile ce se stabilesc în cadrul operațiunii de franchising spre deosebire de multe alte țări, dar trebuie să concretizăm că nu doar Codul Civil și Legea nr.1335 conțin prevederi cu privire la franciză, dar și alte acte normative în vigoare.

3 J.-M. Leloup. La franchise. Droit et pratique. 3-eme ed. Ed: Encyclopedie Dalloz, Paris, 2000. p.10

4 Legea Republicii Moldova cu privire la franchising Nr.1335-XIII din 01.10.97. In: Monitorul Oficial al R.Moldova nr.82-83 din 11.12.1997

5 Codul deontologic european al francizei, art.1 www.eff-franchise.com

Autorii autohtoni Chibac Gh., Baieșu A. consideră că franchisingul, reprezintă relații de afaceri care presupun cedarea de către o parte (franchiser) celeilalte părți (franchiseului) a dreptului (francizei) de a desfășura pe un anumit teritoriu, într-un anumit mod și pentru o anumită perioadă de timp activitate de antreprenor, similară activității franchiserului. Dreptul de a desfășura a activitate de antreprenor este realizat de franchisee în baza folosirii de către acesta a mărcii de fabrică, comercială sau de serviciu oferit de franchiser (firmă cu renume) potrivit contractului de franchising⁶.

După cum rezultă din definiția franchisingului, acesta este un contract bilateral, sinalagmatic, oneros, solemn și cu executare succesivă în timp.

Caracterele juridice ale contractului de franchising ne vorbesc despre faptul că pentru a încheia un asemenea contract este necesar doar acordul scris al părților contractante (franchiser și franchisee) în ceea ce privește clauzele esențiale ale contractului.

Fiecare dintre părțile contractante se obligă reciproc, astfel încât obligația fiecăreia este corelativă obligației celeilalte. Între obligații există o corelație strânsă, astfel încât franchisorul transmite franchisee-ului totalitatea de drepturi în concordanță cu contractul încheiat între ei, iar cel din urmă își execută obligația primordială la care și-a dat acordul și anume de a achita redevența. De regulă redevența inițială este stabilită forfetar, variind în funcție de rețea, redevențele periodice fixate ca procentaj din cifra de afaceri realizată de franchisee, mai rar fiind stabilite obligații de plată a unor sume fixe (lunar, trimestrial, anual). Tot aici este evident să vorbim și despre faptul că contractul de franchising este unul comutativ, părțile își cunosc întinderea drepturilor și obligațiilor nefiind dependente de un eveniment viitor.

După modul de formare este un contract solemn cu respectarea formei scrise. Conform art. 9 al. (4) legii nr. 1335 cu privire la franchising „Contractul de franchising se înregistrează la Agenția de Stat pentru Proprietatea Intelectuală”⁷. Hotărârea Guvernului nr.612 din 12.08.2011 pentru aprobarea Regulamentului privind înregistrarea contractelor de cesiune, licență, gaj și franchising referitoare la la obiectele de proprietate industrială⁸ prevede posibilitatea înregistrării contractului de franchising la solicitarea părților contractante prin depunerea unei cereri în mod personal sau prin intermediul unui reprezentant. Persoanele fizice sau juridice care nu au domiciliul/sediul sau o întreprindere înregistrată în Republica Moldova vor fi reprezentate în fața AGEPI de un mandatar autorizat împuternicit printr-o procură.

După modul de executare este un contract cu executare succesivă în timp. Franchisee-ul trebuie să achite remunerație franchiser-ului pe toată perioada valabilității contractului, astfel încât franchise-rul îi acordă asistență în acest timp și posibilitatea de a folosi marca lui.

6 Chibac Gh., Băieșu A. ș.a. Drept civil. Contracte speciale. Chișinău:Cartier,2005. p.511-512

7 Legea Republicii Moldova cu privire la franchising Nr.1335-XIII din 01.10.97. In: Monitorul Oficial al R.Moldova nr.82-83 din 11.12.1997

8 Hotărârea Guvernului Republicii Moldova nr.612 din 12.08.2011 pentru aprobarea Regulamentului privind înregistrarea contractelor de cesiune, licență, gaj și franchising referitoare la la obiectele de proprietate industrială. In: Monitorul Oficial Nr. 135-138 din 19.08.2011

Un caracter foarte important este faptul că acest contract face parte din categoria contractelor numite. Acesta este reglementat de Codul Civil al R.M. art 1723 — art. 1735, Legea nr. 1335 din 01.10.1997 cu privire la franchising, precum și alte acte normative.

În funcție de modul în care se exprimă voința părților, contractul face parte din categoria contractelor negociate, clauzele cărora sunt discutate și formulate astfel de părți încât să producă efectul dorit în urma executării acestuia. Legea nr. 1335 în art. 9 prevede la general ce trebuie să includă contractul:

- a) părțile contractante;
- b) denumirea, tipul și domeniul businessului;
- c) quantumul și termenele efectuării plăților (plata inițială unică, royalty (plăți permanente), taxa pentru reclamă);
- d) drepturile și obligațiile părților, inclusiv după expirarea contractului;
- e) angajamentul franchiserului de a acorda asistență părții denumite franchisee;
- f) responsabilitatea părților pentru neexecutarea sau executarea neadecvată a prevederilor din contract;
- g) modul de soluționare a litigiilor;
- h) teritoriul pe care va fi folosită marca franchiserului;
- i) termenul de valabilitate a contractului și condițiile de modificare, prelungire sau reziliere a acestuia;
- j) sediul, datele bancare și semnăturile părților;
- k) alte clauze convenite de părți, care nu contravin legislației.

Și după efectele produse este un contract translativ de drepturi. În contractul de franchising are loc transmisiunea drepturilor patrimoniale și nepatrimoniale, cum ar fi dreptul de a utiliza numele, marca comercială, dreptul de a folosi tehnologia originală a franchiserului, dreptul asupra secretului comercial etc.

Contractul de franchising este un contract de colaborare⁹. Astfel, dacă, în general, interesele părților contractante sunt opuse, iar în temeiul principiului executării obligațiilor de bună-credință acestea sunt datorii a avea o conduită care să nu aducă prejudicii celeilalte părți, în cazul contractului de franchising interesele franchiserului și ale franchisee-lui sunt opuse. Desigur că fiecare dintre cei doi parteneri au interese de natură financiară și care sunt similare. Dar în contractul de franchising părțile vor avea, datorită naturii funcționării rețelei care trebuie a repeta întocmai activitatea care face obiectul francizei în scopul menținerii „identității comune și a reputației rețelei“, întotdeauna un scop comun.

În temeiul obligației de cooperare art. 1689 CC RM, părțile vor avea obligații specifice care se vor stabili în faza precontractuală când părțile sunt obligate să se informeze reciproc.

În temeiul obligației de informare prevăzute la art. 1688, francizorul este obligat în special să furnizeze francizatului informații corespunzătoare și în timp util privind:

9 Mocanu Mihaela. Contractul de franciză. București: C.H. Beck, 2008. p.30-31

- a) întreprinderea și experiența francizorului;
- b) obiectele relevante ale drepturilor de proprietate intelectuală;
- c) caracteristicile know-how-ului relevant;
- d) sectorul comercial și condițiile pieței;
- e) metodele particulare ale francizei și desfășurarea acesteia;
- f) structura și mărimea rețelei de franciză;
- g) comisioanele, redevențele și orice alte plăți periodice; și
- h) clauzele contractului.

Ulterior, după încheierea contractului, franchiserul este obligat de a acorda franchiseeului asistență tehnică în domeniul pregătirii profesionale, managementului întreprinderii, a instala utilaje, a asigura asortimentul mărfurilor, să-l sprijine pe franchisee în activitatea sa prin îndrumare, informare și perfecționare profesională, etc.

Pe lângă obligația de plată a redevenței, în sarcina franchiseeului intră următoarele obligații:

- Să se conformeze politicilor stabilite de franchiser;
- Să producă/comercializeze și să presteze servicii în strictă conformitate cu prevederile contractului de franchising;
- Să aplice marca comercială la mărfurile produse/comercializate și serviciile prestate conform francizei;
- Să respecte limitele teritoriale stabilite în contract pentru realizarea activității de antreprenoriat;
- Să admită controlul din partea franchiserului stabilit prin contract, în vederea respectării metodelor și politicilor de realizare a obiectului francizei.

Obiectul contractului de franchising constituie acțiunile franchiserului de a transmite un complex de drepturi exclusive asupra unor obiecte ale proprietății intelectuale unei alte persoane franchisee, precum și inacțiunile în valoarea asigurării cu asistență consultativă (tehnică, contabilă, financiară) și respectiv, în acțiunile franchiseeului, privind folosirea acestor drepturi în activitatea sa de întreprinzător în schimbul unei remunerații.

În doctrina română, unii autori, referindu-se la obiectul contractului, susțin că acesta constă în concesiunea mărcii de fabrică, comerț sau de servicii împreună cu asistența tehnică și comercială, precum și în comunicarea către franchisee a know-how-ului în vederea desfășurării activității pe baza modelului conceput de franchiser, la care se adaugă concesiunea ansamblului de metode și mijloace apte să asigure exploatarea și gestiunea în cele mai bune condiții, precum și ridicarea rentabilității¹⁰.

Caracteristica principală a contractului de franchising rezidă, după părerea savanților francezi, în aceea că presupune obligatoriu transferul de cunoștințe tehnice și de procedee comerciale verificate, ce constituie „rețete de succes“, adică transferul de know-how. Conform legii cu privire la franchising, obiectul acestuia constituie acordarea de către franchiser a dreptului de a produce, sau a comercializa anumite

¹⁰ Franciza la nivel European www.francizor.ro

produse, și de a presta anumite servicii în numele și cu marca franchiserului, precum și acțiunile ultimului în vederea acordării asistenței tehnice și organizatorice franchiseului. Din prevederile legale reiese că franchiserul transmite dreptul său exclusiv numai asupra denumirii de firmă, a mărcii comerciale, fără a indica și alte obiecte ale drepturilor exclusive. Însă aceasta nu presupune faptul că franchiserul nu poate acorda franchiseului și alte obiecte ale proprietății intelectuale, ce aparțin franchiserului. Astfel deducem că denumirea de firmă, marca comercială și transmiterea know-how-ului constituie obiecte principale și obligatorii ale contractului de franchising.

Know-how-ul este partea semnificativă componentă a pachetului de franchisă. Conceptul de know-how este de origine americană, fiind utilizat în Statele Unite ale Americii încă de la începutul secolului al XX-lea. „Know-how“ înseamnă, în interpretare generală, „a ști cum“ să realizeze ceva, cu minim cheltuieli (costuri), un scop practic și rațional, în condiții optime.

Din punct de vedere juridic, know-how-ul este un element extrem de important în ceea ce privește franciza, deoarece face deosebirea dintre aceasta și alte contracte asemănătoare.¹¹

Know-how-ul conține elemente esențiale de cunoștințe cu privire la prezentarea mărfurilor și serviciilor, în legătură cu modul și forma de servire a cumpărătorilor și a beneficiarilor de servicii, precum și referitor la conducerea afacerilor de franciză din punct de vedere administrativ și financiar.

Acesta trebuie să fie folositor și eficient pentru franchisee, astfel încât prin utilizarea acestuia să se îmbunătățească activitatea sa de franciză, având consecințe pozitive cu privire la creșterea cifrei de afaceri sau pătrunderea pe noi piețe de desfacere. Descrierea principiilor detaliate ale know-how-ului va trebui să figureze în contractul general de franchising sau într-un contract special pentru know-how¹².

Contractul de know-how are un caracter juridic de relații profesionale, care se încheie între franchiser și franchisee privind transmiterea, cu titlu oneros, a elementelor componente pe care le înglobează conceptul de know-how.

Transferarea sau cedarea know-how-ului se face, în general, pe baza manualului (compendiului), care conține directive și principii de bază cu privire la aplicarea acestuia. Aceste principii de bază reglementează îndeosebi următoarele forme de apariții ale know-how-ului:

- felul și modul de executare a unor lucrări în sistemul experimentat de către franchisor;
- felul și modul de încurajare și accelerare a vânzărilor și prestărilor de servicii;
- felul și modul de organizare a publicității și reclamei;
- indicii sistem, tipici pentru echiparea, înzestrarea și dotarea unităților, inclusiv a părților exterioare de prezentare;

11 Cojocari, Eugenia; Ctitor, Natalia. Natura juridică a noțiunii know-how-ului. In: Studii Juridice Universitare. 2020, nr. 3-4, p. 85

12 <http://www.arduph.ro/domenii/altele/contractul-de-franciza-in-cadrul-dreptului-de-proprietate-inelectuala/>

- indicii pentru folosirea unor mijloace de transport unitare, de culori și semne de reclame tipice sistemului;
- sistem de control și de întocmire a raporturilor în vederea asigurării posibilităților de aplicare unitară a acestor activități, în scopul obținerii în mod sistematic a datelor necesare pentru organele decizionale.

Concluzii. Contractul de franchising (franciza) cuprinde un ansamblu de rapo-rturi contractuale între un franchizor și mai mulți beneficiari (francizați), în scopul promovării unei tehnologii, unui produs sau serviciu, precum și pentru dezvoltarea producției și distribuției unui produs sau serviciu.

Franciza presupune un ansamblu de drepturi de proprietate intelectuală care pot fi valorificate de titularii acestora, cum sunt: marcile, firme, embleme, savoir-faire-ul, brevete de invenții, etc. Dacă numai marca ar fi valorificată în această modalitate, ne-am afla nu în fața unui contract de franchising, ci a unui contract de cesiune, eventual de licență a mărcii.

Contractul de franciză reprezintă, în egală măsură, o garanție a calității și a exploatarei în exclusivitate a unui concept de succes.

INIȚIATIVELE ORGANIZAȚIEI NAȚIUNILOR UNITE DE REGLEMENTARE A ACTIVITĂȚILOR COMPANIILOR MILITARE ȘI DE SECURITATE PRIVATE

Corina ZACON, doctorandă, ULIM (ORCID: 0000-0002-3601-9972)

Recenzent: **Vitalie GAMURARI**, doctor în drept, conferențiar universitar

UNITED NATIONS INITIATIVES TO REGULATE THE ACTIVITIES OF PRIVATE MILITARY AND SECURITY COMPANIES

In order to ensure international peace and security, the United Nations is taking several steps to achieve this goal. The legal regulation of the status of Private Military and Security Companies is one of the objectives of the UN. In order to prevent and combat the use of mercenaries and specific services provided by Private Military and Security Companies, the UN has created several tools and intervention mechanisms. The text of this article examines the possibility of creating a UN intervention force, which could consist of individual recruits capable of intervening in security mandates and not of military forces provided by Member States and streamlining the process of prosecuting those who have committed serious violations of international humanitarian law, under the auspices of the UN.

Keywords: international humanitarian law, private security companies, combatant, mercenary, United Nations.

În scopul asigurării a păcii și securității internaționale Organizația Națiunilor Unite întreprinde mai multe măsuri necesare pentru atingerea acestui obiectiv. Reglementarea juridică a statutului Companiilor Militare și de Securitate Private este unul dintre obiectivele ONU. Pentru a preveni și a combate utilizarea mercenarilor și a unor servicii specifice prestate de către Companiile Militare și de Securitate Private, ONU a creat mai multe instrumente și mecanisme de intervenție. În textul prezentului articol sunt analizate posibilitatea de a crea o forță de intervenție a ONU, care ar putea fi formată din recruți individuali capabilă să intervină în cadrul mandatelor de securitate și nu din forțele militare oferite de către statele membre și eficientizare a procesului de tragere la răspundere a persoanelor care au comis încălcărilor grave a dreptului internațional umanitar, sub egida ONU.

Cuvinte-cheie: drept internațional umanitar, companii militare de securitate private, combatant, mercenar, Organizația Națiunilor Unite.

Există un număr de operațiuni de menținere a păcii ale ONU care se soldează cu eșecuri din cauza incapacității statelor de a delimita în mod clar diferența dintre militar/combatanți și civili cu experiență militară care participă direct în cadrul ostilităților.¹ În

1 Bratt D. Explaining peacekeeping performance: The UN in internal conflicts. *International Peacekeeping* 4:3, 1997, p. 45-70. Browne M. A., *United Nations Peacekeeping: Historical Overview and Current Issues*. CRS Report for Congress, Library of Congress, Washington DC 31 January 1990.

general, aceste operațiuni au scopul de a sprijini interesele persoanelor aflate în dificultate. Cu toate acestea, există unele mandate ale ONU care nu pot fi executate, datorită lipsei de experiență și instruire adecvată a conducerii acestor contingente și interesele divergente ale statelor afectate de conflict.² Statele nu reușesc să colaboreze în vederea definirii unei noțiuni clare cu privire la actorii militari privați, iar pentru a soluționa unele probleme sensibile și pentru a evita răspunderea, aceștia angajează CMSP.

Pentru a contribui la reglementarea activităților și serviciilor prestate de CMSP, ONU a creat un grup de lucru special privind utilizarea mercenarilor, care a primit ulterior un mandat extins, incluzând aspecte de reglementare și studiere a activităților companiilor militare și de securitate private. Chiar și la începutul activităților sale în anii 2000, grupul a remarcat că activitățile CMSP-urilor reprezintă o „zonă gri” care nu este acoperită în totalitate de sfera juridică.³

Din acest motiv, în 2007, Adunarea Generală a ONU prin rezoluția 62/145 a cerut statelor să creeze mecanisme naționale de reglementare a activităților CMSP.⁴ În anul 2008, grupul de lucru a formulat principiile de stabilire a mecanismelor de reglementare a activităților CMSP. Printre acestea se numără respectarea drepturilor omului de către angajații companiilor, a legilor naționale, respectarea suveranității statului și a dreptului popoarelor la autodeterminare, garantarea dobândirii legale a armelor.⁵ Grupul de lucru interacționează constant cu guvernele naționale, organizațiile internaționale, publică rapoarte anuale care descriu rezultatele activităților sale, starea actuală a lucrurilor, precum și problemele legate de reglementarea CMSP.⁶

De exemplu, la o reuniune a Consiliului ONU pentru Drepturile Omului, grupul a prezentat un raport privind recrutarea copiilor de către grupurile armate neetactice, inclusiv mercenari și CMSP, într-un conflict armat, precum și despre interacțiunea dintre mercenari și luptători străini,⁷ iar la cea de-a 73-a sesiune a Adunării Generale

2 Jett D. C., *Why Peacekeeping Fails* Palgrave Macmillan US, 1999, 236 p.

3 UN document A/61/341. Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, 13 September 2006, p. 65. [on-line]. [accessed 12.10.2021]. Available on Internet: <URL: <https://undocs.org/en/A/61/341>>

4 UN GA Resolution 62/145 Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination of December 18, 2007 [on-line]. [accessed 12.10.2021]. Available on Internet: <URL: <http://www.worldlii.org/int/other/UNGA/2007/211.pdf>>

5 UN A / 63/325. Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination. 25 August 2008 [on-line]. [accessed 12.10.2021]. Available on Internet: <URL: <https://undocs.org/A/65/325>>

6 Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination [on-line]. [accessed 12.10.2021]. Available on Internet: <URL: <https://www.ohchr.org/en/issues/mercenaries/wgmercenaries/pages/wgmercenariesindex.aspx>>

7 UN A HRC/39/49. Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination 13 July 2018. [on-line]. [accessed 12.10.2021]. Available on Internet: <URL: <https://undocs.org/A/HRC/39/49>>

a ONU a fost prezentat un raport care a evidențiat „promovarea societăților pașnice și incluzive pentru dezvoltare durabilă, accesul la justiție pentru toți și crearea unor instituții eficiente, responsabile și incluzive la toate nivelurile”.⁸

Un alt aspect important în sensul prezentei cercetări este reglementarea juridică a utilizării serviciilor CMSP de către structurile ONU.

Articolul 43 al Cartei ONU stabilește: „Toți Membrii Națiunilor Unite spre a contribui la menținerea păcii și securității internaționale, se obligă să pună la dispoziția Consiliului de Securitate, la cererea sa și în conformitate cu un acord sau acorduri speciale, forțele armate, asistența și înlesnirile, inclusiv dreptul de trecere, necesare pentru menținerea păcii și securității internaționale.”⁹

Aceste prevederi normative stabilesc clar și fără echivoc faptul că statele pot și trebuie să ofere Consiliului de Securitate forțe armate care le aparțin. Cu toate acestea, încă din 1951, au existat cereri pentru o forță permanentă compusă din „voluntari” sau personal recrutat individual, drept alternative pentru forțele militare naționale. Primul dintre acestea a fost propus de secretarul general de atunci Trygve Lie și urma să fie alcătuit din aproximativ 50.000 de voluntari. Trygve Lie a solicitat înființarea unei forțe de rezervă de voluntari a ONU în 1951, apoi a renunțat la această idee.¹⁰ În acest sens, sutorul Sohn L.B. menționa că articolul 42 din Carta ONU oferă o bază legală pentru ca Consiliul de Securitate să înființeze forțe ONU compuse din alte unități decât forțele naționale.¹¹

O altă forță a fost propusă în 1993 de către Sir Brian Urquhart.¹² În 1995, Țările de Jos au propus crearea unei „brigăzi permanente, rapid desfășurate în serviciul Consiliului de Securitate” cu „personal recrutat individual”.¹³ Crearea unei structuri militare permanente, fie ea formată din forțe naționale sau voluntari, sub controlul Consiliului de Securitate, ar constitui un alt subiec de analiză și cercetare.¹⁴ Astfel este important să înțelegem care ar fi posibilitatea de edificare a unei forte permanente formată din companii militare de securitate pivate care ar sta la dispoziția Consiliului de Securitate al ONU.

8 UN A/73/303. Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, 6 August 2018. [on-line]. [accessed 12.10.2021]. Available on Internet: <URL: <https://undocs.org/A/73/303>>

9 Charter of United Nations, signed on 26 June 1945, San Francisco, USA, art. 43. [on-line]. [accessed 05.02.2021]. Available on Internet: <URL: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>>

10 Roberts A., *Proposals for UN standing forces: a critical history* New York : Oxford University Press , 2010, p. 103.

11 Sohn L. B., *The Authority of the United Nations to Establish and Maintain a Permanent United Nations Force*. In: *American Journal of International Law* , Volume 52 , Issue 2 , April 1958 , p. 230.

12 Urquhart B., *For a UN Volunteer Military Force*, *New York Review of Books*, 10 June 1993, vol. 40.

13 Roberts A., *Proposals for UN standing forces*, p. 117.

14 *Ibid.*, p. 125-130.

Motivul pentru care statele continuă să eșueze în procesul de reglementare a statutului juridic al actorului privați se rezumă la faptul că statele subcontractează serviciile actorilor privați, pentru a-și realiza interesele de moment. Aceste acțiuni ale guvernelor duc inevitabil la globalizarea acestor servicii specific utilizate atât în cadrul situațiilor sensibile naționale, cât și internaționale¹⁵ și devine tot mai dificil de a face o distincție clară între furnizorii publici și privați a acestui gen de servicii.

În acest fel statele reușesc să evite răspunderea pentru încălcările drepturilor omului și a normelor dreptului internațional umanitar, în timp ce cererea pentru serviciile specifice cu caracter militar prestate de companiile militare de securitate private și față de personalul calificat al acestora a crescut enorm în ultimii 20 de ani.

Ca parte a mobilizării în zonele gri sau a operațiunilor de menținere a păcii, nu ar trebui să existe nicio îndoială cu privire la exigențele de reglementare a conduitei etice și legale a actorilor nestatali.

În lumina exemplelor anterioare și prin prisma poziției autorilor citați, Consiliul de Securitate nu se limitează doar la utilizarea tipurilor de forțe enumerate în capitolul VII. Astfel, nu există o interdicție expresă a utilizării serviciilor CMSP. Cercetătorul Sohn L.B. susține că „pare posibil să se prevadă înființarea și utilizarea unei Forțe ONU de către Consiliul de Securitate, iar singurul obstacol în calea utilizării acestei metode este cerința unanimității membrilor permanenți ai Consiliului de Securitate pentru orice astfel de acțiune”¹⁶.

Dacă crearea unei astfel de structuri ar putea putea fi adoptată în Consiliul de Securitate, secretarul general ar putea înființa o forță în temeiul competențelor sale și acest mecanism este „admirabil de potrivit pentru recrutarea de voluntari pentru o astfel de forță”. Acest mecanism ar trebui să funcționeze după următorul algoritm: Adunarea Generală stabilește limitele și condițiile financiare, iar Secretarul General recrutează și asigură pregătirea unor unități militare care ar putea să intervină acolo unde Adunarea Generală a ONU ar decide.¹⁷

Cercetătorul Malcolm Patterson propune utilizarea CMSP-urilor ca forță de așteptare,¹⁸ dar se bazează pe Capitolul VII ca sursă de autoritate pentru puterea Consiliului de Securitate de a „ridica și menține o forță contractuală”¹⁹.

Astfel, specialiștii în domeniu propun ca Consiliul de Securitate al ONU să creeze o structură specială *Contractor Directorate* ca organism subsidiar în temeiul articolului 29 al Cartei ONU, care ar fi împuternicit să evalueze ofertele depuse de către CMSP și să creeze, de asemenea, un sistem de justiție penală al ONU care urmează

15 Serewicz L.W., Globalisation, Sovereignty and the Military Revolution: From Mercenaries to Private International Security Companies *International Politics*, 39, 2002, p. 75-89.

16 Sohn L. B., The Authority of the United Nations to Establish and Maintain a Permanent United Nations Force, p. 231.

17 Ibid., p. 235.

18 Patterson M., A Corporate Alternative to United Nations Ad Hoc Military Deployments. In: *Journal of Conflict and Security Law*, 13, 2008, p. 215-231

19 Ibid., p. 222-223.

să asigure disciplina și corectitudinea acțiunilor contractanților. Patterson susține că este necesar un sistem de justiție penală al ONU, deoarece statele ar putea dori să se distanțeze de cetățenii lor care, în mod individual, participă la operațiuni riscante ale ONU.²⁰

Ideea creării unei Direcții a Prestatorilor acestui gen de servicii, sub conducerea Secretarului General al ONU este strâns legată de tendința dintre inițiativele normative privind CMSP și de varietatea implicațiilor legate de operațiunile militare ale acestora. Această Direcție ar putea fi parte component a Departamentului Operațiuni de Menținere a Păcii sau a Asistenței pe teren.

Cel mai probabil, acest lucru ar crea un disconfort pentru biroului secretarului general și, prin urmare, acest lucru ar genera același scenariu ca în ultimii 20 de ani, în care interesele statelor membre afectează decizia secretarului general cu privire la desfășurarea și stabilirea statutului juridic al angajaților CMSP conform dreptului internațional umanitar.

Intenția de a reglementa activitatea CMSP este văzută drept instrument de asigurare a aplicării justiției penale la nivel internațional. Lipsa sancționării penale a angajaților CMSP la nivel național și internațional pentru încălcările grave ale normelor dreptului internațional constatate în cadrul ostilităților din Afganistan și Irak, accentuează necesitatea reglementării răspunderii penale ale angajaților CMSP implicate sau care ar putea fi implicate în realizarea unor misiuni specifice în cadrul operațiunilor de menținere a păcii sub egida ONU.

În ultimii 20 de ani, a existat inițiativa de a stabili răspunderea penală a persoanelor responsabile din cadrul CMSP pentru acțiunile subaltenilor atât la nivel național, cât și la nivel internațional, dar dificultatea de tragere la răspundere rezidă în interpretările diferite asupra statutului juridic al acestora și a rolului pe care îl au în cadrul operațiunilor militare. Națiunile Unite au încercat să convingă statele contractante să aplice măsurile necesare de sancționare a angajaților acestor companii, drept persoane civile care au participat ilegal în cadrul ostilităților.

Cu toate acestea, încercarea de a judeca civili în cadrul unui tribunal militar s-a confruntat cu multe critici de-a lungul anilor.²¹ Aceasta este o dezbatere actuală și continuă chiar și în zilele noastre în cadrul tribunalelor americane. Un bun exemplu este procesul Reid v Covert, în care Curtea Supremă a decis că Constituția SUA a interzis urmărirea penală a civililor de către curțile marțiale, deoarece aceasta ar încălca drepturile civililor la un proces echitabil.

Prin urmare, SUA încearcă să implementeze o abordare diferită cu privire la angajații CMSP implicați în conflicte armate, exclusiv în scopul de a demonstra că un tribunal militar ar fi cel mai potrivit pentru a judeca un civil implicat în cadrul opera-

20 Patterson M., *A Corporate Alternative to United Nations Ad Hoc Military Deployments*, p. 227

21 Lanigan K., *Court-Martialing Civilian Contractor Ali while DOJ Slumbers*, *Jurist*, 19 May 2008 [on-line]. [accessed 12.10.2021]. Available on Internet: <URL: <http://jurist.law.pitt.edu/hotline/index.php#3809079324299483412> >

țiunilor militare. Mai multe procese militare americane abordează statutul juridic al angajaților CMSP și încearcă să califice acțiunile acestora drept încălcări ale normelor Codului uniform al justiției militare din SUA. Dar, de cele mai multe ori, astfel de procese se rezumă la contestarea erorilor în baza prevederilor constituționale, mai ales cînd este vorba de sancțiunile privative de libertate.

Reglementarea statutului juridic al companiilor militare și de securitate private este o sarcină complicată, statutul acestora ar putea fi reglementat de o nouă lege militară, precum și de normele acesteia aplicate de noua Direcție, care este descrisă mai sus.²²

Inițiativele Organizației națiunilor Unite de a convinge statele despre necesitatea de a reglementa acest domeniu, încă nu au generat rezultatele scontate. În aceeași ordine de idei, specialiștii în domeniu analizează formarea unui contingent permanent de forte care ar putea sta la dispoziția Secretarului General ONU pentru realizarea eficientă a unor mandate de asigurare a păcii și securității internaționale. Doar adoptarea unui tratat internațional care ar reglementa expres statutul juridic al companiilor militare și de securitate private și al angajaților acestora care participă direct în cadrul operațiunilor militare ar constitui o soluție viabilă pentru realizarea în practică a obiectivelor tentativelor de reglementare analizate.

22 Sohn L. B., The Authority of the United Nations to Establish and Maintain a Permanent United Nations Force. In: *American Journal of International Law*, Volume 52, Issue 2, April 1958, p. 229-240

RECENZIE

la manualul „Droit pénal international”. Autor: Didier REBUT, 3-ème édition, Paris : DALLOZ, 2019. — 882 p.

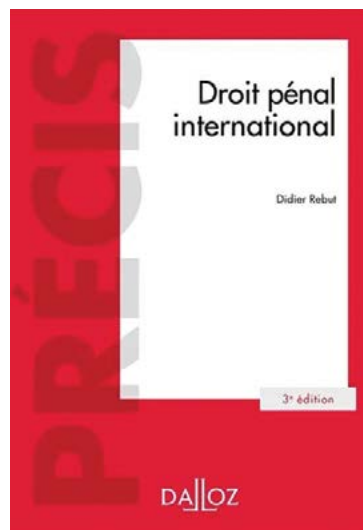
Dreptul penal internațional stabilește regulile ce permit unei justiții penale naționale să se realizeze în pofida separării teritoriale ale statelor. El determină astfel, competența legilor penale naționale, precizează modalitățile cooperării judiciare și polițienești și fixează efectele care permit recunoașterea deciziei penale străine.

Ulterior, materia s-a îmbogățit cu dreptul crimelor de drept internațional (genocid, crime de război, crime contra umanității și agresiune), definitivând elementele sale constitutive și regimul respectiv al acestora.

Lucrarea în cauză studiază aceste două componente ale dreptului penal internațional. Ea examinează pentru început represiunea infracțiunilor ce prezintă un caracter de extrinătate (Partea I), făcând distincție între competența legii penale franceze, cooperarea judiciară penală și efectele condamnărilor penale străine. Studiul în cauză integrează dreptul penal al Uniunii Europene fondat în domeniul cooperării pe principiul recunoașterii mutuale. Lucrarea analizează apoi represiunea crimelor de drept internațional de către jurisdicțiile penale franceze și jurisdicțiile penale internaționale (Partea a II-a).

Studiul privind represiunile de jurisdicțiile penale franceze analizează incriminările crimelor contra umanității și a crimelor de război definite de Codul Penal, inclusiv regimul de represiuni în lumina practicii acumulate (spețele *Touvier*, *Barbie*, *Papon*). Represiunile din partea jurisdicțiilor penale internaționale sunt axate pe procesul de la Nuernberg, sunt expuse aspecte privind funcționarea și competența Tribunalului Penal Internațional *ad hoc* pentru fosta Iugoslavie și Rwanda. În egală măsură este analizată structura și competența jurisdicțională în materie de drept internațional penal a Curții Penale Internaționale.

Lucrarea în cauză prezintă interes atât pentru cei ce sunt interesați de teoria dreptului internațional penal și umanitar, cât și pentru cei ce sunt axați pe jurisprudența internațională în materie de drept penal și umanitar. Or, statele, începând cu anul 2000 au ratificat Statutul de la Roma al Curții Penale Internaționale (1998),



au adoptat acte normative la nivel național privind cooperarea cu Înalta Curte, semnând inclusiv acorduri de cooperare. În mare parte acest proces a fost posibil grație promovării și recunoașterii principiului jurisdicției universale, care cel puțin pe parcursul ultimului deceniu al secolului XX a trezit multiple dezbateri la nivel de experți.

Cele spuse se referă și la Republica Moldova, care a ratificat la 10.09.2010 Statutul de la Roma al Curții Penale Internaționale, astfel recunoscând jurisdicția Înaltei Curți în raport cu crimele internaționale. Or, încă în anul 2015 a fost elaborat și propus Ministerului Justiției Proiectul de Lege privind cooperarea Republicii Moldova și a Curții Penale Internaționale, document avizat pozitiv la nivel de experți internaționali și naționali, dar, cu regret, până la moment rămas în afara interesului din partea organului legislativ al Republicii Moldova.

Vitalie GAMURARI

Doctor în drept, conferențiar universitar

IN MEMORIAM

Doctor habilitat, profesor universitar Victor POPA

Victor Popa s-a născut la 15 aprilie 1949 în s. Poiana, r. Ungheni, Republica Moldova

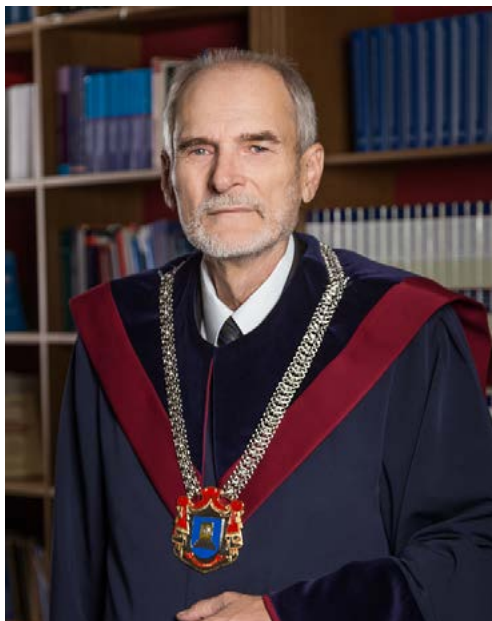
A absolvit Institutul Unional de Juridică, Moscova (1976), doctor în drept la Universitatea din București (1998), doctor habilitat în drept (2000), profesor universitar (2003).

Colegii și studenții își amintesc de dl Victor Popa ca fiind o persoană în continuă căutare a adevărului, aplecată spre cercetare fundamentală, incapabilă de compromisuri, cu o reputație profesională ireproșabilă, o adevărată personalitate științifică notorie și un profesor de excepție.

A făcut parte din colegiul de redacție al revistei *Studii Juridice Universitare* încă de la fondarea acesteia, implicându-se activ în procesul redacțional și recenzarea publicațiilor tinerilor cercetători.

Este autor și co-autor a peste 80 de publicații științifice, printre care unele lucrări de referință: „De la centralism spre descentralizare“ (1997), „Dreptul Public“ (1998), „Drept parlamentar al Republicii Moldova“ (1999), „Autoritățile Publice în Republica Moldova: compendiu asupra structurii, organizării și funcționării lor“ (2005). În prezent, se află în proces de editare lucrarea „Tratat de drept constituțional și instituții politice“, finisată de autor cu puțin timp înainte de trecerea în neființă, ce constituie o nouă ediție a manualului „Dreptul public“, îmbunătățită substanțial și racordată la schimbările structurale și constituționale survenite, cu un volum vast (1024 p.) și atotcuprinzător al domeniului.

Victor Popa a participat plenar la procesul de afirmare și întărire a primului Parlament independent, fiind printre pionerii procesului legislativ îndreptat spre afirmarea statalității. Dl V. Popa activează în calitate de Șef al Direcției Juridice a Parlamentului (anii 1990—1991), consultant al grupului de lucru pentru elaborarea



proiectului Constituției Republicii Moldova, precum și se manifestă în calitate de autor al proiectului de Lege cu privire la bazele autoadministrării locale (1991) și a Legii cu privire la administrația publică locală (1992), de rând cu multe alte acte legislative fundamentale ce au servit pentru democratizarea societății și profesionalizarea tehnicii legislative.

Implicațiile practice ale interesului pentru drept constituțional, administrativ, parlamentar, s-a reflectat în multiple activități de consultanță și cercetare, pentru diverse instituții locale și din străinătate, printre care IDIS „Viitorul“, TACIS, USAID, PNUD, Soros-Moldova ș.a.

Dl prof. univ., dr. hab. Victor Popa a activat în domeniul învățământul superior începând cu 1990, iar din 1995 — în calitate de cadru didactic la Catedra drept public, Facultatea Drept, ULIM. Anume aici s-a remarcat în calitate de mentor pentru multiple generații de juriști, cărora le-a insuflat valori fundamentale ale unui stat de drept. Tot la ULIM, începând cu anul 2000 a activat în calitate președinte al Consiliului științific specializat pentru conferirea titlurilor științifice de doctor și doctor habilitat în drept, iar ulterior, din anul 2006 — membru al Seminarului științific de profil interuniversitar. Toți cei care au avut ocazia să-l aibă în calitate de profesor au apreciat expertiza sa valoroasă și dragostea sinceră pentru evoluția domeniului dreptului public.

Profesorul Victor Popa s-a implicat activ și în viața social-politică, fiind membru marcant al diferitor formațiuni politice de dreapta începând cu 1994 (Partidul Reformei, Alianța Forțelor Democratice, Partidul Liberal). În perioada 2010—2013 a exercitat mandatul de deputat în Parlamentul Republicii Moldova, unde s-a manifestat plenar în calitate de Președinte al Comisiei parlamentare juridice, numiri și imunități (2011—2013).

Cariera științifico-practică a dlui Profesor Victor Popa a fost încununată de numirea acestuia în funcția de judecător al Curții Constituționale (2013—2018), unde a activat pentru garantarea supremației constituției și realizarea principiului separației puterilor.

DATE DESPRE AUTORI

- **BENEȘ Olga** – master în drept, lector universitar, ULIM
- **BRIA Feodor** – doctorand, ULIM
- **BUDECI Vitalie** – doctor în drept, lector universitar, judecător în cadrul Judecătoriei Chișinău (sediul Buiucani)
- **CAUIA Alexandr** – doctor în drept, conferențiar universitar, Prorector Strategie Academică și Programe de Studii, ULIM
- **CIOBANU Florin** – doctorand, ULIM
- **DEMIAN Elena** – doctorandă, lector, ULIM
- **DONOS Evlampie** – doctor în drept, conferențiar universitar, ASEM
- **DULCINATU Ionuț-Gabriel** – doctorand, ULIM
- **FALĂ Nicolae** – lector universitar, formator INJ, avocat
- **GAMURARI Vitalie** – doctor în drept, conferențiar universitar, Prorector Cercetare Științifică și Studii Doctorale, ULIM
- **GUȘANU Corneliu** – doctorand, ULIM
- **NĂVODARIU Elena Tatiana** – doctorandă, ULIM
- **POALELUNGI Mihail** – doctor habilitat în drept, conferențiar universitar
- **POPESCU Ionuț** – doctorand, ULIM
- **POSTU Ion** – doctor în drept, conferențiar universitar, Șef Catedră Drept Public, ULIM
- **RUSU Ion** – doctorand, ULIM, lector universitar, avocat
- **RUSU Olesea** – master în drept, procuror în Procuratura Chișinău (Oficiul reprezentarea învinuirii în instanța de judecată)
- **SMOCHINĂ Andrei** – doctor habilitat în drept, profesor universitar, ULIM
- **SORBALA Mihail** – doctor în drept, lector universitar, Șef Catedră Drept Privat, ULIM
- **STICI Silvia** – doctorandă, Școala de Științe Juridice, USM
- **SULT Gheorghe** – doctor în drept, conferențiar universitar, Universitatea de Stat din Comrat, Moldova
- **SUVAC Sergiu** – doctorand, ULIM
- **TENTIUC Elena** – doctorandă, ULIM
- **TROCIN Eugeniu** – doctorand, Școala Doctorală Științe Juridice, USM
- **ZACON Corina** – doctorandă, ULIM

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

- **BENEȘ Olga** – lecturer, ULIM
- **BRIA Feodor** – post-graduate student, lecturer, ULIM
- **BUDECI Vitalie** – PhD in law, lecturer, Judge at the Chisinau Court (Buiucani headquarters)
- **CAUIA Alexandr** – PhD in law, associate professor, Vice-Rector for Academic Strategy and Curricula, ULIM
- **CIOBANU Florin** – post-graduate student, ULIM
- **DEMIAN Elena** – post-graduate student, lecturer, ULIM
- **DONOS Evlampie** – PhD in law, associate professor, The Academy of Economic Studies of Moldova
- **DULCINATU Ionuț-Gabriel** – post-graduate student, ULIM
- **FALĂ Nicolae** – university lecturer, NIJ trainer, lawyer
- **GAMURARI Vitalie** – PhD in law, associate professor, Vice-Rector for Scientific Research and Doctoral Studies, ULIM
- **GUȘANU Corneliu** – post-graduate student, ULIM
- **NĂVODARIU Elena Tatiana** – post-graduate student, ULIM
- **POALELUNGI Mihail** – doctor of juridical sciences, associate professor
- **POPESCU Ionuț** – post-graduate student, ULIM
- **POSTU Ion** – PhD in law, associate professor, Head of Chair of Public Law, ULIM
- **RUSU Ion** – post-graduate student, ULIM, lecturer
- **RUSU Olesea** – Master of Laws, Prosecutor in the Chisinau Prosecutor's Office (Office of Representation of the Prosecution in Court)
- **SMOCHINĂ Andrei** – doctor of juridical sciences, university professor, ULIM
- **SORBALA Mihail** – PhD in law, lecturer, Head of Chair of Private Law, ULIM
- **STICI Silvia** – post-graduate student, School of Legal Sciences, State University of Moldova
- **SULT Gheorghe** – PhD in law, associate professor, Comrat State University
- **SUVAC Sergiu** – post-graduate student, ULIM
- **TENTIUC Elena** – post-graduate student, ULIM
- **TROCIN Eugeniu** – post-graduate student, School of Legal Sciences, State University of Moldova
- **ZACON Corina** – post-graduate student, ULIM

CERINȚE FAȚĂ DE MANUSCRISE

Stimați colegi!

Redacția „STUDII JURIDICE UNIVERSITARE“ preia pentru examinare, fără taxe pentru procesarea articolelor, lucrările științifice ale autorilor în limbile române, rusă, engleză sau franceză, imprimate pe o parte format A4 sau în format electronic (la adresa revistasju@gmail.com sau prin intermediul site-ului: ulim.md/sju/trimite/). Pe manuscris se indică data prezentării (revizurii) articolului. Manuscrisul în mod obligatoriu trebuie să fie semnat de autor (coautori).

Textul: Word, Times New Roman; Dimensiune font — 12; Spațiu — 1,5.

Parametrii paginii: sus — 2 cm; dreapta — 1 cm; stânga — 3 cm; jos — 2 cm.

Paginile urmează a fi numerotate.

Autorul (coautorii) vor prezenta redacției datele personale (numele, prenumele, locul de muncă, funcția, gradul științific, telefonul de contact, e-mail, identificatorul ORCID).

Manuscrisele sunt evaluate preliminar redacție în privința corespunderii prezentelor cerințe și contra plagiatului și, ulterior, recenzate în mod anonim de doi experți în domeniu, fără divulgarea identității autorului (dublu-anonim).

Volumul textului poate varia între 0,5—1,0 c.a. Concomitent cu textul articolului este necesar de a prezenta adnotarea (în jur de cinci propoziții — 500 semne) în limba română și engleză.

Trimiterile la sursele utilizate vor fi făcute în subsol. Atenționăm autorii despre necesitatea oformării corecte a trimiterilor la sursele normative și literatură. Numerarea trimiterilor va fi unica pentru întregul articol. La trimiterea la document este necesar de a prezenta rechizitele complete și locul publicării.

Lucrarea trebuie să fie însoțită de un extras din procesul verbal al ședinței catedrei (secțiilor, sectoarelor instituțiilor academice) cu recomandarea spre publicare. Lucrările doctoranzilor trebuie să fie însoțite de o recenzie cu recomandarea spre publicare semnată de un specialist cu grad științific de doctor/doctor habilitat în domeniul respectiv.

Manuscrisele nu se restituie, excepție constituind cazurile, în care colegiul de redacție constată necesară perfectarea lucrării. Redacția este în drept să redacteze, să reducă materialele primite, precum și să modifice denumirea articolelor, cu aprobarea ulterioară a autorului.

Atenționăm autorilor, cointeresați în publicarea articolelor sale în revista noastră, că articolele trebuie să cuprindă următoarele elemente:

- generalizarea problemei și legătura ei cu sarcinile teoretice și practice;
- analiza ultimelor cercetări și publicații, în cadrul cărora a fost pornită studiarea problemei în cauză, pe care se bazează autorul, enunțarea elementelor nesoluționate ale problemei cărei este adresat articolul;
- formularea obiectivelor propuse de articol;
- expunerea materialului principal cu argumentarea rezultatelor științifice la care s-a ajuns;
- concluziile la studiul efectuat și perspectivele ulterioare la acest capitol.

REQUIREMENTS FOR MANUSCRIPTS

Dear colleagues!

The editors' office "STUDII JURIDICE UNIVERSITARE" ("The University Legal Studies") accepts for the examination, without any taxes or charges, the scientific works in Romanian, Russian, English or French, typed on one side of A4 paper sheets or in electronic form (to email revistasju@gmail.com or through site: ulim.md/sju/trimite/). On the manuscript there should be indicated the date of article's presentation (revision). The manuscript has to be signed by the author (co-authors) obligatory.

Text: Word, Times New Roman; Font size — 12; Space — 1.5 lines.

Page parameters: up — 2 cm; right — 1 cm; left — 3 cm; down — 2 cm.

The pages have to be numbered.

The author (co-authors) has to submit to the editors' office the personal information (name, family name, place of employment, function, scientific grade, contact phone number, e-mail).

The manuscripts are preliminary evaluated by the editors' office regarding the correspondence to above requirements and against plagiarism and, subsequently, anonymously reviewed by two experts in the field, without disclosing the identity of the author (double-blinded).

The volume of the text may vary from 0,5 to 1,0 author's sheet. Together with the text of the article it is necessary to submit an annotation (approximately five phrases — 500 signs) in Romanian and in English.

The notes have to be placed at the bottom of a page. We remind the authors that the footnotes need to contain the correct description of literature and legal acts. The numeration of the notes should be continuous for the whole article. Every indication of a legal document must contain all of its essential elements, including the place of publication.

The article has to be accompanied by an extract from a protocol of chair's meeting (also of academic institutions' sectors and sections) with a recommendation for publication. The works of post-graduate student has to be accompanied by a review with a recommendation for publication signed by a specialist with a PhD grade or higher in the corresponding sphere.

The manuscripts are not returned, except in the cases when the editorial board concludes that the article must be revised. The editors' office has the right to edit and abridge the materials, as well as the right to modify the title of the article, which should be later approved by the author.

We remind authors interested in publication of their article in our magazine that their articles should include the following elements:

- General description of the problem and its connection with practical and theoretical goals;
- The analysis of recent publications and researches that concern the problem in case, serving as a basis for the author; the extraction of unsolved elements of the problem to which the article itself is addressed;
- The formulation of objectives put down by the article;
- The presentation of the principle material with the argumentation of scientific results that have been achieved;
- Conclusions to the study and future perspectives in the domain.